

796
201



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

“ LA REGLAMENTACION JURIDICA DEL TESORO EN EL
CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL ”

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE :

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

ROSA MARIA SENTIES RIVAS



MEXICO, D. F.,

1990

TESIS CON
FALLA LE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

I N D I C E

	PAG.
CAPITULO PRIMERO.	
ANTECEDENTES HISTORICOS DEL TESORO	1
A) DERECHO ROMANO	2
B) DERECHO ESPAÑOL ANTIGUO	8
CAPITULO SEGUNDO.	
REGIMEN DEL TESORO EN EL DERECHO COMPARADO	17
A) DERECHO ALEMAN	18
B) DERECHO FRANCES	21
C) DERECHO ITALIANO	32
D) DERECHO ESPAÑOL	42
CAPITULO TERCERO.	
CONCEPTO JURIDICO DEL TESORO	54
A) DEFINICION Y ANALISIS DE LOS ELEMENTOS INTEGRANTES DEL CONCEPTO	55
B) DIFERENCIAS CON FIGURAS JURIDICAS AFINES	72
CAPITULO CUARTO.	
REGIMEN DEL TESORO EN EL DERECHO MEXICANO	83
A) ANTECEDENTES HISTORICOS	84
B) EXPOSICION DEL SISTEMA VIGENTE EN EL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL	96
CAPITULO QUINTO.	
A) REFORMAS PROPUESTAS AL CODIGO CIVIL EN VIGOR	101
B) CONCLUSIONES	109
BIBLIOGRAFIA	112

C A P I T U L O I

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL TESORO

A. DERECHO ROMANO

B. DERECHO ESPAÑOL:

a) LAS LEYES DE PARTIDAS;

b) LA NOVISIMA RECOPIACION.

A. DERECHO ROMANO.- Se encuentra en el Digesto la definición del tesoro del jurisconsulto Paulo: "Antiguo depósito de dinero del que no se guarda memoria y que por tanto carece de dueño". ("Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat") (1).

Dos notas esenciales constituyen la definición: a) antiguo depósito de dinero (vetus depositio pecuniae); b) la pérdida de todo recuerdo de propiedad acerca del depósito (cujus non extat memoria). En lo que toca al primer elemento, advierte el maestro Ortolán: "la palabra 'pecuniae' debe entenderse en este fragmento como lo es comunmente en las leyes romanas, es decir, en sentido general". (2) En esta virtud, no sólo es tesoro un depósito de dinero, sino también, el de cualquier objeto de valor.

Comentando el segundo concepto de la definición, esto es, la pérdida del recuerdo del propietario, el maestro Guillermo Floris Margadant, señala: "Cuando se sabe, por tanto, el origen exacto del objeto, entonces 'extat memoria', de manera que la cosa no es un tesoro en sentido técnicamente jurídico" (3).

A las notas indicadas, añade Rodolfo Sohm el concepto "oculto", por lo cual, con rigurosa precisión, define el

-
- (1) Digesto 41, 1, 31, 1. Ed. del Corpus Juris Civilis, Christorph Freiesleben, Editio Nova, Sumptibus Emanuelis Thurneysen, 1775, Pág.
(2) M. Ortolán, Explicación Histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano. Sexta Ed. Trad. de Francisco Perez de Anaya y D. Melquiades Perez Rivas. Madrid, Tomo I. Pág. 350.
(3) Guillermo Floris Margadant, El Derecho Privado Romano. México, 1960, Pág. 191.

eminente Maestro al tesoro como "un objeto de valor que permanece oculto durante el espacio de tiempo necesario para que la memoria de su dueño desaparezca" (4).

Analizado el concepto, resulta pertinente aludir a la determinación de su naturaleza jurídica en orden a la adquisición de la propiedad.

Si del objeto valioso no se guarda memoria de su dueño, es susceptible de apropiación por "ocupación", consistiendo ésta en "la toma de posesión de una cosa carente de dueño, con la intención de adquirirla en propiedad". (5) Es conforme a la razón natural -opina el jurista Gayo- que se conceda la propiedad al ocupante de la "res nullius" (6).

Sin embargo, no puede en rigor determinarse al tesoro como forma originaria de adquirir la propiedad por ocupación, porque ésta opera tratándose de cosas sin dueño, y en el caso, el objeto valioso tiene un propietario con ánimo de conservar la propiedad, sólo que no se conoce la identidad de dicho propietario. Esto conduce al Maestro Petit a indicar que la propiedad derivada del tesoro, "es una aplicación 'un poco especial' de los principios de la ocupación" (7); y el maestro

(4) Rodolfo Sohm, Instituciones de Derecho Privado Romano. México, 1951, Pág. 163.

(5) Rodolfo Sohm., Ob. cit., Pág. 163.

(6) "Quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur". En la Instituta dice terminante "No es la tradición el único medio de adquirir que nos suministra el derecho natural, pues podemos también hacerlo por ocupación... porque antes no perteneciesen a nadie, tales como las que se aprehenden en la tierra, el mar y el aire". Libro II, Título Primero, Párrafo 66. Ed. Sociedad Literaria y Tipográfica Madrid, 1845, Pág. 99.

(7) Eugenio Petit, Tratado Elemental de Derecho Romano, Ed. Nacional. México, 1953, Pág. 246. Trad. de José Ferrández González.

Floris Margadant señala terminantemente: "No debemos considerar este modo de adquisición como un caso especial de la 'occupatio'. El descubridor no adquiere la propiedad de todo el tesoro, ya que el propietario del terreno tiene derecho a una mitad. Por el hallazgo, cada uno adquiere 'ipso jure' la mitad del tesoro" (8).

La atribución de propiedad por disposición de la ley, se opone al principio de libertad absoluta para "ocupar" la "res nullius" que imperó en el Derecho Romano. Las principales cosas que bajo Justiniano y en la época clásica podían ser adquiridas por ocupación, son: a) Animales no domesticados en estado de libertad; b) Res hostiles: botín de los pueblos con los que Roma estaba en guerra, o de los bárbaros aún en tiempos de paz; c) Insulae in mare natae; d) Piedras preciosas, perlas y coral encontrados en el Mar o en sus orillas o en isla que a nadie pertenece; e) Cosas arrojadas desde los barcos en peligro y restos de naufragios; f) Res derelictae: cosas voluntariamente abandonadas.

Guardan, sin embargo, grande analogía la situación de hecho en que se encuentra el tesoro con relación a una res

(8) Ob. cit., Pág. 191. "Actualmente, -apunta el profesor Sohm- este modo de adquirir puede hallarse limitado por leyes prohibitivas y derechos exclusivos o monopolios de apropiación, como ocurre por ejemplo, en los cotos de caza. En Derecho romano imperó, por el contrario, el principio de libertad de ocupación". Ob. cit., pág. 163. "A medida que se desarrolla la propiedad privada -señala el maestro Petit - las cosas que no pertenecen a nadie se hacen cada vez menos frecuentes... este modo de adquisición conservó una gran importancia entre los romanos que se ha perdido en nuestros días..." Ob. cit., pág. 245.

nullius, en cuanto que no hay persona que afirme tener la propiedad en ambos casos. Por este motivo, el tesoro se encuentra clasificado como un modo originario, al igual que la "occupatio", de adquirir la propiedad.

Dos nociones interesantes particularmente para el desarrollo posterior de esta tesis, precisan mejor la determinación jurídica del tesoro. La primera de Ulpiano, indica que "no es tesoro fruto del fundo donde estaba escondido" - (9) la segunda, de Paulo, señala que "tampoco es una parte de este fundo? (10)

Clasificada la materia a estudio en orden a la adquisición de la propiedad, y señaladas sus notas diferenciales, aludiré a las disposiciones que reglamentan la institución. Entre estas, existen dos que habrían de perpetuarse:

a) La primera y más importante se relaciona con la atribución de propiedad. La Instituta menciona la cita de Adriano, quién dispuso que si el descubrimiento ha sido hecho

(9) En el Lib. XXIV, Tit. III, Ley 7 Párrafo 12 del Dig., se lee: "Pero también si se cayeran (los árboles) por la fuerza del viento, se ha de decir que se debe restituir su precio a la mujer, y que 'no se comprende en los frutos', no de otra suerte que si hubiera hallado un tesoro, porque no se computará en los frutos, sino que se restituirá su mitad, como del hallado en terreno ajeno" ("Sed et si vi tempestatis aciderunt dici oportet, pretium earum restituendum mulieri, sed in fructum cedere, non magis, quam si thesaurus fuerit inventus; in fructum enim non computabitur, sed pars eius dimidia restituetur, quasi in alieno inventi").

(10) El Lib. XLI, Tit. II, l.3 Párrafo 3 de Dig., dice: "... el que no lo sabe no posee el tesoro, aunque posea el fundo; pero aunque lo sepa, no lo adquirirá por larga posesión, porque sabe que es de otro". ("is enim qui nescit, non possidet thesaurum, quanivis fundum possideat; sed et si sciat, non capiet longa possessionem, quia scit, alienum esse").

en el fundo de otro, la mitad del tesoro pertenece al propietario, "por razón de equidad, pues en realidad esta fortuna pertenecía a él más que a nadie", y la otra mitad al "inventor" (11). "Esto es, una adquisición lege -comenta el Maestro Petit- fundada no sobre el hecho natural de la ocupación pero sí en una disposición legislativa" (12).

b) Es necesario para que el descubridor o inventor adquiriera la propiedad, que el hallazgo haya sido descubierto por casualidad. El texto latino dice: "... At si quis in alieno loco, non data ad hoc opera, sed fortuitu invenerit, dimidium inventori, dimidium domino soli concessit..." (13) o sea: "Pero si alguno se lo halla en fundo ajeno por casualidad sin buscarlo, sea la mitad del que lo encuentra y la otra mitad del dueño de la tierra..."

Las dos disposiciones de la Instituta (obra redactada en el año 533 por orden del "Sacratísimo príncipe señor Justiniano", bajo la dirección de Triboniano, por los profesores Teófilo y Doroteo) aparecieron publicadas el año siguiente de 534 en el Código nuevo incluido en el "Corpus Iuris" como disposiciones del Emperador León, Augusto, fechadas el seis de octubre del año 474. La Ley 1, Título XV del Libro Décimo, dice textualmente en su parte conducente: "...Qued si forte vel arando vel alias terram colendo alienis locis thesaurum

(12) Ob. Cit., Pág. 246

(13) Instituta, Lib. II, Tit. I, Párr. 39

invenerit, id, quod repertum fuerit, dimidia detenta, altera, dimidia data, cum locorum domino partiatur..." Mas si acaso arando o cultivando de otro modo la tierra, o por cualquier casualidad no con empeño de buscarlo, hubiera hallado un tesoro en lugares ajenos, parta lo que hubiere sido hallado con el dueño de los lugares, reteniendo la mitad y dándole la otra mitad..." Concluye la ley expresando su motivo: "Ita enim eveniet, ut unusquisque suis fratur et non inhiet alienis": "Porque así sucederá que cada cual disfrutará de lo suyo y no ansiará lo ajeno". (14)

c) Consecuentemente con las disposiciones indicadas, el mismo Emperador León, ordenó que nadie busque en su propio nombre riquezas escondidas en tierras ajenas sin la voluntad del propietario de éstas, porque en tal caso el inventor no tendrá derecho a la mitad del tesoro, "y será castigado como infractor de esta muy saludable ley" (15).

d) "Quien descubre cosas perdidas que no se encuentren en la condición especial de un tesoro -apunta el Maestro Floris Margadant es un simple gestor de negocios, que puede reclamar al propietario, nada más, los gastos hechos en beneficio de éste. Si se apodera del objeto encontrado, se coloca en la situación jurídica de un ladrón, lo cual implica, para el derecho civil, la situación jurídica de un poseedor de mala fé. (16).

(14) Cuerpo del Derecho Civil Romano, publicado por Kriegel, Hermann y Osenbruggen, Segunda Parte, Tomo II, Barcelona 1895, pág. 521.

(15) Código, Lib. X, Tít. XV, Párr. 1 del Corpus Juris Civilis.

(16) Ob. cit., Pág. 191.

e) Si el tesoro ha sido encontrado en terreno sagrado o religioso (agregado a sepulturas), Adriano lo atribuye en su totalidad a quién lo haya descubierto (17); Marco Aurelio reivindica para el Fisco la mitad (18).

f) Por último, el Fisco tiene la propiedad del tesoro, si el descubridor se vale de brujerías o sortilegios para encontrarlo. (19).

B. DERECHO ESPAÑOL.- Del Derecho español antiguo, tres obras resaltan por su singular importancia: El Fuero Juzgo, Las Leyes de Partidas y la Novísima Recopilación.

El primero tiene trascendencia en virtud de que "rigió en todo o en parte durante doce siglos, porque no vino a ser derogado completamente sino en 1888, al promulgarse el Código Civil español" (20).

(17) Eugenio Petit, Ob. cit., Pág. 246.

(18) Agustín Bravo González y Sara Bialostosky, Compendio de Derecho Romano, Cuarta Ed. México, 1971, pág. 67.

(19) Rodolfo Sohm, Ob. cit., Pág. 164.

(20) Juan Antonio Iribarren, Historia General del Derecho, Ed. Nacimiento, Santiago de Chile, 1938, pág. 264. Es interesante observar cómo acerca de este Código existen las opiniones más contradictorias. Según el profesor Eduardo J. Couture, (Trayectoria y Destino del Derecho Procesal Civil Hispano-Americano, Argentina, 1940, Pág.10) tiene una natural grandeza filosófica hecha de religión y de respeto por la condición del hombre que le da una expresión verdaderamente conmovedora. Su fondo humano del punto de vista del derecho procesal, no ha sido superado en los trece siglos posteriores. Jacinto Pallares, en cambio, (El Valor Sociológico y Jurídico del Fuero Juzgo, Rev. Foro de Méx. Núm.14, Mayo de 1954) escribe: "Cuando se habla del valor científico y moral de un Código, hay que referirse forzosamente al estado de civilización ha que había llegado el Mundo en la época de ese Código, y el Fuero juzgo 'no representa sino un retroceso a la barbarie, hacia los siglos y las etapas ya recorridos por la humanidad; un retroceso en el lenguaje, porque utiliza un bárbaro latín; un retroceso en las costumbres, porque retrocede hasta el talión y las confiscaciones y hasta penas crueles y ridículas; un retroceso en las instituciones, porque los pueblos quedan bajo la tutela de obispos y señores; un retroceso en la conciencia científica, porque basta leer la Ley XV, Tit. III, Lib. XII, para que se vea renovado el espíritu supersticioso, fetichista idolátrico de las primeras etapas de la humanidad...".

Por lo que se refiere a las Leyes de Partida, se les considera como el monumento jurídico más valioso de la Alta Edad Media (21). Ninguna de las otras obras atribuidas al Rey Sabio (El Septenario, El Espéculo, El Fuero Real y los Opúsculos Menores) tuvieron la proyección sociológico-jurídico de este cuerpo legal; y en cuanto a la Novísima Recopilación tiene especial interés, porque, como dice Iribarren (22) en sus leyes se encuentran insertos el Ordenamiento de Alcalá, (1348) el Ordenamiento Real (1490), Las Leyes de Toro (1505) y la Nueva Recopilación (1567); es decir, los principales códigos promulgados después de las Leyes de Partidas hasta el año de 1805.

Por estos motivos, de las tres obras señaladas, haremos un somero análisis de la reglamentación del tesoro en las Leyes de Partidas y en la Novísima Recopilación, toda vez que El Fuero Juzgo no hace referencia a él.

a) Las Leyes de Partidas.- La Ley 45, Título XXVIII de la Partida 3 se titula: Cuyo deue ser el thesoro, que ome falla en la su heredad, o en la agena".

No se indica en el texto de la Ley el concepto del tesoro; se señala en cambio la idea característica de que no exista posibilidad de determinar la identidad de su propietario: "... dezimos, que si el thesoro es tal que ningund ome non pueda

(21) Jacinto Pallares, Historia del Derecho Mexicano, México, 1904, pág. 49.

(22) Juan Antonio Iribarren, Ob. cit., Pág. 320.

saber quien lo y metio, nin cuyo es..." (23). Consecuentemente, concluye la disposición, determinándose la identidad del propietario mediante la prueba de su derecho, "entonce non ganaría el señorío dello, el que lo fallase en su heredad..."

Por razón de lo expuesto, a contrario sensu, si no existe memoria de su propietario, es dueño de todo el tesoro "el que lo falla en su casa, o en su heredad.."

Señala asimismo la Ley, las dos disposiciones del Derecho romano, consignadas en la Instituta y en el Código, atribuidas a Adriano y al Emperador León Augusto. La primera se relaciona con la atribución de propiedad, estableciendo que la mitad corresponderá al descubridor y la otra mitad al propietario de la heredad, ora que el propietario sea el Rey, o el Comun de algún Consejo; y la segunda consigna el carácter casual del hallazgo: "... E si acaeciesse que alguno lo fallasse en casa, o en heredamiento ageno, labrando y, o en otra manera qualquier, si lo fallase por aventura, non buscando el a sabiendas; entonce deue ser la meatad suyo, e la otra meatad del señor de la casa, o de heredad, do lo fallo..."

Tal es la importancia que la Ley atribuye al hecho de que el hallazgo haya sido descubierto por casualidad, que insiste en estos términos: "... mas si lo fallasse, buscandolo el

(23) Las Siete Partidas del sabio rey d. Alfonso el IX. Ed. de Ignacio Sanpents y Barba, Ramón Martí de Eixala y José Ferrer y Subirana. Barcelona 1844, Tomo II, pág. 774.

estudiosamente, e non por acaescimiento de ventura; entonces deue ser todo del señor de la heredad, e non ha en ello, el que lo assai falla, ninguna cosa".

Comenta esta nota característica Joaquín Escriche: "Dícese casualmente, pues si el descubrimiento no fuese efecto de la casualidad sino de escavaciones o registros hechos de intento, todo el tesoro pertenecería al dueño del terreno; d. ley 45, tit, 28 Part. 3..." (24).

Resulta particularmente importante aludir a la glosa de la Ley de Gregorio López que, refiriéndose a la relación jurídica que puede existir entre el propietario y el descubridor para los fines de la localización del tesoro, señala que si el inventor encontró el hallazgo como asalariado y por cuenta del dueño, el tesoro pertenece en su totalidad al dueño del inmueble, pues, concluye, "cualquiera tiene derecho de buscarlo en su propiedad..." (25).

Por último, previene la Ley que el descubridor pierde todo derecho al tesoro, si lo encuentra por 'encantamiento': "Fueras ende, si lo fallasse por encantamiento, ca entonce todo deue ser del Rey..." Nuevamente la voz autorizada de Gregorio López comenta: "...con respecto a los (tesoros) que se encuentren en algún terreno perteneciente al Rey, en cuyo caso y en el de habérsele encontrado por arte mágica o por

(24) Joaquín Escriche, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Novísima Ed. de Ch. Bouret, 1885, pág. 746.

(25) Glosa Núm. 182 a la Ley 45, Tít. XXVIII Partida 3.

encantamiento, se establece también en nuestra Ley de Partida, que se adquiriera todo para el Rey..." (26).

b) La Novísima Recopilación.- La Ley III, Título XXII del Libro X se titula: "Obligación de dar cuenta a la Justicia el que supiere de tesoro, bienes o cosa perteneciente al Rey, con el premio de la cuarta parte de ello". (27).

Dice así el texto de dicha Ley: "Ordenamos y mandamos, que cualquiera que supiere o oyere decir, que en la ciudad, villa o lugar donde morare, o en su término hobiere tesoro o otros bienes algunos, o otras cosas que pertenezcan a Nos, que nos lo vengán a hacer saber luego por ante Escribano público a la Justicia que hubiere jurisdicción en aquel lugar: y el que lo hiciere así saber, si fuere hallado que fue así verdad lo que hizo hacer saber, que haya por galardón la cuarta parte de lo que así hiciere saber: y mandamos, que la Justicia del lugar o termino donde esto acaeciére, que luego que tal cosa le fuere hecha saber en cualquiera manera, que de su oficio sepan la verdad del hecho, o por pesquisa, y por cuantas partes pudieren; y todo lo que sobre tal cosa hallaren en tal hecho, que lo envíen ante Nos cerrado, y sellado y signado de Escribano público, porque Nos veamos y mandemos sobre ello lo que nuestra merced fuere, y halláremos por Derecho, y si lo así no hicieren, que por el mismo hecho pierdan el oficio".

