

EL FUERO REAL COMO FUENTE INSPIRADORA DE ALGUNOS ARTICULOS DEL CODIGO CIVIL CHILENO EN MATERIA DE OCUPACION DE ESPECIES ANIMADAS

ITALO MERELLO ARECCO
Universidad Católica de Valparaíso

I. INTRODUCCIÓN

En las notas que Bello puso a los arts. 736, 737 y 740 del Pyto. de 1853, hizo especial mención del *Fuero Real*. Con leves variantes estos preceptos corresponden a los arts. 617, 618 y 620 del CCCh., respectivamente, que regulan ciertos aspectos relativos a la caza y la pesca dentro del título de la ocupación. De este modo, cuanto se diga en el presente estudio acerca de las fuentes incidentes en dichas disposiciones del Pyto. de 1853 se ha de entender igualmente aplicado a las citadas normas paralelas del CCCh.

Sobre la indicación de fuentes que figuran en las notas a los artículos de los proyectos del CCCh., Guzmán¹ ha señalado que ellas presentan el problema de que no es siempre fácil saber a qué título fueron invocadas: si para señalar el texto que inspira la redacción de la norma, si para apoyar el criterio que se establece en ella o si para dejar testimonio de fuentes en que se contemplan soluciones diversas, sin perjuicio todavía que estos fines pueden referirse a todo el precepto o sólo a un sector de él.

Precisamente este estudio intenta indagar los alcances que esa mención del *Fuero Real* reviste en las notas referidas, con el objeto de deducir el tipo de dependencia que se da entre dicha fuente alfoncina y los artículos respectivos tanto del Pyto. de 1853 como del CCCh.

Antes de entrar en el tema específico de este trabajo, creo de interés formular algunas consideraciones generales en torno a él:

¹ GUZMÁN, A., *Andrés Bello codificador, Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile* (Santiago 1982), p. 408 s.

1) En el uso de fuentes legales que Bello hizo para la elaboración del CCCh., el *Fuero Real* ocupa un lugar muy secundario, pues entre ellas domina incontrastablemente el insigne libro de las *Siete Partidas*, hacia el cual los juristas chilenos del S. XIX sintieron siempre una especial predilección, no obstante la denuncia que solían dirigirle de sus defectos principalmente externos²; 2) Lo dicho no significa que el *Fuero Real* no haya podido ejercer algún tipo de influjo en otros artículos del CCCh., sólo que aquí se examinará ese grupo de normas del Pyto. de 1853 en que existen notas con una expresa mención de esa fuente hispana, y 3) El CCCh. regula con bastante minuciosidad lo concerniente a la ocupación, habiéndose sostenido incluso que muchas de las disposiciones que se insertaron dentro de ese título constituyen desde el punto del derecho codificado una originalidad para su época³. Desde luego, el *Código Napoleón* dice muy poco acerca de dicho modo de adquirir, y específicamente en materia de ocupación de especies animales no contempla ninguna disposición, fuera de remitir su regulación a leyes especiales en su art. 715: *La faculté de chasser ou de pécher est également réglée par des lois particulière*. Similarmente escuetos son los otros códigos modernos anteriores al chileno, como el bávaro, el holandés, el de las Dos Sicilias, el austríaco, el prusiano, el de la Luisiana, etc. Tampoco nada sobre la caza y la pesca dice el *Pyto. de CCEsp. de García Goyena*. En cambio, las fuentes del derecho castellano, tanto el *Fuero Real* como las *Partidas*, ofrecen una regulación exhaustiva acerca de ella, con lo que en tema de ocupación en general —y sobre todo en lo referente a las cosas animadas en particular— el influjo de la tradición romano-castellana domina sin contrapeso en el CCCh.

II. EL ART. 736 DEL PYTO. DE 1853 (ART. 617 DEL CCCh.)

1. El art. 736 del Pyto. de 1853 (correspondiente con ligeras variantes al art. 617 del CCCh.) establece: *Se entiende que el cazador o pescador se apodera del animal bravo i lo hace suyo, desde el momento que lo ha herido gravemente, de manera que ya no le sea fácil escapar; o desde el momento que el animal ha caído en*

² Ver GUZMÁN, A. (n. 1), p. 414 ss.

³ La opinión la sostiene GUZMÁN, A., ya con ocasión del tratamiento que esta materia recibe en el Pyto. atribuido a Egaña sobre bienes, en su tit. 4 (De la ocupación); *El Proyecto no completo de un código civil para Chile escrito por el señor D. Mariano Egaña en El Primer Proyecto de código civil de Chile* (Santiago 1978), p. 94.

sus trampas o redes, con tal que las haya armado o tendido en paraje donde le sea lícito cazar o pescar.