(26) Glosa Núm. 183 de la misma Ley.

(27) Novísima Recopilación de las Leyes de España, mandadas formar por el Sr. Dn. Carlos IV, México, 1831.

En opinión de algunos autores, la ley transcrita derogó la disposición de las Siete Partidas, por cuanto que de acuerdo con la primera, el tesoro pertenece al Rey, concediéndose sólo la cuarta parte al descubridor. Esta interpretación, sin embargo, no es correcta opina al respecto Joaquín Escriche: "La atenta lectura de la ley recopilada manifiesta bastante que su objeto no es otro sino escitar la denuncia de bienes pertenecientes al rey con el premio de la cuarta parte de ellos; de modo que si sabiendo uno que en terreno real existe un tesoro o ha sido buscado y encontrado por un tercero que lo calla, o habiendo él encontrado por medio de escavaciones o registros hechos a propósito, diere cuenta de ello a la autoridad, tendrá derecho a percibir la cuarta parte de lo que se hallare o se hubiese hallado; pero si él mismo lo encuentra por casualidad, hará suya la mitad y la otra mitad será para el rey." (28)

En el sentido indicado -dice el mismo autor- entiende Gregorio López dicha ley recopilada en la glosa 7 de la citada ley 45, tit. 28, Part. 3; y como quiera que sea, la disposición de esta ley 45 se encuentra confirmada por la ley de 9 de mayo de 1835.

La glosa 7, correspondiente a la 185 que menciona Escriche dice: "La Ley 3 tit. 22 lib. 10 Nov. Rec. alteró notablemente lo dispuesto en la presente de Partida acerca del hallazgo y adquisición de los tesoros, estableciendo que todo el que encontra

(28) Joaquín Escriche, ob. cit. pág. 746

se alguno tuviese obligación de denunciarlo a la justicia del lugar ante Escribano; y que las justicias, bajo pena de perder sus oficios, debiesen practicar las diligencias convenientes para el hallazgo de los que se les denunciaren y remitirlos cerrados y sellados al Rey; adquiriéndose todos para este y cediendo la cuarta parte para el denunciador. Mas posteriormente por la ley de Córtes de 16 de mayo de 1835, se declaró (art.1 párr. 4) que pertenecen a la clase de bienes mostrencos y corresponden al Estado la mitad de los tesoros, o sea de las alhajas, dinero u otra cualquiera cosa de valor ignorada u ocultada que se hallen en terrenos pertenecientes al Estado; y se estableció que en cuanto a la adquisición o distribuciones de los que se encuentren en propiedades particulares se hayan de observar las disposiciones de la presente ley de Partida: por manera que hoy, no al Rey, sino el Estado es el que participa de los hallazgos de tesoros; y aun solo de los que se encuentren dentro de las propiedades del mismo Estado; debiendo considerarse al Rey como un simple particular respecto de los que se encontraren en terrenos o fincas de su Real dominio". (29).

De los comentarios expuestos derivanse las siguientes conclusiones: a) continuó en vigor la disposición de las Leyes de Partidas, confirmada por la ley de Mayo de 1835 por cuanto a

(29) Las Siete Partidas del sabio Rey don Alfonso el IX, Barcelona, 1844, Tomo II, pág. 774.

los tesoros encontrados en propiedad particular, correspondiendo el cincuenta por ciento al descubridor, y el otro cincuenta por ciento al dueño del terreno; b) para que se aplique esa disposición, es necesario que el descubrimiento haya sido por casualidad; c) cuando el tesoro se encuentra por casualidad en terreno propiedad del Rey (Estado) éste se considera como un particular para los efectos de la atribución de la propiedad; d) sí en cambio el tesoro fue buscado y encontrado "de propósito" o la persona que sabía de su existencia y así lo hizo saber a la autoridad, en ambos casos corresponderá al descubridor o denunciante la cuarta parte, por aplicación de la Ley consignada en la Novísima Recopilación.

En los términos anteriores deben entenderse las opiniones de comentaristas de la Novísima Recopilación como Don Eugenio de Tapia, quien escribe: "La adquisición de un tesoro, esto es, de dinero escondido que no se sabe a quien pertenece, es propia del Rey, dándose la cuarta parte al inventor o denunciador" (30).

De lo expuesto se colige que la reglamentación de la Novísima Recopilación no fue afortunada: a) sin método y en forma poco jurídica sujeta al mismo régimen el tesoro y las

(30) Eugenio de Tapia, Febrero Novísimo, Ed. de Rosa y Bouret, París, 1870, T. I, Pág. 355.

cosas voluntariamente abandonadas; (31) b) no determina las notas características del tesoro; c) su confusa y lacónica reglamentación provocó la dificultad de su correcta interpretación y entendimiento; d) en fin, no representó ningún avance con relación a la reglamentación jurídica de los siglos anteriores. (32).

-
- (31) Eugenio de Tapia puntualiza: "Por invención o hallazgo se adquiere el dominio de las cosas que se encuentran casualmente sin dueño conocido, o que se hallan desamparadas por éste con ánimo de no volver a poseerlas. Esta última circunstancia es absolutamente precisa para adquirir el dominio; y así no tiene lugar la adquisición en las cosas muebles que se arrojan al mar por miedo o peligro de naufragio, ni en las heredades o casas que el dueño deja desamparadas sin atreverse a ocuparlas por temor de ladrones o enemigos". (Ob.cit., Pág. 354).
- (32) A este Ordenamiento legal se han dirigido severas críticas: Don Jacinto Pallares expone: "La de la Novísima, lejos de servir para simplificar la legislación, vino a embrollar más; si caos y anarquía (dice Díaz y Mendoza en el prólogo a la edición de 1850) se notaba en la antigua Recopilación, anarquía y caos espantoso adviértese en la Novísima. No sólo encontramos en ella multitud de leyes contradictorias entre sí; a este mal, harto grave de suyo, hay que añadir otros de no menor trascendencia: muchas de las notas puestas al pie de las leyes, por vía de aclaración, contienen preceptos en abierta oposición con el precepto que tratan de explicar; otras veces se mandan observar en el concepto de que existen en los originales de donde se han tomado; y luego aparece que discuerdan de sus originales completamente... hasta se copiaron las leyes en el mismo lenguaje en que primitivamente se escribieron; al lado de una ley expedida en el idioma ya desusado de los siglos XII y XIII encontramos reales cédulas de los reyes Carlos III y Carlos IV concebidas en lenguaje moderno y castizo; los encargados de formar la Novísima no quisieron encargarse ni aún del trabajo de uniformar la locación... La Novísima no es un Código Civil, ni un Código Penal, ni un Código de procedimientos, ni un Código de Comercio, ni un Código municipal, y es todo ello a la vez. De todas estas materias se habla en ella; ... sin embargo, en ninguna de tantas y tan diversas materias encontramos un trabajo completo y uniforme.; ni una sola de ellas está considerada filosóficamente, y en todas existen lagunas inmensas que se procuran suplir con citas y referencias continuas de los mismos antiguos códigos que trata de reformar. (Ob. cit., Pág. 93).

C A P I T U L O I I

REGIMEN DEL TESORO EN EL DERECHO COMPARADO

- A. DERECHO ALEMÁN.
- B. DERECHO FRANCÉS.
- C. DERECHO ITALIANO.
- D. DERECHO ESPAÑOL.

A. DERECHO ALEMÁN.- El párrafo 984 del Código Civil alemán define el tesoro en estos términos: "cosa que ha permanecido oculta durante tanto tiempo, que ya no es posible hallar a su propietario".

El concepto mencionado está inspirado en la definición del Derecho romano, sólo que le falta la determinación de lo valioso de la cosa oculta. Por lo demás - observa el profesor Martín Wolff - "La concepción (romana) de que la cosa en su tiempo debe haber tenido propietario induce a confusión: también los cadáveres y los esqueletos humanos, los restos de animales antediluvianos y otros hallazgos de antigüedades han de tratarse según las normas del tesoro..." (1).

El mismo autor citado, refiriéndose al tiempo en que haya permanecido oculta la cosa para que se considere tesoro, expresa: "Durante cuánto tiempo debe haber permanecido oculta la cosa para ser 'tesoro', se desprende de que, desde el primer momento, falte toda esperanza de poder averiguar quién sea el propietario: unas monedas de oro, con cuño de 1891, que fueron encontradas en 1899 en un nicho de la pared de una casa en derribo, se consideraron hallazgo y no tesoro" (2).

Por lo que toca a la atribución de propiedad, el maestro de la Universidad de Berlín, Justus Wilhelm Hedemann, señala: "El legislador, acomodándose a las formas tradicionales, ordena

(1) Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp y Martin Wolff, Tratado de Derecho Civil, T.III, Vol. I 'Derecho de Cosas', segunda ed. Trad. de la 32a. ed. alemana de Blas Pérez G. y José Alguer. Pág. 493.

(2) Ob. cit., Pág. 494.

que lo hallado se reparta por mitades entre el descubridor y el dueño de la cosa en la que el tesoro se encontró" (3).

Comenta la disposición, el Profesor Wolff: "El que en el hallazgo, los derechos correspondan al que toma la posesión y, en el tesoro, al descubridor, se funda en que, en el primer caso, el mérito para la recompensa no está en percibir con los sentidos la cosa perdida, sino en los cuidados a la misma, mientras que, en el caso segundo, la gratitud la merece el descubrimiento, puesto que un bien hasta entonces invisible es restituído al señorío humano. Pero falta un fundamento sólido para atribuir también una cuota al dueño del inmueble" (4).

Hace hincapié Hedemann en que "El descubrimiento (igual por cierto que el encuentro ordinario) no es un acto del carácter de un negocio jurídico. Los niños descubren para sí, no para el patrimonio de sus padres, y para sí mismo descubre el mozo que ara, no para el señor a quien sirve, el cual se ha de contentar con la mitad correspondiente al dueño del suelo" (5). La misma idea expresa Wolff en los términos siguientes: "El descubrimiento es acto real (acto de hecho, V. Thur). No es posible, a este efecto, la representación en el sentido técnico, pero allí donde la concepción general del comercio estime que la actividad de uno ha sido prestada para otro, éste aparece como descubridor. Si por ejemplo, alguien ordena en su finca la

(3) Justus Wilhelm Hedemann, Tratado de Derecho Civil, Vol. II 'Derechos Reales' Trad. de José Luis Díez Pastor y Manuel González Enríquez, Ed. Rev. de Der. Priv. Madrid, Pág. 234.

(4) Ob. cit., Pág. 494.

busca de antigüedades, el adquirente de la propiedad del tesoro será él y no el auxiliar. "En estos términos se pronuncia, dice el mismo autor, el párrafo 401 del Código Civil austriaco. (6).

Es interesante advertir que en el Código Civil suizo, como en algunos derechos territoriales alemanes, por ejemplo en Schleswig, se ha establecido una "regalía de tesoros". En los supuestos previstos por dichos Ordenamientos, no tiene aplicación al párrafo 984 del Código Civil. Nuevamente las palabras del profesor Martín Wolff, son ilustrativas: "La regalía de tesoros tiene una importancia especial en cuanto a las antigüedades. El Estado y los Museos Nacionales tienen interes en conservar un derecho preferente. El Párrafo 984 da lugar con preferencia a que esas cosas, cuyo valor ideal resulta superior al valor comercial, vayan a parar a manos de personas que desconocen aquél y al través de ellas al comercio de antigüedades o al extranjero. La ley prusiana de excavaciones de 26 de marzo de 1914, es en cuanto a esto más eficaz que una regalía de tesoros. Según ella, las excavaciones de objetos de interés histórico requieren un permiso de la autoridad que sólo se otorga, si se garantiza el interés científico público. El descubridor casual de semejantes tesoros está obligado a comunicar su hallazgo a la autoridad local de policía en el

(6) Ob. cit., Pág. 495. Refiere el autor alemán el caso de un empleado de una almoneda que había sido encargado de reconocer ciertos muebles antes de subastarlos, para averiguar si en los mismos se hallaban ocultas cosas de valor; confió esta labor a un operario que las halló en un antiguo sofá. En este caso -dice- ni el empleado, ni el operario, fueron 'descubridores'.

primer día hábil; igual obligación tiene el propietario del fundo y el que dirija los trabajos. Después tienen que conservar la cosa sin alteraciones durante cinco días. El Estado y los municipios pueden pedir la expropiación, cuando sin ella pueda tenerse un menoscabo del tesoro o una pérdida para la ciencia o para la conservación de monumentos nacionales. Si no se pide la expropiación, queda expedita la aplicación del Código civil". (7).

Dos disposiciones de gran importancia encontramos en la reglamentación y comentarios del Derecho alemán: La primera está contenida en el párrafo 1.040 del Código Civil y señala que si la cosa que oculta al tesoro está gravada con derechos reales, éstos no se extienden a la cuota que en el tesoro corresponde al propietario; la segunda, se refiere a la naturaleza del bien en el que se encuentra oculta la cosa. Al respecto se indica en la Doctrina que "es indiferente que el tesoro se encuentre en una finca o en una cosa mueble (cajón secreto de un armario viejo) (8). "Se pueden encontrar - dice terminantemente Hedemann- tesoros también en cosas muebles (marcos de cuadros, sofás, etc.) (9).

B. DERECHO FRANCES.- "Tesoro -previene el Artículo 716 del Código Civil- es toda cosa oculta o enterrada, sobre la cual nadie puede justificar su propiedad y que es descubierta

(7) Ob. cit., Pág. 495.

(8) Martín Wolff, Ob. cit., Pág. 493.

(9) Ob. cit., Pág. 234.

por puro efecto de la casualidad". Después de definir, el mismo precepto indica que el tesoro encontrado por el propietario de la finca, pertenece totalmente a dicho propietario; cuando el tesoro es descubierto por persona que no es la propietaria, "es necesario hacer una subdistinción", enseña el ilustre Marcelo Planiol: "1o. Si el descubrimiento se debe al azar, la ley divide el tesoro: da una mitad al inventor y otra al propietario (art. 716). Parece que al inventor debería corresponderle todo el tesoro, por derecho de ocupación; sin embargo la Ley reserva una parte al propietario, por la doble razón de que el tesoro ha podido pertenecer a sus antepasados, y porque él mismo tenía grandes probabilidades de descubrirlo un día u otro. No se ha querido despojarlo por completo. Este derecho corresponde únicamente al propietario. No pertenece al usufructuario. El tesoro no es ni un fruto ni un producto de la cosa en la que está escondido; forma una cosa distinta.

2o. Cuando los trabajos o excavaciones han sido emprendidos especialmente para descubrir el tesoro, no es aplicable el artículo 716. La persona que lo encuentra no tiene derecho a ninguna parte. En efecto, de dos cosas una: o bien esta persona era obrero o empleado del propietario, y entonces obraba por cuenta de éste, considerándose él quien por sí mismo encontró el tesoro; o bien es un tercero; un merodeador, que ha excarvado sin el consentimiento del propietario y aunque no pueda cometer un robo, puesto que se trata de una cosa no apropiada, la ley le quita el beneficio de

su hallazgo, porque quiere desanimar a los buscadores de tesoros". (10)

No está de acuerdo el mismo autor citado con la definición del artículo 716 porque en ella figura como elemento integrante el que el descubrimiento haya sido obra del azar. "Esta condición es inútil -apunta- según la definición del tesoro; la cosa escondida no perteneciente a nadie es un tesoro, aunque se hubieren emprendido excavaciones para descubrirlo, porque se sospecha su existencia. Cuando el azar preside estos descubrimientos tiene importancia únicamente en la atribución del tesoro; es indiferente respecto a su definición." (11)

Refiriéndose al mismo punto, Henri León y Jean Mazeaud, establecen que también es tesoro aquel que se encuentra a consecuencia de trabajos encaminados al descubrimiento: "Es preciso, por último, dentro de los términos del artículo 716, párrafo 2o., que el descubrimiento resulte de la casualidad. ¿Qué debe entenderse exactamente con eso? Parece que este requisito excluye la aplicación de las reglas del Código relativas a la adquisición del tesoro cuando se descubra un objeto en el curso de exploraciones o investigaciones cuya finalidad fuera encontrarlo. Su descubrimiento 'no resulta al

(10) Marcel Planiol, Tratado Elemental de Derecho Civil, Vol. V 'Los Bienes', pág. 289. Trad. de José M. Cajica Jr. Ed. José M. Cajica Jr.

(11) Ob. cit., pág. 288

parecer que haya sido ése el pensamiento de los redactores del artículo 716. Incluso en ese caso, el azar interviene; porque no se tiene la certeza de que las investigaciones sean coronadas por el éxito. Los redactores del Código Civil quisieron excluir tan sólo las cosas cuyo lugar conoce su propietario. En realidad, el requisito establecido se confunde con el precedente" (que nadie pueda justificar su propiedad) (12).

No es de la misma opinión el profesor de la Universidad de Gante F. Laurent, para quien desde el momento en que el tesoro es encontrado a resultas de búsqueda tendiente a descubrirlo, no interviene el don de la fortuna, por lo cual no se aplican las disposiciones del tesoro, sino las que rigen el encuentro de cosas perdidas: "En cuanto al tercer inventor o descubridor, no tiene derecho al tesoro sino a título de don de la fortuna. Síguese de aquí, dice Pothier, que si alguno hace, sin el consentimiento del propietario, excavaciones en un campo, para buscar un tesoro y que realmente encuentre uno, no tendrá en él parte ninguna. Esta es la decisión de una constitución imperial, y el Código Civil la consagra implícitamente al exigir que el tesoro haya sido descubierto por puro efecto de la casualidad... Según los términos del art. 716, la cosa que no se descubre por puro efecto de la

(12) Henry, León y Jean Mazeaud, Lecciones de Derecho Civil, Parte II, Vol. IV, pág. 294, Trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.

casualidad no es un tesoro... Por más que la ley no distinga entre el propietario y los terceros, todos admiten que el propietario es libre para hacer en su fundo las excavaciones que tenga por convenientes. Esto es de toda evidencia, puesto que es el ejercicio del derecho de propiedad. Pero si el propietario busca un tesoro y si tropieza con uno, la cosa se volverá su propiedad a título de tesoro? Según el texto del art. 716, debe contestarse negativamente; porque la misma definición del tesoro exige que la cosa haya sido descubierta por puro efecto de la casualidad; el que busca un tesoro y lo encuentra, nada debe a la casualidad, luego no es tesoro? A quién pertenecerá la cosa así buscada y hallada? Será propiedad del que la ha buscado, si nadie se presenta para reclamarla ¿Pero con qué título? No es una cosa perdida, dícese, supuesto que estaba enterrada y escondida. No es un tesoro, supuesto que no es un dón de la fortuna. Sólo queda un título, el de la accesión; pero ¿puede decirse que unas piezas de moneda sean dependencia del suelo? Nosotros preferiríamos aplicar por analogía los principios que rigen las cosas perdidas. No se requiere, para que haya cosa perdida, que la cosa esté en la superficie del suelo, no se requiere que sea hallada por casualidad; luego aquello es una cosa encontrada..." (13).

(13) F. Laurent, Principios de Derecho Civil Frances, México, 1895, T. VIII. Págs. 626 y 634.

Alude también el profesor Laurent a dos cuestiones interesantes tratadas por la Jurisprudencia francesa: a) la toma de posesión material del tesoro relacionada con la adquisición de propiedad para el que por medios físicos lo descubrió; b) la antigüedad del depósito como elemento constitutivo de la institución.

En lo que toca a la primera, dice: "¿Se necesita que el descubridor ponga materialmente la mano en la cosa para adquirir su propiedad? Este es ciertamente el principio general en materia de ocupación, y ya vimos las dificultades que ofrece en materia de caza. La ley deroga ese principio cuando se trata de un tesoro; ella dice y lo repite, que una parte pertenece al que lo encuentra, al que lo descubre; así es que a la invención atribuye dicha parte y no a la ocupación propiamente dicha; y esto es muy lógico. Una cosa estaba enterrada hacía unos siglos; estaba perdida para su dueño; perdida para la sociedad; la casualidad hace que se descubra; hé allí el dón de la fortuna; a quien ella favorece es al que el tesoro debe favorecer. Este principio sirve para ventilar un conflicto que puede ofrecerse con bastante frecuencia. Por lo común, los trabajadores son los que descubren los tesoros. ¿Pero que debe resolverse cuando varios de ellos se emplean en hacer los derrumbes? Unos excavan, otros transportan la tierra; uno de los primeros descubre un tesoro. Todos ellos reclaman su parte. La corte de Angers ha fallado muy bien que desde luego había que hacer a un lado las pretensiones de los que acarreaban tierra. En vano decían ellos que estaban

asociados y que el tesoro era un beneficio común que debía repartirse entre todos; asociados lo estaban, pero para el derrumbe y no para el descubrimiento del tesoro; extraños al descubrimiento, aquellos trabajadores no podían reclamar parte ninguna en el don que la fortuna otorgaba al descubridor. Quedaban los obreros azadoneros. Entre éstos la fortuna había hecho también su elección; a aquel que por un golpe de su herramienta había revelado el tesoro, era al que pertenecía la parte que constituye el don de la fortuna".

Con relación a la antigüedad del depósito, puntualiza: "Es preciso que el depósito sea antiguo? El Derecho romano así lo exigía. Se ha sostenido que el Código Civil reproduce implícitamente esta doctrina por más que no repita la palabra. En efecto, se dice, el Código exige que nadie pueda justificar su propiedad, lo que ciertamente no tiene lugar cuando el depósito sea moderno. La corte de Burdeos, al admitir esta interpretación ha resuelto que no se podría dar el nombre de tesoro a algunas piezas de oro de efigie reciente. Esto es demasiado absoluto. En derecho existe el mismo error, porque se aumenta el texto de la ley. El legislador francés tenía a la vista la definición romana y no ha reproducido la expresión del depósito antiguo, y nosotros no podemos exigir lo que la ley no prescribe. Sin duda que si las piezas de moneda son de fecha reciente, comunmente será fácil justificar la propiedad al que las deposita. Pero supongamos que no pueda hacerlo, entonces se vuelve a los términos de la ley, y por consiguiente, hay que atribuir la cosa al descubridor y al propietario del fundo. La cuestión de la antigüedad del

depósito es pues, una dificultad de hecho más bien que de derecho". (14).

Del mismo parecer en este punto es Planiol: "La antigüedad (del tesoro) es su carácter ordinario, pero no necesario. El entierro puede ser reciente, y si nadie tiene un derecho que hacer valer sobre la cosa descubierta, constituirá un tesoro. Hay, en sentido contrario, una antigua sentencia de la Corte de Burdeos, de 1806, cuya solución es condenada por todos" (15).

Refiere también Laurent otras cuestiones resueltas por los tribunales franceses relacionadas con la indebida actitud del descubridor que oculta su hallazgo con objeto de apropiarse la porción del tesoro que la ley atribuye al propietario: "Si el que encuentra un tesoro lo encuentra con intención de apropiárselo en su totalidad comete un robo. ¿Quiere decir esto que la acción del propietario en reclamación de la mitad del tesoro nazca de un delito? No, ella tiene un principio en el descubrimiento del tesoro, y en la obligación que contrae el descubridor respecto de aquél; luego es una acción civil ordinaria que dura treinta años. Se pregunta si el descubridor culpable del robo no debe ser privado de su parte en el tesoro. La negativa es evidente: esto sería una pena, y no la hay sin ley; ahora bien, ninguna ley priva al descubridor de lo que le

(14) Ob. cit., Pág. 632.

(15) Ob. cit., Pág. 288.

pertenece. Si ha cometido un delito, que se le castigue; si ha causado un daño al propietario, éste tendrá una acción de daños y perjuicios. No se puede ir más lejos sin violar el derecho de propiedad" (16).

Sentencias mucho más recientes citadas por Mazeaud aluden a la determinación del descubridor o hallador: "Algunos hallazgos se producen -dicen los autores citados- en el curso de trabajos en los cuales participan numerosas personas: exploraciones organizadas o trabajos de desescombro ejecutados por una empresa. Es cierto que los obreros que participan en las exploraciones cuya finalidad consiste en buscar los objetos que puedan estar ocultos no podrían pretender ningún derecho sobre los objetos que encontraran; el descubridor es la persona que dispone que se efectúen las investigaciones (París, 8 de Nov. de 1948; Gaz. Pal., 1949. l. 49). Cuando el objeto se encuentra en el curso de trabajos cuya finalidad no sea la de descubrir, cabe dudar: puede considerarse como descubridor ya sea el empresario (Trib. Civ. de Villefranche-sur-Saone, 11 de Feb. de 1954; Gaz. Pal., 1954. l. 401), ya sea más bien a los mismos obreros puesto que la busca de cosas ocultas no está comprendida en sus funciones (Trib. Civ. del Sena, 10. de Jun. de 1949; D.1949. J. 350 y nota de Ripert)". (17).

(16) Ob. cit., Pág. 630.

(17) Ob. cit., Pág. 295.

Tomando en consideración la definición legal y las decisiones de la Jurisprudencia, Marcelo Planiol y Jorge Ripert, con cabal y bien lograda sistematización señalan: "Para que un objeto sea considerado como tesoro ha de presentar cuatro condiciones: 1o. Ha de ser una cosa mueble. Esta condición no se haya escrita en el Código Civil, que, al contrario se expresa en términos muy amplios: 'tesoro es todo aquello que se halla escondido o enterrado...' (Art. 716). Pero la jurisprudencia así lo exige aplicando las definiciones romanas y de acuerdo con la tradición. Por consecuencia, se ha estimado que un pavimento en mosaicos de la época romana no es un tesoro y que el artículo 716 no es aplicable a este caso: el propietario del suelo es su único propietario. 2o. El tesoro es una cosa escondida o enterrada. Así, un objeto perdido, caído en la superficie del suelo no es un tesoro, es un derelicto. No importa si el tesoro se encuentra en un mueble o en un inmueble, si bien la ley, en previsión del caso más frecuente, presume que el tesoro se encuentra 'en una finca'. La fórmula que la ley emplea no ha de entenderse en sentido restrictivo; a veces acontece que un tesoro se encuentra en un mueble: billetes de banco escondido entre las hojas de un libro, piezas de oro o pedrerías en un cajón secreto de un escritorio. 3o. El tesoro es distinto de su continente. Esta condición excluye las materias preciosas halladas en la tierra, en su yacimiento natural; no son distintos de la finca y pertenecen totalmente a su propietario. 4o. El tesoro es una cosa anteriormente apropiada, pero sobre la cual nadie puede ya

justificar su derecho de propiedad. Si se presentara quien pudiera producir esa prueba, el caso se convierte en una reivindicación mueble que habrá de admitirse de acuerdo con el derecho común y, en caso de triunfar, el pretendido tesoro no habrá sido adquirido por ocupación" (18).

En lo que toca al segundo de los elementos señalados, Mazeaud, acorde con la doctrina apuntada, escribe: "Poco importa dónde esté disimulada la cosa: puede estar escondida en la tierra, encontrarse en un edificio (en una pared, etc.) o incluso en un mueble (en un cajón secreto, etc.) (19).

Creemos que sin razón, Laurent diside de la interpretación transcrita. Dice así el eminente maestro: "La ley exige que la cosa escondida haya sido encontrada en un fundo, lo que ciertamente quiere decir que debe haberse escondido en aquel fundo; y ¿acaso un mueble es un fundo? Pero si la cosa escondida en un mueble no es un tesoro ¿qué será, pues, y a quién pertenecerá? Sera una cosa hallada, y se le aplicarán las reglas sobre las cosas extraviadas" (20).

Por último, con relación a la calidad específica de propietario de la cosa donde se encuentra el tesoro por oposición a quién sólo tiene un derecho de usufructo sobre la misma cosa, el mismo Laurent apunta: "Se necesita ser propietario del predio para tener derecho a la parte de tesoro

(18) Marcelo Planiol y Jorge Ripert, Tratado Práctico de Derecho Civil Frances, T. III, Pág. 524, Ed. Cultural, S.A. La Habana, 1946 Trad. de Mario Díez Cruz.

(19) Ob. cit., Pág. 294.

(20) Ob. cit., pág. 631.

que la ley atribuye a la propiedad. Según este principio, habría que resolver que todos los que no son propietarios no tienen ningún derecho al tesoro; el código aplica este principio al usufructuario (art. 598), lo que prueba que no basta con tener un derecho real de goce para reclamar el tesoro. Sin embargo, las leyes especiales que rigen la enfiteusis y la superficie han derogado el rigor de este principio. (21)

C. DERECHO ITALIANO. El primer párrafo del artículo 932 del Código Civil señala las notas características del concepto: "Tesoro.- Tesoro es cualquier cosa mueble de mérito, oculta o enterrada, de la que nadie puede probar que es el propietario".

Comenta la definición el profesor de la Universidad de Milán, Francesco Messineo: "Dos requisitos -de carácter negativo- se destacan en el concepto legislativo del tesoro: el no poder ser advertido con la vista (imposibilidad de encontrarlo) y, por consiguiente la ignorancia de su existencia; la imposibilidad de probar el derecho de propiedad del mismo, independientemente de la propiedad de la cosa en la cual ha sido encontrada. Si el bien (mueble) es fácilmente visible y, por consiguiente no tiene necesidad de ser descubierto (o encontrado) o si alguien puede probar que es su propietario (ya sea el propietario del fundo o de la cosa donde ésta es encontrada, ya sea un tercero) o que fuese su

(21) Ob. cit., pág. 626

su propietario un causante suyo, el concepto de tesoro deja de ser contemplado y desaparece, porque faltan los dos caracteres que hacen de su hallazgo algo fortuito y adventicio para el que lo realiza y para el mismo propietario del fundo (o de la cosa) en que el hallazgo tiene lugar. En tales casos, no se aplica la disciplina a que se refiere el artículo 932.

Pero no es necesario que la ocultación o el soterramiento hayan sido obra del hombre; puede ser también efecto de eventos naturales, como el hundimiento de un edificio, el desbordamiento de un río y similares." (22)

Por lo que toca a la atribución de la propiedad entre el inventor y el propietario, el precepto citado reproduce la disposición del artículo 714 del Código Civil derogado: "El tesoro pertenece al propietario del fundo en que se encuentra. Si el tesoro es encontrado en fundo ajeno, siempre que haya sido descubierto por el solo efecto de la casualidad, corresponde por mitad al propietario del fundo y por mitad al que lo encontró. La misma disposición se aplica si el tesoro es descubierto en una cosa mueble ajena".

Como se observa, el Derecho italiano sigue al pie de la letra la tradición romanística (23) aclarando con gran acierto dos notas: a) que el tesoro es siempre una cosa mueble de

(22) Francesco Messineo, Manual de Derecho Civil y Comercial, T. III, pág. 342, Trad. de Santiago Sentís Melendo.

(23) No ocurrió así en otros tiempos. "El medievo -apunta Mario Ricca-Barberis- abandonó el principio de Adriano acogiendo, por influencia del feudalismo, el concepto de regalia". Acquisto per Ritrovamento o Invenzione, pág. 13

"mérito" (valor); b) que el tesoro puede encontrarse en un bien mueble, con lo cual cortó terminantemente la discusión doctrinal al respecto (24).

"Si el tesoro es encontrado -por terceros- (dice Messineo) casualmente en el fundo ajeno, o también en cosa mueble ajena, corresponde una mitad (a título de premio) al que lo halló (descubridor) y la otra mitad al propietario del fundo (o de la cosa mueble) (art. 932, segundo apartado, segundo y tercer incisos).

Si el encontrado por el propietario del fundo (de la cosa mueble) o es encontrado por terceros, pero a consecuencia de investigaciones (y no casualmente), el mismo, aún no dejando de

(24) Francisco Ricci en la obra Derecho Civil Teórico y Práctico, T. XII, pág. 330 opina, comentando el hoy derogado artículo 714 del Código Civil, que es cosa perdida y no tesoro el hallazgo de bienes que no se encuentren en un inmueble: "Suponiendo -dice- por lo tanto, que yo adquiero un mueble, en el cual se guarda un objeto de valor, no puedo apropiármelo por derecho de invención, sino debo considerar el objeto encontrado como cosa perdida por su propietario y restituirla. El motivo de la ley nos afirma en esta interpretación, que está además en perfecta armonía con el texto. Y, en efecto, las entrañas de la tierra no representan el lugar en que de ordinario se conservan los objetos preciosos, por lo que si éstos fueron colocados bajo tierra, es de suponer que fue por circunstancias raras y anormales, y se hizo con el objeto de sacarlos de su escondite, una vez pasadas dichas circunstancias. Si después muriese el que conocía el escondite, o por circunstancias especiales no se pudieran encontrar las cosas enterradas, es claro que éstas, si luego son halladas, no pueden considerarse perdidas. Por el contrario, los muebles, como un armario, etc., están destinados a conservar los objetos preciosos, y si sucediera que éstos no fueron sacados del lugar en donde se encontraban, es de suponer que fue por efecto de un olvido y no de querer dejar la cosa en el mueble al venderle o cederle; por lo que estamos en el caso de considerar perdidas las cosas que el propietario olvidó en el mueble en que se guardaban".

ser tesoro, corresponde por entero al propietario (arg. a contrario art. 932, segundo apartado, primer inciso); y en este último caso puede ser reivindicado del tercero que lo haya encontrado, por el propietario; el tercero no tiene derecho a parte alguna.(25)

A este respecto, Francisco Ricci apunta: "Para que el inventor del tesoro en fundo ajeno tenga derecho a apropiarse de la mitad, exige el artículo 714 que el hallazgo sea efecto de la casualidad; por lo que si el extraño se introdujese en el fundo para buscar el tesoro y lo hallare, no tiene ningún derecho sobre los objetos encontrados por no haberse descubierto por casualidad, sino por consecuencia de un deliberado propósito (26).

De gran interés resulta la observación del maestro Roberto de Ruggiero, motivo de posterior análisis en el curso de esta tesis, quien sobre el particular señala: "Precisa reconocer que la ley no es congruente; donde la incongruencia se manifiesta es en el exigir que no se realice obra de investigación, 'non data opera', para la adquisición de la mitad del inventor, aun cuando el hallazgo lo haya hecho un tercero con aquiescencia del propietario; ya que si a quien de propósito practica obras de investigación en fundo ajeno, la

(25) Ob. cit., pág. 342.

(26) Ob. cit., pág. 335.

ley no atribuye derecho alguno por no estimular las invasiones de la ajena propiedad, no está justificado el privar de tal derecho al inventor cuando sin lesionar el derecho ajeno ha hecho el hallazgo. El código civil alemán (párrafo 984) elimina el requisito de la casualidad para la adquisición por el inventor" (27).

En lo que toca a otros requisitos derivativos de la definición legal, el mismo autor opina de este modo: "No la posesión, sino la 'inventio', o sea el descubrimiento, hace adquirir al descubridor la propiedad del tesoro... No precisa la posesión efectiva, bastando (y es característica de este modo de adquirir que, según algunos, se ha incluido erróneamente en el concepto de ocupación) el haber sacado la cosa de su estado de ocultación, es decir, el hecho del descubrimiento"; y comentando la propia definición señala como requisitos para que exista tesoro los siguientes: "1) el ser mueble el objeto, de modo que no es tesoro la ruina antigua u otra parte de construcción incorporada al suelo; 2) el ser valioso, lo cual excluye aquellas cosas que carecen de valor; 3) el hallarse oculto o enterrado, de modo que es tesoro tanto el objeto sepultado bajo tierra, cuanto el oculto en un muro o en un mueble, o que con intención de ocultar su existencia haya sido enterrado por alguien, o que por un accidente natural

(27) Roberto de Ruggiero, Instituciones de Derecho Civil, Madrid, 1929, pág. 599, Vol. I, Trad. de la 4a. ed. ital. por Ramón Serrano Suñer y José Santacruz Teijeiro.

cualquiera haya sido enterrado; 4) el haber sido la cosa descubierta en condiciones tales que haga presumir que no exista un actual propietario ni sea posible hallarlo; no precisa, pues, que se trate de un depósito antiguo, si bien cuanto más antiguo sea el tiempo de la ocultación, tanto más improbable resultará el hallazgo del propietario; ni precisa tampoco que se pruebe la imposibilidad de hallar al propietario (lo cual no sería posible de un modo absoluto), sino que basta que las circunstancias de la 'depositio' sean motivo racional para admitir tal imposibilidad". (28).

Otra importante innovación del Código en vigor lo constituye la remisión a leyes especiales que rigen hallazgos de objetos de interés para las ciencias o para las artes. Dice así el tercer párrafo del artículo 932: "En cuanto al hallazgo de los objetos de interés histórico, arqueológico, paleontológico, paleontológico y artístico se observan las disposiciones de las leyes especiales".

Escribe sobre este punto el maestro Messineo: "Los bienes muebles que tienen valor histórico, artístico, arqueológico, paleontológico o paleontológico, de cualquier modo y por quienquiera que sean encontrados en el subsuelo, pertenecen por entero al patrimonio indisponible del Estado (arts. 932, tercer apartado, 826, segundo apartado; cfr. arts. 43 y sgts. de la Ley de lo. de junio de 1939, n. 1089)". (29)

(28) Ob. cit. Pág. 597.

(29) Ob. cit., pág. 343

Cita Francisco Ricci una interesante controversia planteada en la jurisprudencia italiana sobre si el inventor que se apropia la totalidad del tesoro comete robo. Refiriéndose a una sentencia de la Casación de Turín del 13 de septiembre de 1875, dice: "Pero el razonamiento que hace (el tribunal) para excluir la idea de hurto en esta hipótesis es tal, que se puede aplicar a excluir el hurto, aun en el caso en el que halló el tesoro no tuviere ningún derecho de propiedad sobre el mismo, puesto que en uno y en otro caso falta la violación de la posesión ajena, que, según afirma la Casación de Turín, constituye el elemento indispensable o supuesto necesario del hurto.

Escuchemos ahora un razonamiento totalmente distinto que encontramos en una resolución de la Apelación de Roma: 'El propietario, dice, tiene el derecho de propiedad del tesoro; el de su substancia; el derecho de usar de él libremente; el de la capacidad; el derecho de servirse cómo cuando mejor le agrade, o sea, el de disfrutarle.' Este triple derecho reunido constituye el pleno derecho garantizado por la ley contra quien atentara aprovecharse de su legítima obra con fraudes, ocultaciones, excavaciones, para posesionarse y aprovecharse de ella. La jurisprudencia moderna, emancipándose de las sutilezas escolásticas, y deduciendo de la conciencia humana los criterios de las leyes penales imperantes, ha consagrado la máxima de que el hurto puede existir independientemente de las reclamaciones del legítimo propietario, aun cuando no fuese actualmente conocido y aunque ignorase los derechos que sobre

la cosa sustraída le correspondían. Y no se diga que al ignorar el propietario la existencia del tesoro en su fundo, no ha sufrido el daño de la expoliación, sino después que el inventor, con dolosas excavaciones, lo trajo al comercio jurídico, y que éste, por tanto, no lo ha robado posesionándose de él, pues le queda al propietario la acción privada de la reparación del daño, así como la pública de la reivindicación del derecho negado por una individualidad desordenada que hizo entrar la riqueza en el mundo jurídico por la vía de 'laboro criminoso', que deduce el despojo, no de la disminución efectiva de la riqueza ajena, sino de la aparición de un inventario incompleto de la misma, y la repara con la ironía de una reivindicación, casi siempre imposible, y que si fuese acogida, habría que protestar contra la insuficiencia de las leyes tutelares de la seguridad de la propiedad privada."

"Aceptamos -dice Ricci- esta doctrina, aunque no sean exactas todas las observaciones en que se funda... Luego cuando el tercero que va a un fundo ajeno a buscar un tesoro, lo encuentra y se lo apropia, se apropia una cosa que no es 'res nullius', sino que pertenece, o a su propietario, si 'es conocido, o si no lo es, al del fundo; por consiguiente, se apropia cosa ajena para obtener un lucro." (30)

Comenta asimismo el autor citado otra decisión de la Cassación de Palermo en la que se indica que el propietario y el inventor adquieren un derecho real sobre la parte del tesoro que les corresponde. "Si, pues, -opina Ricci- el propietario

(30) Ob. cit., pág. 341

del fundo- adquiere, como el inventor, el derecho de propiedad sobre la mitad de la cosa encontrada, no tiene un derecho personal de crédito, sino un derecho real sobre la cosa que puede hacer valer mediante la acción reivindicatoria." (31)

La misma resolución del tribunal italiano fechada el 9 de abril de 1874 aborda el problema del tesoro descubierto por un obrero contratado por el propietario para la busca del mismo, tocando igualmente la cuestión de propiedad en el supuesto de que varios obreros intervengan en esa labor. Dice así la sentencia: "¿No podría alegarse en tal caso que el inventor, que trabajaba por cuenta del propietario, deba ceder a éste todos los resultados del trabajo y las ventajas de la obra contratada, por no ser el obrero sino el mandatario asalariado, el representante del dueño, y por consiguiente, que al propietario que le emplea debe corresponderle el tesoro encontrado, como dueño del terreno y como inventor?. Esta opinión es de seguir cuando el obrero descubridor del tesoro fuese empleado por el propietario para la busca del mismo que fuese el objeto de las obras; entonces debe aplicarse la doctrina de Gayo, en el párr. 4o. de la lec. 46 De proc., que dice que el mandatario, todo cuanto recibe por causa del mandato, 'sive principaliter ipsius rei nomine sive extrinsecus, ob eam debet mandati iudicio restituere', porque

(31) Ob. cit., pág. 346

entonces la invención es resultado del trabajo encargado por el propietario, el cual, por tanto, debe tener todos los beneficios.

Pero éstos están reservados a aquellos que el obrero percibe como contratista de la obra, pero no a todos los demás, que puede recabar con ocasión de su trabajo por efecto de la suerte, 'succedente numine et ducente fortuna', por un evento extrínseco ajeno al objeto por el que trabaja. Esto es un don de Dios, como decía el emperador León: 'Si tors dedit fossor invento utitur auro dii obvias opes deferunt'. Esta fue la doctrina de Scévola en la lec. 67, ff. de reivind., respecto de un albañil encargado por un nuevo dueño en la reparación de una casa de reciente adquisición, en la cual había encontrado un tesoro. Y Trifonino, en la lec. 63, ff. De acq. per dom., al tratar del caso en que un siervo, del cual tenía otra persona el usufructo, había encontrado un tesoro en el fundo del propietario del siervo, o de un tercero, decide que el usufructuario que emplea al siervo en un trabajo con otro objeto, no adquiere nada del tesoro".

"Si el descubrimiento del tesoro escondido -escribe Ricci no estaba en el ánimo de los que trabajaban juntos, el descubrimiento de uno de ellos no puede considerarse de todos, porque no toma parte en un hallazgo el que no contribuye a él ni con su concurso material ni con su voluntad. Los otros obreros, dice la Casación de Palermo en la decisión citada, que no descubrieron el tesoro y que trabajaban en la misma obra, no pueden ser considerados como inventores, porque en la invención del tesoro hay algo especial distinto de toda otra ocupación,

y es que para la adquisición de la propiedad no es necesario que el inventor se apropie física y corporalmente la cosa, sino que basta con que la haga visible en todo o en parte, y sea el primero que la haya descubierto; de suerte que no podrá llamarse inventor al primero que ponga sus manos en el tesoro, sino el que lo hizo visible o lo puso al descubierto." (32)

D. DERECHO ESPAÑOL. Destina el Código Civil a la reglamentación del tesoro, los siguientes artículos: 351, 352, 471, 610, 614, 615 y 1632. El 352 determina el concepto: "Se entiende por tesoro, para los efectos de la ley, el depósito oculto e ignorado de dinero, alhajas u otros objetos preciosos, cuya legítima pertenencia no conste."

Cabe advertir, con relación a esta definición, que está eliminada la idea de antigüedad del depósito, "de la que el Código Civil ha hecho bien en prescindir" (33) y la presencia del concepto "ignorado", con el que se pretende descartar la hipótesis de tesoros encontrados a consecuencia de búsqueda tendiente a localizarlos. Refiriéndose a los requisitos que se desprenden de la definición legal, Federico Puig Peña, señala:

"lo. Que se trate de un depósito oculto e ignorado. Ha de tratarse, pues, de una cosa oculta. Oculto es lo que está

(32) Ob. cit., pág. 345.

(33) Felipe Sánchez Román, Estudios de Derecho Civil, T. III, pág. 230, segunda ed., Madrid 1900.

escondido, generalmente enterrado, aunque puede muy bien ser tal sin necesidad de estar 'bajo tierra', como, por ejemplo, en las paredes o en los muebles, en las hojas de un libro, en los cajones secretos, etc. (arg. sent. de 8 de febrero de 1902). Además de oculto, el tesoro tiene que estar ignorado; es decir, que se desconozca su existencia; si se sabe que existe y que está en el sitio a donde se dirigen las investigaciones, no podrá llamarse 'tesoro', por lo menos para el inventor (arg. art. 614).

20. Ese depósito tiene que ser de dinero, alhajas u otros objetos preciosos. En definitiva, ha de ser de cosa mueble, y además de valor. No existirá, pues, tesoro en las ruinas antiguas u otras partes de construcción incorporadas al suelo. En la jurisprudencia francesa se planteó el caso del hallazgo de un pavimento de mosaicos de la época romana, y los Tribunales determinaron que ello no era tesoro, según las concepciones de la ley.

30. Que la pertenencia del mismo no conste.- Se trata, pues, de una cosa respecto de la que nadie puede alegar un derecho de propiedad, según las 'circunstancias' en que tuvo lugar el hallazgo. Por ello, si se presentara alguien que pudiera proporcionar esa prueba, el caso se convertiría en un supuesto normal de reivindicación de cosas muebles. 'Claro que (nota 17) vencido el descubridor, como tal, siempre podría probar que se trata de una cosa perdida y en tal concepto, como hallador de la misma tendría derecho al premio que la ley le

otorga". (34)

No obstante que el Código no determina con certeza si el tesoro puede encontrarse en un bien mueble, la Doctrina española así lo admite unánimemente. En el Diccionario de Derecho Privado se encuentra confirmada la opinión de Puig Peña: "Aunque se discutió acerca de si el descubrimiento podría realizarse exclusivamente en bienes inmuebles, como parece deducirse de la palabra 'terreno' que emplea el párrafo 1o. del citado artículo 351 del C.C., o también en bienes muebles, como comprendidos en la frase 'propiedad ajena', a que se refiere el párrafo 2o. del mismo artículo, actualmente están resueltas casi todas las dudas que existieron sobre este punto en el sentido de que no sólo pueden descubrirse objetos preciosos en el suelo y en el subsuelo, sino también en los edificios y en las cosas muebles, como con frecuencia confirma la realidad". (35)

Por lo que se refiere a la regulación jurídica, encontramos la norma de atribución de propiedad establecida desde el Derecho Romano. Previene el artículo 351 en sus dos primeros párrafos: "El tesoro oculto pertenece al dueño del terreno en que se hallare.

Sin embargo, cuando fuere hecho el descubrimiento en

(34) Federico Puig Peña, Tratado de Derecho Civil Español, T. III, Vol. I, pág. 108, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

(35) Ignacio de Casso y Romero y Francisco Cervera y Jiménez Alfaro, Diccionario de Derecho Privado, T. II pág. 3,772, segunda Ed. Labor, S.A., 1954.

propiedad ajena, o del Estado, y por casualidad, la mitad se aplicará al descubridor..."

"Este artículo -escribe don Calixto Valverde necesita algunas aclaraciones:

1a. Que se considera extraño para los efectos del artículo al arrendatario.

2a. El usufructuario será considerado como extraño respecto de los tesoros que se hallaren en la finca (art. 471), y creemos que el usuario y el que tiene derecho de habitación, deben ser asimilados a este efecto con el usufructuario.

3a. Que el enfiteuta, es, para estos efectos equiparado al propietario, por expresa disposición del Código Civil (art. 1632).

4a. Que el descubrimiento ha de hacerse por casualidad para que el descubridor tenga derecho a la mitad del tesoro, lo cual quiere decir que no se haga el descubrimiento con intención de encontrarle, pues si es así no tendría derecho a la participación que la ley le da. (Nota 4) Manresa pregunta si se considerará extraño al obrero que trabajando a jornal y bajo la dirección del propietario, encuentra, haciendo una excavación o demolición, un tesoro oculto: contesta distinguiendo dos casos. Si el obrero trabaja con el deliberado propósito de buscar un tesoro, éste es del dueño; pero si no concurre esta condición, el obrero es el extraño que descubre el tesoro." (36)

(36) Calixto Valverde y Valverde, Tratado de Derecho Civil Español, T. II, pág. 186, segunda ed. Valladolid, 1920.

De igual forma los doctores Ignacio de Casso y Romero, Francisco Cervera y Jiménez-Alfaro determinan que nadie que no sea el enfiteuta tiene derecho a percibir la mitad del tesoro que la ley concede al propietario: "Los derechos a que nos referimos los concede nuestra legislación únicamente al propietario de la cosa, pero no a otros titulares de derechos reales, con la excepción del enfiteuta, que por ejercer el dominio útil y por la naturaleza perpetua de su derecho, está asimilado a estos efectos al verdadero propietario, en el artículo 1632, párrafo 2o. del C.C. Así, cuanto al usufructuario el art. 471 del mismo Cuerpo legal, dispone que respecto de los tesoros que se hallaren en la finca será considerado como extraño. Lo mismo puede decirse de los titulares de los derechos de uso y habitación, con arreglo a lo dispuesto en el art. 528. Y algo semejante puede afirmarse del arrendatario, cuyo derecho está limitado a las facultades que le conceden las disposiciones legales y que sólo es de naturaleza real, según la opinión de determinados autores." (37)

Resulta pertinente consignar aquí las palabras de Federico Puig Peña alusivas al concepto de 'casualidad' mencionado en los artículos 351 y 614: "Ahora bien: el legítimo derecho del descubridor hay que reconocerlo sólo en los casos que las leyes establecen. Estas se refieren, en efecto al hallazgo habido por casualidad (art. 351) (Nota 20): 'En este sentido se

(37) Ob. Cit., pág. 3772.

pronuncian la mayoría de los escritores franceses, sobre todo Aubry y Rau. Estos también manifiestan que, sin embargo, el obrero que trabajando en un fundo ajeno encontrare un tesoro, tiene derecho a la mitad de él, aunque el propietario le hubiere anunciado la 'posibilidad' de hallarlo. 'De la misma manera también tiene derecho a la mitad del tesoro hallado el que emprendiese trabajos en predio ajeno, sin consentimiento del propietario, con otro objeto distinto del de buscar un tesoro'. Por eso, concluye la doctrina, que si el que ha encontrado el tesoro ha conseguido el mismo a través de investigaciones dirigidas a ese fin, con conocimiento de la existencia del tesoro y a espaldas del propietario, no se beneficia de la mitad de lo hallado, pues que éste pasaría al propietario por derecho de accesión". (38)

Tocando el mismo punto, el Catedrático de la Universidad de Madrid F. Clemente de Diego, escribe: "Más para que el inventor tenga derecho a esa mitad es menester que el descubrimiento haya sido hecho por casualidad; la ley quita al buscador de tesoros (industria socorrida en otros tiempos) el beneficio de su trabajo".. (39)

El tercer párrafo del artículo 351 representa una interesante novedad fundada en la idea del interés social que puede existir sobre determinados hallazgos. Dice así el texto:

(38) Ob. cit., pág. 110

(39) F. Clemente de Diego, Instituciones de Derecho Civil Español, T.I., pág. 340, Madrid, 1929

"Si los efectos descubiertos fueren interesantes para las Ciencias o las Artes, podrá el Estado adquirirlos por su justo precio, que se distribuirá en conformidad a lo declarado".

José Castán Tobeñas comenta la disposición transcrita, con las siguientes palabras: "Modernamente hay una marcada tendencia a atribuir al Estado derechos sobre el tesoro, al lado o en sustitución de los derechos que la doctrina clásica atribuía, por el principio de accesión al propietario. Esta adquisición en virtud del simple derecho de propiedad, explicable -dice Barassi- en otros tiempos por el carácter absorbente de la propiedad quiritaria romana, es hoy muy discutida, pareciendo más lógico que estas cosas, residuos de viejas civilizaciones, pertenezcan a la colectividad.

Tal orientación, que se ha abierto paso ya en las legislaciones a propósito del subsuelo arqueológico, ha tenido también repercusiones en nuestra Patria. El Código Civil ha concedido al Estado una especie de derecho de expropiación, estableciendo que si los efectos descubiertos fueran interesantes para las ciencias o las artes, podrá el Estado adquirirlos por su justo precio, que se distribuirá conforme a lo antes dicho (art. 351), (apartado 3o.) Y la ley de 7 de julio de 1911, dictada para favorecer la investigación y conservación de antigüedades, estableció, al lado de otras disposiciones que modifican las del derecho civil: a) Que el Estado se reserva el derecho de hacer excavaciones en propiedad particular, ya adquiriéndola por expediente de utilidad, ya indemnizando al propietario los daños de la excavación (art. 4o.). b) que son

propiedad del Estado las antigüedades descubiertas casualmente en el subsuelo o encontradas al demoler los edificios. Si el hallazgo se hiciera en propiedad particular, el propietario tiene derecho a la mitad del importe de la tasación de dichos objetos, correspondiendo la otra mitad al descubridor; y si es en obras públicas o subvencionadas, percibe aquél una equivalencia de su valor extrínseco, si el objeto es de metal o piedras preciosas, y en los demás casos un quinto de su valor (arts. 5o. y 6o." (40)

Oigamos las palabras de Puig Peña sobre esta cuestión: "Tesoro encontrado en terreno propio o ajeno, pero de valor científico o artístico. La pobreza de los razonamientos para atribuir al propietario el derecho a la mitad del tesoro, hizo orientar la doctrina en el sentido de la colectividad (y en su representación el Estado) para sustituir o colocarse al lado del propietario en los beneficios que pueden derivarse del tesoro. En esta orientación fue escrito el artículo 351, párrafo 3o., con arreglo al cual 'si los efectos descubiertos fuesen interesantes para las ciencias o las artes, podrá el Estado adquirirlos por su justo precio, que se distribuirá en conformidad a lo declarado'. Adoptando todavía una postura más decidida, la ley de 7 de julio de 1911, aparte de reservar al Estado el derecho de hacer excavaciones en propiedad particular,

(40) José Castán Tobeñas, Derecho Civil Español, Común y Toral, T. II, pág. 217, Ed. Reus, Madrid, 1957

concedió al mismo la propiedad de todas las antigüedades descubiertas casualmente en el subsuelo o encontradas al demoler los edificios. Si el hallazgo se hizo en obras públicas o subvencionadas, se entregará, si el objeto es de metal o piedras preciosas, una equivalencia de su valor intrínseco, y en los demás casos, un quinto de su valor". (41)

"Esta novedad -escribe Felipe Sánchez Román refiriéndose al tercer párrafo del artículo 351 -es plausible y justificada, constituyendo una especie de expropiación forzosa, a nombre del interés social y de la cultura nacional". (42)

Dos cuestiones de importancia se tocan en el Diccionario de Derecho Privado que es preciso consignar. La primera se

(41) Ob. cit. Pág. 111.

(42) Ob. cit. pág. 230. Los profesores Blas Pérez González y José Alguer en los estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas del "Tratado de Derecho Civil de Ennecerus, Kipp y Wolff, T. III, Vol. I, pág. 497, citan una sentencia de la Sala 4a. del Tribunal Superior de 25 de octubre de 1933 relativa a la cuestión que se prevee en el art. 351. Escriben los señores Pérez y Alguer:" Según la S. de la Sala 4a. del T.S. de 25 de octubre de 1933, la competencia del Estado en la aplicación de este precepto está limitada a decidir sobre la adquisición, pues, en caso afirmativo, surgirá una relación de carácter civil, por haber nacido a consecuencia de un precepto de esta naturaleza, y de origen unilateral, por derivar de una decisión adoptada discrecionalmente por la Administración, pero bilateral por sus consecuencias, es decir, de naturaleza contractual y reguladas por el Derecho privado; por otra parte, tampoco se trata, propiamente, de un caso de expropiación forzosa y no será aplicable la ley de 10 de enero de 1879 (que, además, se refiere a la propiedad inmueble) para justipreciar los objetos que el Estado trata de adquirir, sino que tal función será propia, en su caso, de los Tribunales ordinarios del fuero civil."

relaciona con probable conflicto de Derecho Internacional Privado y la segunda con la validez del pacto que puedan celebrar las partes sobre la atribución del tesoro.

Tocante a la primera cuestión, se lee en la obra citada: "Partiendo de esta base, y del contenido del art. 10, párr. 1o. de nuestro CC., que sujeta los bienes muebles a la ley de la nación del propietario, algunos internacionalistas españoles hablan de posibles conflictos entre nuestra ley nacional y las extranjeras. Así, Conde y Luque planteaba el siguiente problema: Si un ruso o un norteamericano en España entrega en comodato o en arrendamiento un mueble de su propiedad, en el que el comodatario o el arrendatario encuentra un tesoro, ¿qué derechos tendrán sobre él cada uno de los contratantes? Según la legislación española, el tesoro se divide por igual entre los interesados; pero como la misma remite, en materia de bienes muebles, a la ley del propietario de éstos, y tanto la ruso como la norteamericana atribuyen el tesoro en su totalidad al que lo descubre, surge la duda de cuál debe ser la ley aplicable en este caso. Este conflicto se resuelve actualmente por la mayoría de los internacionalistas en el sentido de que la ley aplicable debe ser la de situación de los bienes."

Por lo que atañe al segundo de los problemas mencionados, en la misma obra se dice: "El tratadista Scaevola prevé la posibilidad de que los interesados derroquen voluntariamente las disposiciones establecidas en el CC., atribuyendo de común acuerdo al descubridor la totalidad del tesoro, puesto que, según él, 'si el dueño del predio concede licencia al extraño

para descubrir tesoros en su heredad, tácitamente renuncia a la facultad que le reconoce el ap. lo. del art. 351 del CC., y hace como un traspaso anticipado de propiedad de los objetos que constituyen el tesoro, acto lícito, porque según el art. 1271 de nuestro Código, pueden ser objeto de contrato aun las cosas futuras, siempre que estén en el comercio de los hombres, y, además, los derechos son renunciables conforme al art. 40. del mismo". (43)

Dentro de los conceptos jurisprudenciales se encuentra la sentencia de 8 de febrero de 1902 en la que se precisa que "las monedas encontradas al entregar los libros a los adjudicatarios en una testamentaria, y que no habían sido inventariadas, no pueden considerarse tesoro si la librería fue usada por el testador y las monedas, eran, en gran parte, de circulación corriente en vida del mismo. La misma orientación se advierte en la sentencia de 17 de abril de 1951" (44)

"Fundándose en estos preceptos (arts. 351 y 614) -apunta Castán Tobeñas -tiene declarado la Sala 2a. del Tribunal Supremo que cometen delito de hurto los albañiles u operarios que, trabajando en una casa, encuentran un tesoro y se apoderan de la totalidad del mismo (sentencias de 14 de abril de 1900 y 5 de julio de 1901). Pero con anterioridad, la sentencia de 13 de mayo de 1896 había declarado que no constituía delito de hurto la retención de un tesoro por el que lo había descubierto

(44) José Castán Tobeñas, Ob. cit., pág. 216.

en una habitación, siendo inquilino de la misma, por ignorar lo que dispone el art. 351 del Código Civil. Véanse también las sentencias de 7 de febrero de 1899 y 28 de noviembre de 1906, que estiman la existencia de la causa de la inculpabilidad, fundada en la ignorancia de una ley extrapenal, como es la norma civil que determina la distribución del tesoro". (45)

"No constituyen delito los hechos ejecutados por una legataria y por una inquilina, apropiándose totalmente los tesoros encontrados en un mueble legado y en el edificio habitado, respectivamente, considerando explicados esos hechos por la creencia equivocada de tener derecho al tesoro y disculpando el sigilo, por el temor a compromisos, reclamaciones, etc. (SS-18-1 y 7-2-899)". (46)

De los preceptos que reglamentan el tesoro, faltan por mencionar dos, el 610 que lo señala como una forma de adquirir por ocupación, y el 615 que reglamenta el hallazgo de cosa mueble que no sea tesoro. Dice así el primero: "Se adquieren por la ocupación de los bienes apropiables por su naturaleza que carecen de dueño, como los animales que son objeto de la caza y pesca, el tesoro oculto y las cosas muebles abandonadas; y la parte conducente del 615 establece: "El que encontrare una cosa mueble, que no sea tesoro, debe restituirla a su anterior propietario. Si éste no fuere conocido, deberá consignarla inmediatamente en poder del Alcalde del pueblo donde hubiese verificado el hallazgo..."

(45) Ob. cit. pag. 216.

(46) De Casso y Romero y Cervera, Ob. cit. pag. 3773.

C A P I T U L O I I I

CONCEPTO JURIDICO DEL TESORO

- A. DEFINICION Y ANALISIS DE LOS ELEMENTOS
INTEGRANTES DEL CONCEPTO
- B. DIFERENCIAS CON FIGURAS JURIDICAS
AFINES.

A. DEFINICION Y ANALISIS DE LOS ELEMENTOS INTEGRANTES DEL CONCEPTO.

Siendo ardua la labor de toda definición, en el campo del Derecho resulta particularmente difícil. Bien conocida y cierta es la cita del Digesto: "En el Derecho, toda definición es peligrosa". (1) No por ello, sin embargo, ha de abandonarse el intento de conceptualización que por reunir con el mínimo de expresión el contenido esencial de la institución, sirve a los fines de su precisión doctrinal y correcta inteligencia.

Bajo la idea de que en toda definición deben agruparse aquellos elementos que se consideran invariables, podemos señalar que se entiende por tesoro el "Depósito oculto de objetos preciosos cuyo legítimo propietario se ignore".

Por lo mismo, a nuestro juicio, son cuatro los elementos esenciales del concepto: a) Depósito; b) oculto; c) objetos preciosos; d) cuyo legítimo propietario se ignore.

Añádense a las anteriores nociones otras no propias de la definición, sino derivadas de reglamentaciones jurídicas específicas o implícitas en las básicas mencionadas. Haremos el análisis de las primeras, para aludir con posterioridad a las segundas.

A) Depósito.-

El término "depósito" del Latín "Depositum", gramaticalmente tiene, entre otros significados: "Acción y efecto de depositar.- Cosa depositada..."(2) Según el Diccionario de la

(1) Digesto. Libro 50, Tít. 17, Ley 202.

(2) Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Madrid, 1970, pág. 434.

Real Academia Española, depositar es "Colocar algo en sitio determinado y por tiempo indefinido". (3)

De "Depositum" deriva también el vocablo "Deponere", deponer, que significa "dejar, separar, apartar de sí" (4).

Quiere decir lo anterior que con el término "depósito" se alude a cosa colocada en sitio determinado (depositada) que queda separada o apartada (depuesta) de la persona que ejecutó la acción de depositar.

B) Oculto.-

La definición gramatical dice: "Oculto (Lat. occultus.- cf. ocultar) ad. Escondido, ignorado" (5). Agrega el Diccionario de la Real Academia: "que no se da a conocer, ni se deja ver ni sentir" (6).

Esconder significa encerrar, encubrir, "retirar de lo público una cosa a lugar o sitio secreto" (7).

Se advierte, por lo mismo, de las nociones expuestas, que el depósito, para constituir tesoro debe encontrarse en lugar o sitio secreto (encubierto o escondido) de manera que no se da a conocer, ni se deja ver ni sentir, precisamente por su estado de ocultamiento.

Tampoco es hallazgo -dicen los señores De Casso y Romero y

(3) Idem, pág. 433.

(4) Diccionario Enciclopédico Quillet. Tomo III, pág. 249, Ed. Argentina Aristides Quillet, S.A., Buenos Aires, 1968, Pág. 321.

(5) Miguel de Toro y Gilbert. Pequeño Larousse Ilustrado. 1969, pág. 734

(6) Real Academia Española. Op. cit., pág. 935.

(7) Antonio Raly Poudevida. Diccionario Porrúa de la Lengua Española, revisado por Francisco Monterde. Editorial Porrúa, México, 1973, pág. 296. 5a. Ed.

Francisco Cervera, las cosas que no están ocultas puesto que en este supuesto, no se realiza ningún descubrimiento. (8)

Sobre la cuestión a que se viene haciendo mérito, cabe señalar algunas particularidades:

1.- La definición del tesoro del Código Civil español, en su artículo 352, agrega el concepto "ignorado". Se entiende por tesoro, dice el precepto, el depósito oculto e ignorado de dinero, alhajas u otros objetos preciosos, cuya legítima pertenencia no conste.

Comenta la disposición Puig Peña diciendo: "Además de oculto el tesoro tiene que estar "ignorado", es decir, que se desconozca su existencia; si se sabe que existe y que está en sitio adonde se dirigen las investigaciones, no podrá llamarse "tesoro", por lo menos para el investigador. (9)

Creemos que la inclusión del término "ignorado" no es acertada por cuanto que también existirá tesoro, aun cuando se presuma su existencia y se hagan trabajos tendientes a descubrirlo. Habrá sin duda diferencias de reglamentación en los diversos ordenamientos jurídicos en lo que toca a la atribución del tesoro de acuerdo con las distintas hipótesis que puedan presentarse, según adelante exponemos, mas no por ello el descubrimiento del depósito que se encontraba oculto, deja de constituir un tesoro.

(8) Ob.Cit. Diccionario de Derecho Privado. Tomo II, pág. 3771. Marcel Planiol señala terminantemente: "... un objeto perdido, pero que se encuentra en la superficie del suelo, no es tesoro, es un bien mostrenco. Tratado, Tomo III, Volumen V, Pág. 288.

(9) Op. cit., Tomo III, pág. 108

Por otra parte, el conocimiento de la existencia del tesoro no puede derivar de su estado de presencia advertible, puesto que se encuentra oculto, de manera que esa existencia solamente es presumible, y se corroborará cuando el conocimiento derive de un acto sensorial.

En diversas palabras, no puede afirmarse que el tesoro se conozca por otro medio que por su percepción sensorial derivada de su descubrimiento. Si no hay tal percepción, habrá presunción de existencia y por tanto faltará la comprobación por medio del descubrimiento.

2.- Hay que considerar que no es necesario que el estado de ocultamiento sea producto de un acto del hombre; la ocultación puede ser voluntaria o casual. Apunta con acierto Messineo "No es necesario que la ocultación o el soterramiento hayan sido obra del hombre; puede ser también efecto de eventos naturales, como el hundimiento de un edificio, el desbordamiento de un río y similares" (10).

Los profesores Mazeaud, refiriéndose al mismo particular, dicen: "Se precisa que la cosa esté disimulada. No es necesario que haya sido ocultada: la intención del propietario es indiferente." (11)

3.- También conviene puntualizar que la primitiva idea de

(10) Op. Cit., Tomo II, pág. 342

(11) Op. cit., pág. 294.

que el depósito se encuentre enterrado en un inmueble, ha dejado de tener imperancia en la actualidad. La moderna doctrina, legislación y jurisprudencia están acordes en que el tesoro puede encontrarse oculto en un bien mueble. (12)

El enterramiento es una de las formas de ocultación; pero de ninguna manera es la única, aunque tal vez sea la más frecuente. Las palabras de Planiol ilustran con toda precisión: "Importa poco que el tesoro se encuentre en un inmueble o en un mueble, aunque la ley previendo el caso más ordinario, supone que el tesoro se encuentra en un inmueble. Es decir, en efecto, es en la tierra o en los muros de las casas, donde más a menudo se esconden los tesoros; pero la fórmula que usa la ley no debe entenderse en sentido restrictivo. Acontece a veces, que un tesoro se encuentra contenido en un mueble: billetes de banco escondidos en las hojas de un viejo libro; piezas de oro o de pedrería en el cajón secreto de un secretario o escritorio, etc..." (13)

C) Objetos preciosos.

La raíz etimológica del término "tesoro" alude a un objeto precioso: el oro. "La palabra tesoro -escribe Mario Ricca Barberis- del Griego 'Tesauros' 'oro oculto' o 'amontonado', es tan vaga que no se puede dejar de pensar en algo fabuloso, secreto, enorme..." (14)

(12) De parecer opuesto es el profesor Laurent, quien señala: "La cosa escondida dentro de un mueble es cosa hallada, y se aplicarán las reglas sobre las cosas extraviadas." (Op. cit. pág. 631).

(13) Op. cit., pág. 288.

(14) Mario Ricca Barberis. "Adquisto per ritrovamento o Invenzione". Universidad de Torino, Serie II, Memoria LVII, Editorial Hesperia, Pág. 9.

Es esta otra condición esencial de la definición del tesoro, por cuanto que el hallazgo de objetos sin valor alguno carece de interés en cuanto a su reglamentación jurídica. El profesor y rector de la Universidad de Valladolid Calixto Valverde y Valverde, señala sobre el particular: "Los códigos modernos unos creen que han de ser cosas preciosas y otros no exigen esta condición. La característica debe ser, que sean cosas de cierto precio o de valor en el mercado." (15)

Del mismo de pensar es F. Laurent, quien escribe: "El art. 717 dice que toda cosa escondida o enterrada es un tesoro. Así es que poco importa la naturaleza de la cosa; no hay que distinguir si es más o menos preciosa. Ciñéndose a la letra de la ley, aun habría que aplicarla a las viejas tumbas que se descubriesen en un terreno. Nosotros preferimos la interpretación de la Corte de Burdeos al código, por más que no aprobemos sus motivos. Ella parte del principio de que el tesoro no puede comprender más que las cosas que tienen un valor comercial, y que el poseedor esconde para asegurar su conservación." (16)

El problema, no obstante, en los términos planteados, queda incompletamente resuelto. Basta considerar que resta por determinar lo que deba entenderse por "objeto precioso". El Maestro Ernesto Gutiérrez y González llegó a sostener al respecto que "no se puede dar un concepto uniforme de qué es un

(15) Op. cit., pág. 184, nota 4.

(16) Op. cit., pág. 631.

objeto precioso, pero sí se puede afirmar que cosas estimadas en una época como no preciosas, lo son años después... se puede por ello decir, para determinar cuando un objeto es precioso, que se debe atender a la costumbre del momento y a un sano criterio judicial." (17)

Ciertamente, la costumbre del momento en cuanto a la determinación de un objeto precioso es atendible, aun cuando nos parece que queda en pie la interrogante de en qué criterio se basa esa costumbre para asignar a un objeto el calificativo de precioso.

No cabe duda de que el adjetivo precioso se refiere a un objeto valioso, que puede serlo por diferentes motivos. El canon 1497, segundo párrafo del Código de Derecho Canónico define en los siguientes términos: "Se llaman preciosos aquellos (bienes) que tienen un valor notable por razón del arte o de la historia o de la materia" (18). De acuerdo con este concepto se desprende que la notabilidad del valor atribuye a un objeto su calidad de precioso.

Ahora bien, si según la Real Academia Española "valor" significa "grado de utilidad o aptitud de las cosas para satisfacer las necesidades o proporcionar bienestar o deleite",

(17) Ernesto Gutiérrez y González. El Patrimonio, Pecuniario y Moral o Derechos de la Personalidad. Ed. J.M. Cajica, Puebla, Pue., 1971, pág. 119 y 120, 1a. Edición.

(18) Código de Derecho Canónico. Texto Latino y Versión Castellana, con Jurisprudencia y comentarios por Lorenzo Miguélez Domínguez, Sabino Alonso Morán y Marcelino Cabreros de Anta. Madrid, 1945, pág. 501 "Dicitur... 'pretiosa', quibus notabilis valor sit, artis vel historiae vel materiae causa"

en este concepto encontramos la idea de "objeto precioso" como integrante de la definición del tesoro. En efecto, el objeto u objetos depositados, han de poseer un notable grado de utilidad o aptitud para satisfacer necesidades o proporcionar bienestar o deleite; y puede relacionarse esa utilidad con cuestiones artísticas, materiales, científicas, históricas, etc.

D) Cuyo legítimo propietario se ignore.

Es este elemento esencial del concepto del tesoro desde el momento en que si existiere una persona que pruebe ser propietario del objeto, dejará de existir éste como tesoro, convirtiéndose el caso en una reivindicación de muebles.

A esta noción alude Puig Peña: "Se trata, pues, de una cosa respecto de la que nadie puede alegar un derecho de propiedad, según las circunstancias en que tuvo lugar el hallazgo. Por ello, si se presentara alguien que pudiera proporcionar esa prueba, el caso se convertiría en un supuesto normal de reivindicación de cosas muebles. El Tribunal Supremo español determinó que las monedas encontradas en una librería al entregar los libros a los adjudicatarios en una testamentaria y que no habían sido inventariados no puede considerarse tesoro si la librería fue usada por el testador y las monedas eran, en gran parte, de circulación corriente en vida del mismo." (19)

(19) Op. Cit., pág. 109.

Cabe tener presente también con relación a este punto, que la inexistencia del propietario es un hecho negativo cuya prueba se basa en presunción: De las condiciones especiales del descubrimiento debe presumirse -hasta que no se pruebe lo contrario que del depósito oculto se ignora quien sea el propietario. Sobre el particular el Maestro Ruggiero señala que dentro de los requisitos del tesoro se encuentra: "el haber sido la cosa descubierta en condiciones tales que haga presumir que no existe un actual propietario ni sea posible hallarlo..., ni precisa tampoco que se pruebe la imposibilidad de hallar el propietario (lo cual no sería posible de un modo absoluto), sino que basta que las circunstancias de la 'depositio' sean motivo racional para admitir tal imposibilidad". (20)

Analizados los elementos esenciales del concepto, toca aludir a aquellas características propias de reglamentaciones jurídicas específicas, pero que no forman parte del mismo, como son: 1) que el descubrimiento sea casual; 2) que el depósito sea antiguo y 3) que el depósito esté oculto en un bien inmueble.

1) Que el descubrimiento sea casual.

No es unánime la Doctrina sobre la existencia esencial de este requisito, e inclusive la solución legal de los diversos países, varía.

(20) Op. cit., pág. 597.

Refiriéndose al artículo 714 del Código Civil italiano (reproducido en el 932 del Código vigente) y con apoyo en los textos romanos de los Emperadores León y Justiniano, Francisco Ricci, dice: "El efecto de la casualidad, por tanto, según el concepto romano, se dará siempre que el descubrimiento del tesoro se efectúe sin intención deliberada. Tal concepto es, a nuestro juicio, perfectamente racional. En el lenguaje común llamamos casualidad a todo lo que no es efecto de nuestra voluntad y no suele ser la consecuencia de un acto o hecho. Si, por ejemplo, el propietario hace una excavación en su propio fundo con objeto de plantar, y, al hacerla, encuentra un tesoro, llamamos fortuito o casual a este hallazgo, no porque el acto del propietario no provenga de su voluntad, sino porque, aun siendo voluntario el hecho de la excavación, se dirige a otro objeto distinto que el de encontrar un tesoro." Mas adelante el mismo autor señala: "Si el propietario ordenó los trabajos para descubrir un supuesto tesoro, el hallazgo no es casual, y falta la condición indispensable para que el descubridor del tesoro tenga derecho a la mitad." (21)

No opinan igual los profesores Mazeaud, porque según éstos, el descubrimiento es casual aún en presencia de trabajos encaminados a encontrarlo, en tanto que no se tiene la certeza de que con motivo de esos trabajos se localice el tesoro: "Es preciso, por último, dentro de los términos del artículo 716, párrafo segundo, que el descubrimiento resulte de la casualidad.

(21 Op. Cit., págs. 335 y 344

¿Qué debe entenderse exactamente con eso? Parece que este requisito excluye la aplicación de las reglas del Código relativas a la adquisición del tesoro cuando se descubra un objeto en el curso de exploraciones o investigaciones cuya finalidad fuera encontrarlo. Su descubrimiento 'no resulta del azar'. Pero no parece que ese haya sido el pensamiento de los redactores del artículo 716. Incluso en ese caso, el azar interviene; porque no se tiene la certeza de que las investigaciones sean coronadas por el éxito. Los redactores del Código Civil quisieron excluir tan sólo las cosas cuyo lugar conoce su propietario." (22)

La Jurisprudencia francesa a que aluden los mismos profesores Mazeaud, indica la posibilidad de la existencia del tesoro aún en presencia de trabajos encaminados a descubrirlo, puesto que dispone que el descubridor es la persona que ordena que se hagan los trabajos: "Algunos hallazgos se producen en el curso de trabajos en los cuales participan numerosas personas: exploraciones organizadas o trabajos de descombro ejecutados por una empresa. Es cierto que los obreros que participan en las exploraciones cuya finalidad consiste en buscar los objetos que puedan estar ocultos no podrían pretender ningún derecho sobre los objetos que encontraran; el descubridor es la persona que dispone que se efectúen las investigaciones (París, 9 de Nov. de 1948; Gaz. Pal., 1949.I.49)".

(23)

(22) Op. cit., pág., 294.

(23) Idem., pág. 295.

El requisito de la casualidad, exigido por la legislación española, italiana y francesa cuando el descubrimiento se hace en propiedad ajena, no aparece consignado en el plárrafo 984 del Código Civil Alemán.

La finalidad de la referida disposición no es otra, según dice Don Clemente de Diego "Que quitar al buscador de tesoros (industria socorrida en otros tiempos) el beneficio de su trabajo". (24)

Sin embargo, creemos nosotros que no toda la búsqueda del tesoro en propiedad ajena ha de implicar una violación al derecho de propiedad; basta tener presente que los trabajos pueden efectuarse con el consentimiento del propietario; y será claro que en este supuesto no sería justo privar al descubridor de la parte que la ley atribuye al que descubrió por casualidad.

Refiriéndose al requisito de la casualidad, Planiol la califica de "condición inútil": "El artículo 716 parece exigir una condición más: según este texto, sería necesario que el descubrimiento del tesoro fuese obra del azar. Esta condición es inútil según la definición del tesoro; la cosa escondida no perteneciente a nadie es un tesoro, aunque se hubieren emprendido excavaciones para descubrirlo, porque se sospecha su existencia. Cuando el azar preside estos descubrimientos, tiene importancia únicamente en la atribución del tesoro: es indiferente respecto a su definición". (25) En el Tratado

(24) Op. cit., pág. 340.

(25) Op. cit., pág. 288.

Práctico de Derecho Civil Francés de Planiol y Ripert, se lee: El artículo 716 parece exigir que el hallazgo del tesoro sea obra del azar. Esta condición no debe entrar, según expresamos, en la definición del tesoro, ya que una cosa escondida que a nadie pertenece es un tesoro, aun cuando se sospecha su existencia y se practiquen excavaciones a fin de descubrirla. (26)

2) Que el depósito sea antiguo.

Es este otro elemento que a nuestro juicio no es integrante esencial del concepto, aun cuando así haya sido considerado por algunos jurisconsultos eminentes. Desde luego, aparece consignado en el Derecho romano según la definición de Paulo: "Vetus quedam depositio pecuniae", y modernamente F. Laurent puntualiza: "¿Es preciso que el depósito sea antiguo? El Derecho romano así lo exigía. Se ha sostenido que el Código civil reproduce implícitamente esta doctrina, por más que no repita la palabra. En efecto, se dice, el Código exige que nadie pueda justificar su propiedad, lo que ciertamente no tiene lugar cuando el depósito es moderno. La Corte de Burdeos, al admitir esta interpretación, ha resuelto que no se podría dar el nombre de tesoro a algunas piezas de oro de efígie reciente. Esto es demasiado absoluto. En derecho existe el mismo error, porque se aumenta el texto de la ley.

(26) Op. cit., pág. 599.

El legislador francés tenía a la vista la definición romana y no ha reproducido la expresión del depósito antiguo, y nosotros no podemos exigir lo que la ley no prescribe. Sin duda que si las piezas de moneda son de fecha reciente, comunmente será fácil justificar la propiedad al que las deposita. Pero supongamos que no pueda hacerlo, entonces se vuelve a los términos de la ley, y por consiguiente, hay que atribuir la cosa al descubridor y al propietario del fundo. La cuestión de la antigüedad del depósito es pues, una dificultad de hecho más bien que de derecho". (27).

Francesco Messineo, con su acostumbrada precisión dice al respecto: "Y no es necesario el carácter de la 'vetustas': basta la imposibilidad de encontrar la cosa, por parte del propietario, de cualquier manera (también por efecto de la vetustas) que esa imposibilidad se haya determinado" (28). El profesor de la Universidad de Berlín Martín Wolff, señala a este respecto: "Durante cuanto tiempo debe haber permanecida oculta la cosa para ser tesoro, se desprende de que, desde el primer momento falte toda esperanza de poder averiguar quién sea el propietario" (29).

(27) Op. cit., Pág. 632.

(28) Pág. 342.

(29) Pág. 494. Ruggiero apunta: "No precisa, pues, que se trate de un depósito antiguo, si bien cuanto más antiguo sea el tiempo de la ocultación tanto más improbable resultará el hallazgo del propietario. (Op. cit., pág. 597) Por su parte, Planiol califica el requisito de la antigüedad de "condición inútil". Así se expresa el eminente maestro: "La antigüedad (del tesoro) es su carácter cotidiano, pero no necesario. El entierro puede ser reciente, y si nadie tiene un derecho que hacer valer sobre la cosa descubierta, constituirá un tesoro" (Op. cit., pág. 288).

Se concluye de las ideas expresadas que la antigüedad del depósito puede ser un medio para establecer la presunción de que el tesoro no tiene dueño conocido.

3.- Que el depósito esté oculto en un inmueble.

En realidad, el tesoro puede encontrarse oculto en un bien mueble o en un inmueble. Es este otro punto de reglamentación específica de los distintos regímenes jurídicos, pero puede asentarse que la actual doctrina y jurisprudencia dominante acepta que el depósito puede encontrarse oculto en bien mueble o inmueble (30).

Aludiremos ahora a aquellos otros conceptos que no se mencionan en la definición del tesoro, porque se trata de nociones implícitas en las ideas de la definición. Dichos elementos implícitos, son: a) el tesoro es un bien mueble; b) distinto de su continente; c) anteriormente apropiado. Analizaremos brevemente estos conceptos:

a) El tesoro es un bien mueble.

De la esencia del concepto del tesoro es el carácter de bien mueble. Ya el Derecho romano aludió a un depósito de "dinero"; y no existe ni ha existido legislación, doctrina o jurisprudencia que haya pretendido configurar la noción del

[30] No opinan igual, entre otros, Laurent y Ricci. El primero dice: "La ley exige que la cosa escondida haya sido encontrada en un fundo, lo que ciertamente quiere decir que debe haberse escondido en aquel fundo, y ¿acaso un mueble es un fundo? Pero si la cosa escondida en un mueble no es tesoro, que será?, y a quien pertenece? Será una cosa hallada, y se le aplicarán las reglas sobre las cosas extraviadas" (Op. cit., Pág. 631). El segundo escribe, refiriéndose al artículo 714 del Código Civil Italiano, derogado, dice: "Estas palabras revelan con suficiente claridad, que, según el concepto del legislador patrio, el tesoro no puede encontrarse sino en un fundo, por no haberse previsto más que esta hipótesis, por lo que la ocultación de que se habla en el segundo párrafo de dicho artículo no puede hacerse más que en un fundo para que la cosa se considere tesoro". (Op. cit., pág. 330).

tesoro referida a un inmueble.

Ahora bien, el carácter de cosa mueble se deriva del concepto de depósito que, según se dijo anteriormente alude a "cosa depositada" o "depuesta", separada o apartada de la persona que ejecutó la acción de depositar. Todo ello significa que el tesoro no puede estar constituido sino por una cosa que tiene la calidad jurídica de "mueble".

De la característica señalada, de suyo evidente, esencial e inobjetable se deriva la segunda noción:

b) distinto de su continente, de manera que no es fruto ni forma parte de éste.

Marcel Planiol y Jorge Ripert puntualizan sobre el particular: "El tesoro es distinto de su continente. Esta condición excluye las materias preciosas halladas en la tierra, en su yacimiento natural" (31) Francisco Ricci ilustra el punto con las siguientes palabras: "Consistiendo el tesoro, según la definición legal, en una cosa mueble, es necesariamente distinto del fundo en que se encuentra y no forma parte del mismo; por lo que si el objeto mueble está incorporado al suelo de manera que forme parte del mismo o es producto natural del

(31) Planiol y Ripert, Op. cit., pág. 525. Este elemento, a nuestro entender significa un punto determinante para establecer si quien al limpiar un cuadro encuentra otra pintura oculta de valor, debe considerarse descubridor de un tesoro. El caso, por demás interesante, se planteó ante los tribunales mexicanos por el Maestro Ernesto Gutiérrez y González, quien lo refiere en su obra mencionada. A nuestro juicio, la pintura, como obra de arte, forma una unidad de continente y contenido, y por ello, el propietario del lienzo, lo es de todas las capas de pintura que a él puedan incorporarse. Por tanto, el limpiador del cuadro no puede tener el carácter de descubridor de un tesoro.

suelo, no hay tesoro, puesto que en el primer caso el mueble ha perdido su primitiva naturaleza, haciéndose inmueble por incorporación, y en el segundo, el objeto mueble se considera como un accesorio del fundo, y pertenece al propietario del mismo 'jure accesionis'. Si en las entrañas de un terreno de mi propiedad se descubre una construcción, por ejemplo, una tumba, no constituye tesoro porque estando adherido al suelo es inmueble, y pertenece, indudablemente al dueño del terreno. Igualmente, los metales preciosos que se extraen de la mina existente en un terreno mío no constituye tesoro, porque, representando un producto del fundo, pertenece por accesión al propietario de éste". (32)

Debe indicarse, por último, en relación con los elementos que se vienen analizando, el tercero de ellos:

c) El tesoro es una cosa "anteriormente apropiada".

De la definición del tesoro se desprende que se trata de una cosa que tuvo dueño. En rigor podría estimarse que en la fecha del descubrimiento aún lo tiene, sólo que es desconocido. Lo determinante, sin embargo, para la calificación del tesoro es que como apunta Roberto de Ruggiero, nadie puede comprobar ser el propietario.

"El tesoro, es una cosa anteriormente apropiada", dicen terminantemente los Maestros Planiol y Ripert. (33)

(32) Op. cit., pág. 328.

(33) Op. cit. pág. 525.

B) DIFERENCIAS DEL TESORO CON FIGURAS JURIDICAS AFINES.

Para el desarrollo de este punto, considero necesario aludir al concepto de "ocupación" y a las nociones que guardan analogía con el tesoro, como son las cosas abandonadas y las cosas perdidas.

Se pretende con lo anterior precisar la calificación específica del tesoro en orden a la adquisición de la propiedad y las notas de identificación y diferenciación con las figuras jurídicas mencionadas.

a) Concepto y requisitos de la ocupación.

Federico Puig Peña define la ocupación en los siguientes términos: "Aquel modo de adquirir la propiedad consistente en la aprehensión de una cosa 'nullius' con la intención de haberla para sí". (34)

A los requisitos para que opere la adquisición de la propiedad por ocupación alude el Maestro español Clemente de Diego: "Los requisitos de la ocupación se refieren al sujeto, al objeto y al acto mismo. Con referencia a este último, consiste en la aprehensión de un objeto, es decir, que ha de ser una acción suficiente para someter la cosa a nuestro poder, y ostensible para dar a conocer a los demás que la cosa empezó a pertenecernos, porque, de otro modo, mal podrían estar obligados al respeto. En definitiva, se trata de la toma de posesión del objeto, cogiéndolo, si es mueble, o realizando actos de dominio si es inmueble (coger ramas de árboles, levantar terrones, pasearse...)

(34) Op. cit., pág. 98

Pero como la posesión, además del 'corpus' (aprehensión), exige ánimus o intención, se exige en el sujeto de la ocupación que realice aquella aprehensión con ánimo de adquirir su propiedad, por donde los incapaces para consentir o formar aquella intención o voluntad no podrán adquirir por este medio.

Con respecto al objeto, éste ha de ser 'nullius', de nadie, porque si fuera de alguien, sería un atentado contra la propiedad." (35)

En suma, la ocupación como medio de adquirir la propiedad requiere: a) Que exista la aprehensión de una cosa (elemento formal) (el acto integrante de la aprehensión deberá ser el adecuado a la naturaleza de la cosa y el que en el comercio social se estime bastante para que se entienda que la misma queda sometida a la disponibilidad del sujeto; b) que la aprehensión se haga de una cosa 'nullius' (elemento real) "Este requisito -dice Puig Peña- es quizá el fundamental en la ocupación; si la cosa no es 'res nullius', no puede siquiera hablarse de ella, pues su apropiación constituirá ciertamente un atentado contra la propiedad" (36); c) Que el aprehensor de la cosa tenga la intención de haberla para sí. (Elemento personal).

Con base en las ideas expresadas, podemos señalar que si bien la ocupación ha de referirse a una cosa 'nullius', existe

(35) Op. cit., pág. 336.

(36) Op. cit., pág. 98

otra categoría de cosas 'convertidas en nullius'. En efecto, como dice Felipe Sánchez Román, "existen cosas nullius por su naturaleza, esto es, por carecer de dueño y cosas nullius por accidente, por haber sido abandonadas o perdidas por éste, después que en tal último caso se cumplan ciertos requisitos" (37). Don Calixto Valverde y Valverde dice textualmente: "La ocupación, pues, recae sobre cosas nullius, debiendo comprenderse en esta denominación, a los efectos de estemodo de adquirir, las propiamente nullius, las abandonadas por sus dueños, o las perdidas, cuyo dueño es desconocido." (38)

Las cuestiones por determinar ahora, en orden a las consideraciones apuntadas, son: a) ¿Es el tesoro una 'res nullius'?; b) ¿Constituye el tesoro una forma originaria de adquirir la propiedad por ocupación?

"Según Bonfante -escribe Ruggiero- el concepto de las fuentes es que el tesoro es la cosa que no tiene ya propietario, es una 'res sine domino', de modo que el propietario no sólo no puede hallarse, sino que es inexistente." (39)

Consideramos nosotros que el tesoro no es 'res sine domino'. El dueño existe, sólo que es desconocido. El tesoro no constituye, en rigor, una res nullius. Sin embargo, como no

(37) Felipe Sánchez Román, Op. cit., pág. 224

(38) Calixto Valverde y Valverde. Op. cit., pág. 166. Aclara con precisión Martín Wolff: "Por regla general, las cosas nullius no tienen tampoco poseedor. Sin embargo, igual que existen cosas con propietario y sin poseedor (las cosas perdidas) también existen cosas sin propietario y con poseedor, por ejemplo, si alguien recoge una cosa nullius, creyéndola perdida y quiere poseerla sólo a título de 'cosa hallada'" Op. cit., pág. 451

(39) Op. cit., pág. 597.

puede encontrarse al dueño, debe estimarse que se trata de una cosa "convertida" por disposición de la ley o para los efectos de ley en nullius.

F. Laurent señala terminantemente: "No hay tesoro sino cuando nadie puede justificar su propiedad. Pero de que nadie pueda justificar su propiedad, no se infiere que no haya propietario; existe un dueño desconocido".(40)

Con relación al segundo de los problemas planteados, es decir, a si el tesoro es forma de adquirir por ocupación, podemos indicar que tal no es así. En efecto, el hecho característico del que deriva la calidad específica del tesoro, lo constituye el descubrimiento y no la toma de posesión o aprehensión que, como quedó anotado es elemento esencial de la ocupación. El hallar y recoger, encontrar y tomar posesión, en suma, la aprehensión del objeto, no existe como requisito esencial tratándose del tesoro.

Los maestros Ruggiero y Laurent apoyan con su autoridad nuestro punto de vista. El primero dice: "No precisa (para la adquisición del tesoro) la posesión efectiva, bastando (y es característica de este modo de adquirir, que, según algunos, se ha incluido erróneamente en el concepto de ocupación) el haber sacado la cosa de su estado de ocultación, es decir, el hecho del descubrimiento (inventio). (41) F. Laurent, más explícito indica: "¿Se necesita que el descubridor ponga materialmente la

(40) Op. cit., pág. 625.

(41) Op. cit., pág. 598.

mano en la cosa para adquirir su propiedad? Este es ciertamente el principio general en materia de ocupación, y ya vimos las dificultades que ofrece en materia de caza. La ley deroga ese principio cuando se trata de un tesoro; ella dice y lo repite, que una parte del tesoro pertenece al que lo 'encuentra', al que lo 'descubre'; así es que a la invención atribuye dicha parte y no a la ocupación propiamente dicha." (42)

Otros autores quizá con más refinamiento pero con menos precisión, hablan del tesoro como una ocupación "espiritualizada": Es tradicional la controversia acerca de la naturaleza de la adquisición del tesoro, y ya en el Derecho Romano, algunos jurisconsultos estimaban que no era un caso normal de ocupación, sino un modo de adquirir distinto y peculiar; en realidad, como dice el profesor Casso, 'se trata de una ocupación espiritualizada, en que la inventio o descubrimiento equivale a la aprehensión". (43)

De igual forma Federico Puig Peña escribe: "Pero nada obsta a que la aprehensión pueda resultar espiritualizada bien en su mismo ser o en su significación, aprehendemos, efectivamente, cuando cogemos la pieza de caza que vamos persiguiendo; pero aprehendemos también cuando simplemente descubrimos un tesoro". (44)

(42) Op. cit., pág. 628.

(43) Ignacio de Casso y Romero y Francisco Cervera. Diccionario de Derecho Privado. Tomo II, pág. 3771.

(44) Op. cit., pág. 98

Por nuestra parte, consideramos que bien poco dice el calificativo de "espiritualizado" para consignar la naturaleza especial de la ocupación tratándose del tesoro. Más correcto nos parece hablar de una presunción de aprehensión simplemente; de que el descubrimiento o 'inventio' suple a la aprehensión o en fin, que no existiendo el acto posesorio como esencial, el tesoro constituye un modo de adquirir "distinto y peculiar", es decir, "sui generis."

Por lo demás, carece de trascendencia desde el punto de vista de su reglamentación la cuestión que se viene analizando porque la ley atribuye al descubrimiento los efectos del acto de aprehensión; y no tratándose de res nullius, pero sí reputada como tal por el mismo legislador, es inútil discutir si el tesoro es forma de adquirir por ocupación o es forma "sui generis" o "espiritualizada" de ocupación.

De cualquier forma, tócanos señalar que el tesoro no puede ser uno de los modos de adquirir por ocupación, por dos motivos, a) porque no se trata propiamente de una res nullius, sino de convertida o reputada como tal por el legislador; y b) porque no existe el acto de aprehensión como necesario para su existencia, sino que basta el simple descubrimiento de los bienes que se encontraban ocultos.

Destacaremos ahora las notas de identificación y diferenciación del tesoro con las figuras jurídicas con las que guarda analogía, como son las cosas abandonadas y las cosas perdidas.

b) Las cosas abandonadas.

"Debe entenderse por cosas abandonadas -dice Puig Peña- aquellas de cuya posesión se desprende su dueño con la intención de no continuar con el dominio de las mismas.. Es necesario, pues, como dice la doctrina alemana, una declaración de voluntad de abandonar y acto real de desposesión." (45) En similares términos se expresa Roberto de Ruggiero: "Abandono es el acto de despojarse de una cosa con ánimo de renunciar a su dominio (animus derelinquendi); la propiedad se pierde inmediatamente a la actuación de este animus, rechazando la cosa y separándose de ella definitivamente". (46)

Es claro que, de acuerdo con las ideas transcritas, el tesoro no es cosa abandonada, por cuanto que el propietario, si bien se separa de la cosa, es decir, la deposita, no lo hace con el ánimo de renunciar a su dominio, ni tiene la intención de conservar indefinidamente esa separación.

Más preciso aún podría afirmarse que si bien en el tesoro existe voluntad de desposesión, así sea temporal, no existe en cambio voluntad de renunciar al derecho de propiedad (47).

Cabe distinguir entre el abandono de la posesión y el abandono del derecho. Los doctores Ignacio de Casso y

(45) Op. cit., pág. 105.

(46) Op. cit., pág. 599. Indica Wolff que "... el abandono es un acto jurídico consistente en una declaración de voluntad, el abandono de la propiedad y un acto real, el abandono de la posesión... por ello, el propietario que no tenga derecho a disponer no puede abandonar, por ejemplo, el deudor respecto de los bienes sujetos a concurso. (Op. cit. págs. 452 y 453).

(47) Habrá casos en las que no existe ni la voluntad de renunciar al derecho de propiedad ni el deseo de desposesión, lo cual ocurrirá cuando el tesoro quede oculto por algún acontecimiento ajeno a la voluntad del propietario.

Francisco Cervera apuntan sobre el particular: "No pueden ser idénticos el abandono de la posesión y el abandono de la propiedad. Aquél se produce por la desposesión efectiva y voluntaria; éste requiere, además, la voluntad de perder el derecho y la capacidad de renunciarlo. De ahí brota la posibilidad de un abandono que no convierta la cosa en nullius." (48)

Así pues, en el tesoro puede caber el abandono voluntario de la posesión, como ocurre con las cosas abandonadas, pero no existe la voluntad de perder el derecho, puesto que el propietario justamente para asegurar ese derecho, ocultó los bienes que constituyen el tesoro.

c) Las cosas perdidas. (Mostrencos)

Dice de ellos Marcel Planiol: "Bajo el nombre de mostrencos (épaves) se entiende todo objeto mueble perdido por su propietario... Mostrenco no es una cosa sin dueño susceptible de ser adquirida por ocupación; su propietario no ha renunciado a su propiedad; a menudo hasta ignora que ha perdido su cosa. Tendrá, pues, el derecho de reivindicarla... No obstante, en la mayor parte de los casos, el propietario del mostrenco está imposibilitado para reclamarlo, porque ignora donde se encuentra". (49)

De lo anterior resulta que la cosa perdida, a diferencia de la abandonada, no puede considerarse "convertida" o reputada para los fines de ley como "res nullius": "Distinta es la

(48) Op. cit., pág. 2053.

(49) Marcel Planiol, Op. cit., pág. 291.

condición de las cosas perdidas o extraviadas (épaves, según la terminología francesa, que distingue las épaves marítimas de de los fluviales y de los terrestres), las cuales no se hallan sin dueño y no pueden ser, por tanto, objeto de ocupación. No adquiere, pues, quien las halla, su propiedad, sino que debe restituirlas al propietario, y si se las apropia comete un delito. Sin embargo, se produce una adquisición 'ex lege' a favor del que las halló cuando transcurrió un cierto tiempo sin reclamarlas el propietario." (50)

El párrafo 965 del Código Civil alemán se refiere a la persona que "encuentre y recoja" una cosa perdida, más como dicen los doctores Blas Pérez González y José Alguer" el concepto técnico del hallazgo supone, por encima del concepto vulgar, la recogida de la cosa, pero esta circunstancia es esencial, por una natural necesidad, para que surja como posible la obligación de restituir la cosa al anterior poseedor o de depositarla y no parece, por otro lado, siquiera sería discutible, que se imponga al que vea una cosa perdida la obligación de recogerla." (51)

Con base en las nociones expuestas, podemos señalar que si bien las cosas perdidas guardan analogía con el tesoro por

(50) Ruggiero, Op. cit., pág. 599.

(51) Ennecerus, Op. cit., pág. 491. "Sólo pueden considerarse halladas - dice Wolff- las cosas perdidas. Perdidas son todas las cosas que quedan sin poseedor, pero sin convertirse en nullius.. El 'hallar' es una gestión que no representa la actuación de un negocio jurídico. Por ello, también puede hallar el incapaz de obrar, siempre que pueda tener voluntad de posesión" (Op. cit., pág. 475 y 478).

cuanto que en ambos casos no existe voluntad de abandonar el derecho de propiedad (animus derelinquendi) y si en cambio hay desposesión efectiva, existen claras notas de diferenciación, como son: a) La cosa perdida no puede considerarse o reputarse para los fines del Derecho como "res nullius", lo que sí sucede tratándose del tesoro; b) la desposesión efectiva es involuntaria cuando el propietario pierde la cosa y en el tesoro, generalmente esa desposesión es voluntaria y derivada del acto del ocultamiento; c) la diferenciación esencial consiste en que en el tesoro los bienes se encuentran ocultos, lo que no sucede en tratándose de objetos perdidos. Francisco Ricci nos ilustra con las siguientes palabras: "Si el objeto de valor se encuentra en la superficie y se ofrece fácilmente a los ojos de todo el mundo, se comprende que fué extraviado. Luego debe incluirse entre los objetos perdidos, no entre los que constituyen tesoro. Con lo cual no queremos decir que para que haya tesoro es necesario demostrar que el objeto fue escondido con un objeto determinado, puesto que una cosa que al principio se extravió y que luego, por efecto del acaso permanece oculta o enterrada, constituirá tesoro; decimos sólo que el hecho de la ocultación o enterramiento, ya sea voluntario o casual, es lo que sirve para distinguir el objeto mueble reputado tesoro, del objeto mueble perdido; porque en este último caso, siendo cierto que el objeto mueble de valor no pudo ser colocado sobre la superficie de un fundo para un objeto determinado, es igualmente cierto que se trata de objeto perdido procedente de sus propietarios, mientras que en el

otro caso, no habiendo certeza de que el objeto se perdió primeramente y que su enterramiento fue casual, puede presumirse, como hipótesis más probable, que el objeto estuviese enterrado con algún fin, y que por tanto constituya tesoro". (52)

Reforzamos esta opinión con la autoridad de Messineo: "Si el bien mueble es fácilmente visible y, por consiguiente, no tiene necesidad de ser descubierto... el concepto del tesoro desaparece y deja de ser contemplado." (53)

Podemos resumir las ideas expresadas en las siguientes proposiciones: a) El tesoro no es "res nullius" por naturaleza, sino reputada como tal para los fines de la adquisición de propiedad; b) El tesoro es una forma originaria de adquirir la propiedad "sui generis" y no forma "espiritualizada" de ocupación; c) Al igual que la cosa abandonada, se le considera nullius "por accidente" o "convertida" en nullius; d) a diferencia de la cosa abandonada, en el tesoro la desposesión de la misma por el propietario no se efectúa con "animus derelinquendi", es decir, no existe ánimo de renunciar al derecho de propiedad; e) si bien en las cosas perdidas la desposesión se efectúa también sin voluntad de renunciar al dominio, el hecho de la desposesión es involuntario en el primer caso y por regla general, voluntario en el segundo, pero además y es lo determinante, el bien perdido está visible o en grado de presencia advertible, y en cambio el tesoro está oculto.

(52) Ricci, Op. cit., pág. 329

(53) Op. cit., pág. 342.

C A P I T U L O I V

REGIMEN DEL TESORO EN EL DERECHO MEXICANO

- A. ANTECEDENTES HISTORICOS.

- B. EXPOSICION DEL SISTEMA VIGENTE
EN EL CODIGO CIVIL DEL DISTRITO
FEDERAL.

A. ANTECEDENTES HISTORICOS.

Bien sabido es que después de consumada la independencia de México, como dice don Pablo Macedo. "no habíamos todavía soltado totalmente las amarras que nos ligaban a la antigua Metrópoli y no acertábamos a ún a darnos una base propia que nos hiciera en verdad autónomos. Y esto era particularmente cierto en materia jurídica. En efecto: la antigua legislación española, tanto la aplicable en la Península, como la redactada con especial destino para las Indias, seguían siendo Derecho vigente entre nosotros". (1)

Puede considerarse, en orden a las ideas anteriores, que antes del primer Código Civil mexicano promulgado el 8 de diciembre de 1870, para conocer del derecho vigente en México había necesidad de acudir desde el Fuero Juzgo que rigió en todo o en parte durante doce siglos "porque no vino a ser derogado completamente sino en 1888, al promulgarse el Código Civil español" (2) a las Leyes de Partidas y particularmente a la Novísima Recopilación.

Además del Derecho español antiguo, tuvieron vigencia en nuestro país las leyes redactadas para su aplicación específica a las colonias de España en América; leyes contenidas en el

(1) Pablo Macedo. El Código Civil de 1870. Editorial Porrúa. 1971, pág. 13.

(2) Juan Antonio Iribarren. Historia General del Derecho. Editorial Nacimiento. Santiago de Chile. 1938, pág. 264.

Código denominado "Recopilación de Indias." (3)

Particularmente, en lo que toca a la reglamentación jurídica del tesoro, según nos dice Joaquín Escriche, en México nunca se aplicaron las disposiciones del Derecho Peninsular, sino exclusivamente las contenidas en la Recopilación de Indias. Por lo mismo, las disposiciones de este Código fueron el derecho aplicable hasta antes de la promulgación de nuestro primer Código Civil de 1870.

Analizaremos, por tanto, en este apartado, las disposiciones de la Recopilación de Indias y de los códigos de 1870 y 1884.

a) La Recopilación de Indias.

A la reglamentación del tesoro están dedicadas las Leyes 1, 2 y 3 del Título 12, Libro 8 y cuyo contenido resume con precisión Don Francisco de Paula Ruanoba en los siguientes términos: "Todo el que intente descubrir tesoros haciendo escavaciones, debe capitular con la autoridad la parte que haya de darle si lo sacare, y además debe dar fianza de que satisfará los daños que se originaren en las casas, y posiciones donde se hicieron, tasándose por peritos nombrados

(3) Expresa Don Jacinto Pallares que este Ordenamiento fue aprobado por el Rey Carlos II, quien lo mandó observar por Cédula de 18 de Marzo de 1680. (Historia del Derecho Mexicano. México, 1904, pág. 105). Manuel Ortiz de Montellano, citado por el propio Pallares, señala que en la época de mayor tribulación y miseria para España, y bajo el reinado del último representante de la casa de Austria, el poco instruido y en demasía fanático, débil y enfermizo Carlos II, se formó y publicó el Código referido, que es un caos en el que se hacinaron disposiciones de todo género, mezcladas, confundidas, sin razón de ser. (Op. cit. de Don Jacinto Pallares, pág. 105).

para ello. Las costas y gastos serán del que intente descubrir el tesoro y se hará además con asistencia de una persona de confianza designada por la autoridad, la cual llevará cuenta al descubridor de lo que hallare... Guacas son los tesoros que se hallan en las sepulturas, casas o adormitorios antiguos de los indios: Si las cosas halladas son de oro o plata fundida o labrada, piedras o perlas, se ha de aplicar el quinto al fisco y el uno y medio por ciento de fundición al ensayador y mercader si no constare estar ya pagado; debiendo sacarse primero esto que el quinto; y siendo cobre, plomo, estaño, el uno por ciento y el quinto, y del resto se aplicará la mitad al fisco y la otra mitad al descubridor. Advirtiéndole que el que hallare algunas cosas susodichas, antes de sacarlas debe parecer ante los administradores de las rentas públicas, manifestarlas y registrarlas allí cuanto antes sea posible; y el que no observe este requisito perderá en pena la parte que le correspondiere." (4)

Don Joaquín Escriche resume las disposiciones de la Recopilación de Indias, en los siguientes puntos:

a) Todos los tesoros encontrados en los sepulcros, oques, casas y otros lugares, en donde los indios ofrecían sacrificios a sus ídolos, deben entregarse a la Hacienda Pública el uno y medio por ciento del valor íntegro por derecho de fundición, ensayo y marca, si el tesoro consiste en metales preciosos

(4) Francisco de Paula y Ruanoba. Lecciones de Derecho Civil. Tomo I, Puebla, Pue., 1871, páginas 382 y 383.

fundidos o labrados, en perlas o en piedras;

b) Si el tesoro consiste en cobre, plomo o estaño, se entregará a la Hacienda pública sólo el uno por ciento por derecho de fundición;

c) Del valor restante debe deducirse un quinto más para el mismo destino;

d) Cubiertos los porcentajes señalados, el valor restante se divide entre el Fisco y el descubridor al cincuenta por ciento;

e) La persona que se proponga efectuar trabajos para la localización de un tesoro, debe notificarlo al Gobernador para establecer la parte que corresponderá al Fisco y para obtener el permiso necesario para hacer excavaciones;

f) El permiso se otorga previa garantía real o personal de indemnizar los daños que se causen con motivo de la búsqueda del tesoro en propiedad ajena;

g) El Gobernador debe nombrar una persona que se encargue de vigilar los trabajos destinados a la búsqueda, con objeto de asegurar el pago de los porcentajes a la Hacienda pública;

h) Los gastos son por exclusiva cuenta del que ejecutó los trabajos tendientes a descubrir el tesoro y nunca son con cargo al valor de los bienes que llegaren a localizarse;

i) El descubridor debe notificar su hallazgo a la autoridad competente bajo pena de perder la parte que pudiere corresponderle en caso de no hacerlo. (5)

(5) Joaquín Escriche, Op. cit., pág. 297

b) El Código Civil de 1870.

Este Ordenamiento, según dice con acierto Pablo Macedo, "marca un hito sin paralelo en la historia de nuestro Derecho Civil". La razón es clara: su enorme importancia como antecedente legislativo deriva de que "no muere con el Código de 1884, antes bien, renace en ese su hijo, y sigue viviendo en el de 1928" (6)

Pero por otra parte, además de esa trascendencia que tiene para el Derecho mexicano, el Código de 1870, por sus aciertos en su estructura metódica y en la resolución de la problemática civil, ha merecido de la crítica fundados elogios. Así por ejemplo, el jurista francés León de Montluc señala: "En su forma, esta obra es irreprochable: la exposición es clara y lúcida, el estilo preciso y científico... En el fondo, el Código de México es una obra sabia y sobre todo lógica, racional y juiciosamente liberal" (7); y el mismo Macedo apunta: "Aunque inspirado en el Derecho romano, en el antiguo Derecho español, en el Código Napoleón, en los que le habían tomado por modelo y en los proyectos extranjeros y nacionales que se habían elaborado con anterioridad, tiene una evidente autonomía que le da propia y evidente personalidad. A pesar de ello, no pretende romper con las tradiciones jurídicas en que se habían formado nuestros juristas y por el contrario procura

(6) Op. cit., págs. 64 y 65.

(7) Cit., por Pablo Macedo, Op. cit., pág. 62.

facilitar la transición entre el antiguo Derecho y el que se estimó más propio para regirnos a partir de entonces. Con sabia prudencia, recoge los materiales que emplea y no es una ley más, sino genuina codificación de aquellas cuyos principios debían aplicarse de ahí en adelante, por lo que no crea desorden, sino que establece un verdadero orden". (8)

Los conceptos transcritos son exactamente aplicables en lo que toca a la reglamentación del tesoro. En efecto, el legislador mexicano, con sabiduría y justicia se aparta del anacrónico sistema implantado en la Recopilación de Indias para volver los ojos al Derecho de Roma. Dejamos la palabra al propio legislador, quien en la enjundiosa Exposición de Motivos, dice: "Respecto de tesoros, la comisión creyó que no debía subsistir ya la decisión excepcional dictada por la ley de la Recoopilación de Indias, que en la realidad sólo considera 'como denunciante' al que halle un tesoro, cuya mayor parte debe pertenecer al fisco. La legislación común ha declarado siempre el tesoro propio del que lo halla en su suelo; dividiéndolo entre el que lo halla en suelo ajeno y el dueño de éste. Y así es justo que sea; porque aunque los tesoros tienen mucha analogía con las herencias vacantes y con las cosas abandonadas, puesto que en todos estos casos se ignora quien sea el dueño, se distinguen de un modo harto notable en el hecho mismo del hallazgo. El que denuncia una herencia o una

(8) Op. cit., pág. 64.

cosa inmueble, no pone de su parte notable trabajo; y menos aún el que halla una cosa mueble abandonada. El que descubre un tesoro, por lo común emprende alguna obra que exige trabajo y ocasiona gastos, muchas veces inútiles. Por otra parte: siendo un principio reconocido que el dueño de un terreno lo es no sólo de la superficie sino de lo que está debajo de ella, no puede sin notable contradicción, negársele el dominio de todo el tesoro o de alguna parte de él en su respectivo caso.

Por estas razones se ha establecido: Que el tesoro hallado por el dueño de su terreno, es propio de él exclusivamente; y que si otro lo encuentra, pertenezca a entrambos. Las demás disposiciones relativas a los casos de usufructo y otros, son consecuencias naturales del principio adoptado, y no requieren por lo mismo especial explicación.

Nada se ha dicho respecto de las huacas y otros tesoros enumerados en la legislación vigente; porque no deben ya subsistir esas distinciones, y porque en artículo expreso se previene: 'Que si los objetos encontrados fueren interesantes para las ciencias o las artes, se aplicarán a la Nación, distribuyéndose su precio conforme a las reglas establecidas".

Con las anteriores ideas directrices, muy justas y acertadas por cierto, los autores del Código destinaron al tesoro los artículos 854 al 866, inclusive. Por una más clara y completa exposición estimamos pertinente transcribir dichas disposiciones:

Art. 854: "El tesoro oculto pertenece al que lo descubre en sitio de su propiedad.

Art. 855: "Si el sitio fuere de propiedad pública o perteneciere a alguna persona particular que no sea el mismo descubridor, se aplicará a éste una mitad del tesoro y la otra al propietario del sitio."

Art. 856: "Cuando los objetos descubiertos fueren interesantes para las ciencias o para las artes, se aplicarán a la Nación por su justo precio; el cual se distribuirá conforme a lo dispuesto en los artículos 854 y 855."

Art. 857: "Para que el que descubre un tesoro en suelo ajeno goce el derecho que va declarado, es necesario que el descubrimiento sea casual."

Art. 858: "Nadie de propia autoridad puede en terreno o edificio ajeno hacer excavación, horadación u obra alguna para buscar un tesoro."

Art. 859: "El tesoro que se descubriere en terreno ajeno por obras practicadas sin consentimiento de su dueño, pertenece íntegramente a éste."

Art. 860: "El que sin consentimiento del dueño hiciere en terreno ajeno obras para descubrir un tesoro, estará obligado en todo caso a pagar los daños y perjuicios, y, además, a reponer a su costa las cosas en su primer estado; perderá también el derecho de inquilinato, si lo tuviere, en el fundo, aunque no esté fenecido el término del arrendamiento, cuando así lo pidiere el dueño."

Art. 861: "Si el tesoro se buscare con consentimiento del dueño del fundo, se observarán las estipulaciones que se hubieren hecho para la distribución; y si no las hubiere, los gastos y lo descubierto se distribuirán por la mitad."

Art. 862: "Cuando uno tuviere la propiedad y otro el usufructo de una finca en que se haya encontrado un tesoro, si el que lo encontró fue el mismo usufructuario, la parte que le corresponde se determinará según las reglas que quedan establecidas para el descubridor extraño."

Art. 863: "Si el descubridor no es el dueño ni el usufructuario, el tesoro se repartirá entre el dueño y el descubridor; observándose en este caso lo dispuesto en los artículos 859, 860 y 861."

Art. 864: "Si el propietario mismo encuentra el tesoro en la finca o terreno cuyo usufructo pertenece a otra persona, ésta no tendrá parte alguna en el tesoro; pero sí derecho de exigir del propietario una indemnización por los daños y perjuicios que origine la interrupción del usufructo en la parte ocupada o demolida para buscar el tesoro; la indemnización se pagará aún cuando no se haya encontrado el tesoro."

Art. 865: "Para los efectos de los artículos que preceden, se entiende por tesoro el depósito oculto de dinero, alhajas u otros objetos preciosos cuya legítima procedencia no conste. Nunca un tesoro se considera como fruto de una finca."

Art. 866: "Si el tesoro es encontrado en terreno dado en enfiteusis, el enfiteuta será considerado como usufructuario para los efectos de los artículos que preceden."

El jurisconsulto mexicano Don Esteban Calva resume y comenta las disposiciones transcritas de manera completa y acertada: "LLámase tesoro el depósito oculto de dinero, alhajas u otros

objetos preciosos, cuya legítima procedencia no conste." Las prescripciones que rigen en materia de tesoros con relación a la propiedad de ellos son las siguientes: El tesoro oculto pertenece todo al inventor si lo descubre en sitio de su propiedad, según el principio de que el dueño de un terreno lo es de su superficie y de lo que está debajo de ella. Si el hallazgo tuviere lugar en sitio de propiedad pública o particular, ajena al descubridor, se dividirá el tesoro por mitad entre el dueño de aquélla y el que lo encontró, siempre que por una mera casualidad se hubiere hallado; porque si se ha buscado el tesoro sin consentimiento del dueño, violándose injustamente su derecho de propiedad, pertenecerá íntegro al dueño del sitio donde se encontró. Esta prescripción es una consecuencia natural del carácter inviolable de la propiedad, por el cual nadie sino el dueño puede usar de sus cosas o previa su licencia; y como las excavaciones y demás obras que se practican para encontrar los tesoros, son uno de los usos del propietario, ninguno sin su permiso puede hacerlo con tal objeto. Tan sagrado es el derecho de propiedad, que todo el que sin el requisito mencionado emprendiese obra alguna en terreno ajeno con el objeto de descubrir tesoros, estará no solamente obligado a destruir lo hecho por él y reponer las cosas a su primitivo estado, sino a pagar todos los daños y perjuicios que por tal motivo se hubieren ocasionado.

Si el inquilino de una finca emprendiere esta clase de obras o trabajos, perdería además los derechos de inquilino a

voluntad del propietario, aunque el arrendamiento no hubiese fenecido; pero si procede de acuerdo con el propietario, se observarán las estipulaciones que se hubieren hecho para la distribución del tesoro; y en caso de no existir, los gastos y lo descubierto se dividirán por mitad. Solamente en el caso de que los objetos descubiertos fueran importantes para las ciencias o para las artes, se aplicarán a la Nación por su justo precio, el cual se distribuirá conforme a las reglas establecidas.

Alguna duda podría caber tal vez respecto de la propiedad de los tesoros, cuando un individuo tiene la propiedad y otro el usufructo de la finca en que aquel se hubiere encontrado, porque podría suceder que el uno quisiera considerarlo como parte del usufructo, y el otro como parte de su propiedad; pero la ley, atenta a estos intereses, distingue lo que a cada uno pertenece, supuesto que los tesoros jamás se han considerado como frutos de una finca, pues tales como la ley los define, no pueden ser producidos por ella. Tres casos pueden presentarse cuando hay usufructuario de una finca, a saber: o el tesoro se encuentra por el propietario, o por el usufructuario, o por un extraño. Si el propietario es el inventor, según lo que tenemos dicho, todo el tesoro pertenecerá a él, sin más gravámen que indemnizar los daños y perjuicios que el usufructuario hubiese sufrido, por la interrupción del usufructo en la parte ocupada o destruída con el objeto de recogerlo. El derecho de propiedad es tan sagrado en el

propietario como en el usufructuario de la finca; por el cual, el segundo estará obligado a pagar los perjuicios, aunque nada se hubiere encontrado. Si el descubridor es el mismo usufructuario o un extraño, no hay dificultad, porque en ambos casos se observarán las reglas expuestas, que en nada se modifican por el carácter de usufructuario. En caso de que la finca esté dada en enfiteusis, el enfiteuta será considerado como usufructuario para todos los efectos de la propiedad de los tesoros. Nada importa que las fincas sean de propiedad pública o privada: en uno y en otro caso se observarán las mismas reglas y por las mismas razones". (9)

c) Código Civil de 1884.

Las palabras de Don Pablo Macedo, respecto a que el Código Civil de 1870 renace en el de 1884, encuentran plena confirmación en lo que se refiere a la reglamentación del tesoro. En efecto el Código de 84 reproduce textualmente las disposiciones del Código de 1870, y por ello no cabe formular ningún comentario adicional sobre las normas contenidas en el citado Código de 84.

(9) Esteban Calva. Instituciones de Derecho Civil. Tomo I. México, 1874, pág. 362.

b) Exposición del sistema vigente en el Código Civil para el Distrito Federal.

El legislador del Código Civil en vigor sigue las directrices de sus antecesores, los Códigos de 1870 y 1884, y por lo mismo, aún cuando nada se dice sobre el particular en la Exposición de Motivos acerca de los tesoros, consideramos que al igual que el Código de 1870, el de 1928 se encuentra inspirado en el Derecho romano, en el Derecho español antiguo y en el Código Napoleón.

En efecto, encontramos disposiciones en el Código vigente que reproducen a la letra los preceptos del Código de 1870, y por ende, del de 1884. Así por ejemplo, el artículo 876 del Ordenamiento de 1928, dice: "El tesoro oculto pertenece al que lo encuentra en sitio de su propiedad".

En otros casos se encuentran diferencias de precisión terminológica o conceptual, por lo cual resulta oportuno aludir al método comparativo, dado que el sistema del Código de 1870 (reproducido en el de 1884) ya fue consignado. Así, el artículo 875 del Código de 1870 se contiene en el artículo 875 del Código en vigor, indicando este precepto el concepto de tesoro, en los términos siguientes: "Se entiende por tesoro el depósito oculto de dinero, alhajas u otros objetos preciosos cuya legítima procedencia se ignore ("no conste" dice el Código de 1870). Nunca el tesoro se considera como fruto de una finca."

El artículo 855 del Código de 70 es igual al artículo 877 del Código en vigor: "Si el sitio fuere de dominio del poder público ("de propiedad pública", dice el Código de 70) o perteneciere a alguna persona particular que no sea el mismo descubridor, se aplicará a éste una mitad del tesoro y la otra mitad al propietario del sitio".

El artículo 856 del Código de 70 es idéntico al 878 del Código de 28, y dice: "Cuando los objetos descubiertos fueren interesantes para las ciencias o para las artes, se aplicará a la Nación por su justo precio, el cual se distribuirá conforme a los artículos 876 y 877".

El artículo 857 del Código de 70 es igual al 879 del Código en vigor, y dice literalmente: "Para que el que descubra un tesoro en suelo ajeno goce del derecho que va declarado, es necesario que el descubrimiento sea casual".

El artículo 858 del Código de 70 expresa que "Nadie de propia autoridad puede en terreno o edificio ajeno hacer excavación, horadación u obra alguna para buscar un tesoro". El artículo 880 del Código en vigor sólo invierte la primera frase, al indicar: "De propia autoridad nadie puede, en terreno o edificio ajeno, hacer excavación, horadación u obra alguna para buscar un tesoro".

El artículo 859 del Código de 70 es idéntico al 881 del Código de 28, al expresar: "El tesoro descubierto en terreno ajeno, por obras practicadas sin consentimiento de su dueño, pertenece íntegramente a éste".

También existe identidad completa entre los artículos 860 del Código de 70 y 882 del Código en vigor, cuyo texto es el siguiente: "El que sin consentimiento del dueño hiciere en terreno ajeno obras para descubrir un tesoro, estará obligado en todo caso a pagar los daños y perjuicios, y además, a costear la reposición de las cosas a su primer estado; perderá también el derecho de inquilinato, si lo tuviere, en el fundo, aunque no esté fenecido el término del arrendamiento, cuando así lo pidiere el dueño".

El artículo 861 del Código de 70 es igual al 883 del Código de 28, y dice así: "Si el tesoro se buscare con consentimiento del dueño del fundo, se observarán las estipulaciones que se hubieren hecho para la distribución; y si no las hubiere, los gastos y lo descubierto se distribuirán por mitad".

Los artículos 862 y 863 del Código de 70 se reunieron en un solo precepto que corresponde el artículo 884 del Código de 28, que dice: "Cuando uno tuviere la propiedad y el otro el usufructo de una finca en que se haya encontrado un tesoro, si el que lo encontró fué el mismo usufructuario, la parte que le corresponde se determinará según las reglas que quedan establecidas para el descubridor extraño. Si el descubridor no es el dueño ni el usufructuario, el tesoro se repartirá entre el dueño y el descubridor ("con exclusión del usufructuario", aclara el Código en vigor), observándose en este caso lo dispuesto en los artículos 881, 882 y 883".

El artículo 864 del Código de 70 corresponde al artículo 885 del Código de 28, cuyo texto dice: "Si el propietario encuentra el tesoro en finca o terreno cuyo usufructo pertenece a otra persona, ésta no tendrá parte alguna en el tesoro, pero sí derecho de exigir del propietario una indemnización por los daños y perjuicios que origine la interrupción del usufructo en la parte ocupada o demolida para buscar el tesoro; la indemnización se pagará aún cuando no se encuentre el tesoro" ("no se haya encontrado el tesoro", dice el artículo 864).

El anterior análisis demuestra claramente que fue la intención del legislador consignar las mismas disposiciones de los Códigos anteriores; y si bien por vez primera en éstos se encuentra un intento serio de sistematización, contienen sin embargo algunos errores de concepto y dejan sin reglamentación ciertos elementos de importancia. Consecuentemente ha de concluirse que el Código en vigor no representó en esta materia ningún avance respecto de sus antecesores, a los que se apegó estrictamente.

C A P I T U L O V

- A. REFORMAS PROPUESTAS AL CODIGO CIVIL EN VIGOR.
- B. CONCLUSIONES.

A. REFORMAS PROPUESTAS AL CODIGO CIVIL EN VIGOR.

Sobre el particular opinamos que, en términos generales, la reglamentación del Código en vigor, es correcta, advirtiéndose en ella la influencia de la tradición romanística en general, y del derecho español, en especial. Así por ejemplo, la definición o concepto del tesoro que establece el artículo 352 de la legislación española, es el mismo que se contiene en el artículo 875 del Código Civil mexicano de 1928. Ambos preceptos establecen que "se entiende por tesoro el depósito oculto de dinero, alhajas u otros bienes preciosos cuya legítima procedencia no conste" (o "se ignore", según el artículo 875); y el artículo 878 del Código mexicano reproduce el artículo 351 del Ordenamiento español, al indicar éste. "Si los efectos descubiertos fueren interesantes para las ciencias y para las artes, se aplicarán a la nación por su justo precio, el cual se distribuirá conforme a lo declarado".

No obstante que, repetimos, la reglamentación del código actual puede considerarse atinada, creemos que pueden formularse algunas observaciones tendientes a aclarar ciertos puntos o a dar mayor precisión terminológica. Tales observaciones son las siguientes:

a) El Artículo 875 se refiere al tesoro como un depósito oculto de "dinero, alhajas, u otros objetos preciosos". Esta enumeración resulta innecesaria; basta con aludir al concepto de "objetos de valor". Por tanto, el precepto debe decir:

"Para los efectos de los artículos que siguen, se entiende por tesoro el depósito oculto de bienes de valor cuya legítima procedencia se ignore."

b) El hablar del concepto "valor", deja en pie, sin embargo, el problema relativo a qué debe de entenderse por tal concepto. A este respecto estimamos que tiene razón el Maestro Ernesto Gutiérrez y González al señalar que para determinar cuándo un objeto tiene el carácter de "valioso", debe atenderse a la costumbre del momento, de acuerdo con lo que determine el criterio judicial. Un objeto antes valioso puede no serlo ahora, y un objeto precioso ahora puede dejar de serlo en el futuro.

De acuerdo con lo expresado, y para evitar cualquier discusión sobre el particular, convendría que el Código en vigor expresara en un segundo párrafo del mismo artículo 875, lo siguiente:

"Para determinar cuándo un objeto tiene el carácter de valioso, deberá atenderse a la costumbre del momento, de acuerdo con lo que establezca el criterio judicial."

c) El artículo 876 ordena que: "El tesoro oculto pertenece al que lo descubre en sitio de su propiedad". La expresión "tesoro oculto", constituye un pleonasma, puesto que la característica de oculto se encuentra ya incorporada en la definición del tesoro que se contiene en el artículo 875, citado. Consecuentemente, el texto del artículo 876, debe

decir:

"El tesoro pertenece al que lo descubre en sitio de su propiedad".

d) El artículo 878 se refiere a tesoros consistentes en objetos que fueren interesantes para las ciencias y para las artes, y ordena que en tal caso, se aplicaran por su justo precio, el cual se distribuirá conforme a lo dispuesto en los artículos 876 y 877.

Sobre el citado precepto observamos lo siguiente:

a) En primer término, nada dice el Código sobre quien debe de formular el avalúo que determine el "justo precio". Estimamos que tal avalúo debe ser emitido por persona que designe el Gobierno Federal, y que éste, mediante resolución lo acoja, para los fines de que, si el descubridor no estuviere de acuerdo, esté en posibilidad de impugnarlo por la vía del juicio de amparo.

b) Por otra parte, la referencia que hace el precepto a los artículos 876 y 877, no es correcta, porque la distribución que estos preceptos establecen, en razón del sitio en que ocurre el descubrimiento (propiedad del descubridor o del dominio público) es ajena a que los bienes descubiertos sean o no interesantes para las ciencias y para las artes.

Por razón de lo expresado, consideramos que el texto del artículo 878, debe ser el siguiente:

"Cuando los objetos descubiertos fueren interesantes para las ciencias y para las artes, se aplicará por partes iguales a la nación y al descubridor, el justo precio de los mismos, el cual será fijado por un perito designado por la Secretaría de Educación Pública, pudiendo el descubridor impugnar dicho avalúo, mediante los medios legales que establece la ley".

El artículo 879 alude al elemento de la "casualidad", en los siguientes términos: "Para que el que descubra un tesoro en suelo ajeno goce del derecho ya declarado, es necesario que el descubrimiento sea casual".

Consideramos que el citado elemento no debe ser consignado, por la determinante razón de que también aparece la figura del tesoro en los casos en que se efectúan trabajos encaminados al descubrimiento. Como indican los profesores Mazeaud, cuando se descubre un objeto en el curso de exploraciones o investigaciones con la finalidad de encontrarlo, incluso en esos casos, el azar interviene, porque no se tiene la certeza de que las investigaciones sean coronadas por el éxito. Tal vez por esta razón, el Código Civil alemán no exige el requisito de la casualidad, el cual, el ilustre Marcel Planiol califica de "condición inútil".

Sí es importante indicar, en cambio, que el derecho del descubridor sólo existirá en el supuesto de que realice el descubrimiento con autorización del propietario del terreno,

sea que el hallazgo ocurra por trabajos emprendidos con ese objeto, o con objeto diferente.

Por las razones indicadas, creemos que el texto del artículo 879, debe ser el siguiente:

"Para que el que descubra un tesoro en suelo ajeno goce del derecho ya declarado, es necesario que para realizar los trabajos, tendientes o no al descubrimiento, cuente con la autorización del propietario del inmueble".

Estimamos, por otra parte, que el sistema en vigor deja de reglamentar algunos aspectos de interés, como son los siguientes:

a) Se ha considerado unánimemente por la doctrina y la legislación que el tesoro nunca es un fruto de la finca, como bien lo dice la frase final del artículo 875; pero también es "jus receptum, que el tesoro no es accesión del bien en que se encuentre, ni tienen tal carácter los bienes que la ley cataloga como "inmuebles por destino" (artículo 750 del Código Civil). Por lo mismo, consideramos que el Código debe contener la aclaración citada.

b) También falta por determinar, siguiendo el criterio unánimemente aceptado, que el tesoro puede ser encontrado en un bien mueble, como son libros, escritorios, armarios, etc. Es claro que el legislador del Código de 28 sólo tuvo en mente los objetos preciosos encontrados en bienes inmuebles. En efecto, la reglamentación utiliza los vocablos, de "suelo"; "fundo",

"terreno", "finca", "edificio".

Para aclarar este punto bastaría con agregar un precepto que diga:

"El objeto de valor será tesoro sea que se encuentre en un inmueble o en un bien mueble".

c) También resulta pertinente indicar que no podrá existir tesoro cuando entre los bienes encontrados y el bien en que se encuentren, exista una unión imposible de separar físicamente sin daño o menoscabo ya sea del continente o del contenido. La cuestión viene al caso porque se planteó ante los tribunales mexicanos el siguiente caso: Se encomendó a un restaurador de pinturas la limpieza de un cuadro atribuido al pintor flamenco del siglo XVII, Franz Snyders (colaborador en el Taller de Pedro Pablo Rubens y especializado en pintura de animales y naturaleza muerta), y al efectuar los trabajos, descubrió un trozo de pintura que no correspondía a la que estaba limpiando, y que supuso que podría corresponder a alguno de los grandes maestros de la pintura. Comunicó el hallazgo a los dueños del cuadro y éstos indicaron al restaurador que continuara con los trabajos del descubrimiento, aún cuando la primera capa de pintura se destruyese y a riesgo de que no se encontrase debajo de ella, ninguna otra pintura o ésta estuviere prácticamente destruida. Cuando el restaurador concluyó los trabajos que le fueron encomendados, se encontró una pintura sumamente deteriorada, la que fue analizada por el Director del Museo del Prado de Madrid, el Sr. Matías Díaz

Padrón, quien determinó que la pintura oculta corresponde al cuadro de Pedro Pablo Rubens, denominado "Cacería de Venados".

El restaurador consultó a un destacado Maestro, quien presentó demanda en contra de los propietarios del cuadro, solicitando se le declarase descubridor del cuadro de Rubens (tesoro) y se le pagare la mitad del valor de éste, por corresponderle en su carácter de tal. (1)

En el caso, opinamos que continente y contenido forman una unidad o un todo imposible de separar físicamente, sin deterioro del continente. En tal virtud, los dueños del cuadro lo son también de cuantas capas de pintura se encuentren en él incorporadas y no tan sólo de la visible, a primera vista. Ciertamente que el caso no resulta claro desde el momento en que el restaurador encontró una parte o trozo del tesoro, aún cuando posteriormente el descubrimiento de éste fue por encargo de los propietarios del lienzo.

(1) Este asunto fue encomendado al Maestro Ernesto Gutiérrez y González, quien representó al restaurador, y lo relata en su obra "El Patrimonio Pecuniario o Moral y Derecho Sucesorio". México, 2a. ed., pág. 129, diciendo que constituye "una de mis más bellas experiencias profesionales", y al cual califica de "único en la historia judicial de México, y del mundo entero" (Obra cit. pág. 133). El caso fue defendido por el Lic. Manuel Esquivel López (Mi esposo), quien representó al dueño del cuadro, habiendo concluido por transacción. El cuadro continuó perteneciendo al propietario, quien lo donó al Gobierno Federal y éste ordenó su exhibición pública en el museo de San Carlos.

De este asunto me surgió la idea de formular el presente trabajo a manera de tesis profesional.

Aún cuando el caso relatado es singular, pueden presentarse nuevamente circunstancias similares, porque bien sabido son -los casos de ocultamiento de pinturas de gran valor mediante capas de pintura sobrepuestas, y que fueron frecuentes durante la Segunda Guerra Mundial.

La problemática obviamente nunca estuvo en la mente del legislador y, por tanto, es oportuno que se reglamente sobre el particular.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Del análisis de los elementos integrantes del concepto del tesoro, derivamos que por tesoro debe entenderse: "Un objeto de valor que permanece oculto durante el tiempo necesario para que la memoria de su dueño desaparezca".

SEGUNDA.- Por cuanto a la forma de adquisición de la propiedad, el tesoro es un modo "Sui-generis", ya que no corresponde exactamente a la forma originaria de adquisición, ni tampoco es una forma derivada.

TERCERA.- Por cuanto a su clasificación, opinamos que el tesoro siempre es un bien mueble; que no es fruto ni accesión del bien en el que se encuentre; que tampoco es bien mostrenco ni bien vacante, y que sólo puede catalogarse como un "Don de la Fortuna".

La investigación sobre el concepto "don de la fortuna" escapa al objeto de la ciencia jurídica, para la cual resulta irrelevante. Puede ser materia de otras disciplinas como la filosofía, la metafísica o la ontología, pero no del derecho.

CUARTA.- La reglamentación del Código Civil en vigor, está basada en la tradición romanística que llega al primer Código Civil mexicano de 1870, por influencia directa de la legislación española.

QUINTA.- El régimen jurídico del tesoro que consigna el Código Civil en vigor, es correcta en términos generales. Sin

embargo, adolece de algunos errores terminológicos, o de concepto, en algunos casos, y por otra parte, resulta omiso en algunas cuestiones de importancia.

SIXTA.- Por lo mismo, proponemos que en futuro análisis de modificaciones al Código Civil que llegare a efectuarse, se tomen en cuenta las observaciones que formulamos en el apartado A. del Capítulo Quinto de este trabajo.

BIBLIOGRAFIA

Bravo González Agustín y Sara Bialostosky, Compendio de Derecho Romano, Cuarta Ed. México, 1971.

Calva Esteban. Instituciones de Derecho Civil. Tomo I. México, 1874.

Canónico Código de Derecho. Texto Latino y Versión Castellana, con jurisprudencia y comentarios por Lorenzo, Miguélez Domínguez, Sabino Alonso Moran y Marcelino Cabreros de Anta. Madrid, 1945.

Castán Tobeñas José, Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo II, Ed. Reus, Madrid, 1957.

Corpus Juris Civilis, Código, Lib. X. Tít. XV.

De Caso y Romero Ignacio y Francisco Cervera y Jiménez-Alfaro, Diccionario de Derecho Privado, T. II, segunda Ed. Labor, S.A. 1954.

De Diego F. Clemente, Instituciones de Derecho Civil Español, T. I. Madrid, 1929.

De Paula y Ruanoba Francisco. Lecciones de Derecho Civil. Tomo I, Puebla, Pue., 1871.

De Ruggiero Roberto, Instituciones de Derecho Civil, Madrid, 1929, Vol. I. Trad. de la 4ª Ed. Italiana. por Ramón Serrano Suñer y José Santa-Cruz Teigeiro.

De Tapia Eugenio, Febrero Novísimo, Ed. de Rosa y Bouret, París, 1870, Tomo I.

De Toro y Gilbert Miguel. Pequeño Larousse Ilustrado, 1969.

Diccionario Enciclopédico Quillet. Tomo III. Ed. Argentina Aristides Quillet, S.A., Buenos Aires, 1968.

Digesto 41, 1, 31, 1. Ed. del Corpus Juris Civilis Christoph Freiesleben, Editio Nova, Sumptibus Emanuelis Thurneysen, 1775.

Digesto Libro 50, Tít. 17, Ley 202.

Enneccerus Ludwig, Theodor Kipp y Martín Wolff, Tratado de Derecho Civil, Tomo III, Vol. I 'Derecho de Cosas', segunda Ed. Trad. de la 32ª Ed. Alemana de Blas Pérez G. y José Alguer.

Escruche Joaquín, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Novísima Ed. de Ch. Bouret, 1885.

Floris Margadant Guillermo, El Derecho Privado Romano. México, 1960.

Gutiérrez y González Ernesto. El Patrimonio Pecuniario y Moral o Derechos de la Personalidad. Ed. J.M. Cajica, Puebla, Pue. 1971. 1ª. Ed.

Hedemann Justus Wilhelm, Tratado de Derecho Civil, Vol. II 'Derechos Reales'. Trad. de José Luis Díez Pastor y Manuel González Enríquez. Ed. Rev. del Derecho Privado, Madrid.

Instituta, Lib. II, Tít. I.

Iribarren Juan Antonio. Historia General del Derecho. Editorial Nacimiento. Santiago de Chile. 1938.

Las Siete Partidas del sabio rey Alfonso el IX, Ed. Ignacio Sanponts y Barba, Ramón Martí de Eixala y José Ferrer y Subirana. Barcelona, 1844, Tomo II.

Laurent F. Principios de Derecho Civil Francés, México, 1895, Tomo VIII.

Macedo Pablo. El Código Civil de 1870. Editorial Porrúa, 1971.

Mazeaud Henri, León y Jean. Lecciones de Derecho Civil, Parte II, Vol. IV, Trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.

Messineo Francesco, Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo III, Trad. Santiago Sentís Melendo.

Novísima Recopilación de las Leyes de España, mandadas formar por el Sr. Dn. Carlos IV, México, 1831.

Ortolán M. Explicación Histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano. Sexta Ed. Trad. de Francisco Pérez de Anaya y D. Melquiades Perez Rivas. Madrid, Tomo I.

Pallares Jacinto, Historia del Derecho Mexicano, México, 1904.

Instituta, Lib. II, Tít. I.

Iribarren Juan Antonio. Historia General del Derecho. Editorial Nascimento. Santiago de Chile. 1938.

Las Siete Partidas del sabio rey Alfonso el IX, Ed. Ignacio Sanpents y Barba, Ramón Martí de Eixala y José Ferrer y Subirana. Barcelona, 1844, Tomo II.

Laurent F. Principios de Derecho Civil Francés, México, 1895, Tomo VIII.

Macedo Pablo. El Código Civil de 1870. Editorial Porrúa, 1971.

Mazeaud Henri, León y Jean. Lecciones de Derecho Civil, Parte II, Vol. IV, Trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.

Messineo Francesco, Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo III, Trad. Santiago Sentís Melendo.

Novísima Recopilación de las Leyes de España, mandadas formar por el Sr. Dn. Carlos IV, México, 1831.

Ortolán M. Explicación Histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano. Sexta Ed. Trad. de Francisco Pérez de Anaya y D. Melquiades Perez Rivas. Madrid, Tomo I.

Pallares Jacinto, Historia del Derecho Mexicano, México, 1904.

Petit Eugenio, Tratado Elemental de Derecho Romano, Ed. Nacional México, 1953. Trad. de José Ferrández González.

Planiol Marcel, Tratado Elemental de Derecho Civil, Vol. V. 'Los Bienes', Trad. de José M. Cajica Jr. Ed. José M. Cajica Jr.

Planiol Marcel y Jorge Ripert, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Tomo III. Ed. Cultural, S.A. La Habana, 1946. Trad. de Mario Díez-Cruz.

Puig Peña Federico, Tratado de Derecho Civil Español, Tomo III. Vol. I. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

Raly Poudevida Antonio. Diccionario Porrúa de la Lengua Española, revisado, por Francisco Monterde. Editorial Porrúa, México, 1973, 5a. Ed.

Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Madrid, 1970.

Rica Barberis Mario "Adquisto per ritrovamento o Invenzione", Universidad de Torino. Serie II, Memoria LVII, Editorial Hesperia.

Ricci Francisco, Derecho Civil Teórico y Práctico, Tomo XII.

Sánchez Roman Felipe. Estudios de Derecho Civil, Tomo III, 2ª Ed. Madrid 1900.

Sohm Rodolfo. Instituciones de Derecho Privado Romano. México, 1951.

Valverde y Valverde Calixto. Tratado de Derecho Civil Español, Tomo II. 2a. Ed. Valladolid, 1920.