El texto de la nota con que Bello ilustra este artículo es el siguiente: *Corrígese la ley 21 tit. 28 P. 3 por razones que pueden verse en las glosas gregorianas 1, 2, 3, i en la glosa (a) de la lei 16 tit. 4 lib. 3 del Fuero Real.*

La información que nos proporciona este dato es que el art. 736 del Pyto. de 1853 deriva parcialmente de P.3.28.21, ya que dicha norma del proyecto nacional junto con recoger el contenido de esta ley hispana, lo modifica por los motivos que se indican en las glosas citadas. Claramente se aprecia así cómo la mención del *Fuero Real* que se hace en esa nota tiene un carácter meramente incidental, pues ella no apunta tanto a algún precepto suyo como a la glosa a la ley indicada ahí. Como podemos ver, este filón revela también un aporte de la antigua literatura jurídica castellana en nuestro derecho común, proveniente de los autores de esas glosas a las mencionadas normas alfonsinas. Sin embargo, creemos que FR. 3.4.16 no sólo cumple aquí una función puramente servil de reconducir hacia su glosa —en donde según la nota se hallarían las razones que llevaron a Bello a corregir a P. 3.28.21—, sino que, excediendo esa finalidad, dicha ley del *Fuero Real* se convierte también en un elemento que inspira la factura de un sector importante del art. 736 del Pyto. de 1853.

Se observará, ante todo, que los casos que enuncia la citada norma nacional se extraen de P.3.28.21: *Van los caçadores en pos del venado⁴ que han ferido, siguiendolo, e vienen otros e prendenlo... esso mismo dezimos que seria, si algund ome ouiesse parado lazos o cepo o fecho algunas foyas o parado otro armadijo, en que cayesse algund venado.* Depuradas de casuismo y reformuladas, fruto de las operaciones codificadoras que emprende Bello, éstas son las hipótesis que recoge tanto el art. 736 del Pyto. de 1853 como la disposición paralela del CCCh. En FR. 3.4.16, en cambio, se describe un supuesto distinto aunque próximo: la prohibición de capturar el

⁴ En la tradición medieval hispana —tanto en las fuentes jurídicas como literarias— el vocablo *venado* indica cualquier animal de caza, sin apuntar a un tipo específico de pieza. Igualmente el verbo *venar* significa simplemente cazar: *ir a venar* es ir de caza. La expresión proviene del verbo latino *venor*, que alude a la acción de cazar en general, y más específicamente a cuadrúpedos feroces o corredores (lobos, osos, jabalíes, ciervos, liebres, etc.). La *venatio* en Roma se contraponía a la *piscatio* (pesca) y al *aucupium* (caza de pájaros). Así *venator* es el cazador de piezas grandes, del mismo modo como el *venabulum*, en una época en que no existía el tiro de pólvora, era el principal instrumento de caza.

animal bravío⁵ que otros persiguen: *Si algunos caballeros o otros monteros, puerco o otro venado levantaren, ningun otro quier sea montero, quier no, le tomen mientras que aquellos que le levantaron fueren tras el.*

Pero, si se cotejan estas dos leyes peninsulares con el art. 736 del Pyto. de 1853, se puede colegir por de pronto que el codificador nacional construyó esta disposición valiéndose de la combinación de ambas normas castellanas: recogió los casos que ilustran las *Partidas* y aplicó a ellos el criterio de solución que el *Fuero Real* dispuso para esa situación próxima.

Ciertamente, si las hipótesis que contempla el art. 736 del Pyto. de 1853 son tributarias de P.3.28.21, la solución que la norma nacional dio a ellas —a quién pertenece la pieza de caza— no es la que se proporciona en la citada ley de *Partidas*, sino en FR. 3.4.16. Así, en P.3.28.21 se atribuye el dominio del animal salvaje a quien primero lo coge: *e porque podria acaecer contienda, quales dellos aurian tal venado como este, dezimos que deve ser de aquellos que lo prisieren primeramente: ca maguer ellos lo trayan ferido, non es aun en su poder, e podria acaecer muchas cosas, por que non lo aurian . . .* Semejante criterio emplea esta misma ley para los animales que caen en trampas o redes: *esso mismo dezimos que seria, si algund ome ouiesse parado lazos o cepo, o fecho algunas foyas o parado otro armadijo, en que cayesse algund venado que quien venga primeramente e lo fallare e lo prisiere que deve ser suyo.* Es de tal manera indispensable la captura, que si persiguiendo los cazadores a un animal salvaje herido, otros lo aprehenden, pertenece a éstos, porque podrían acontecer muchas circunstancias que impidiesen a los cazadores cogerlo; lo mismo se aplica para el caso del animal prisionero en lazos, cepos u otros artificios.

Se aprecia, en consecuencia, cómo en las *Partidas* predomina la idea de la aprehensión física —*corpore corpori*— como elemento de la ocupación de las especies animadas, pues ni siquiera se considera idóneo para este efecto el hecho de que el cazador persiga heri-

⁵ La jurisprudencia romana ya distinguió entre animales salvajes (*ferae bestiae*), domesticados (*mansuetae*) y domésticos (*quorum non est fera natura*), bien que no ofreció como es su característica una definición de dicha tipología, como entre nosotros lo hace el art. 608 del CCCh. y las disposiciones paralelas de los proyectos (Pmer Pyto., *Lib. De las cosas, y de su dominio, posesión, uso y goce*, tit. IV, art. 4; Pyto. de 1853, art. 730, e Inéd., art. 730). De acuerdo a la técnica de elaboración del derecho romano hay también aquí un tratamiento casuista de esta materia, a fin de ir estableciendo en cada supuesto particular el régimen a que se sujeta la ocupación de las especies animales.

do al animal. Sin embargo, en la parte final de la citada ley alfonsina se dice que si bien ésa es la solución ajustada a derecho, hay lugares en que el problema se resuelve de manera diferente: *esto es segund derecho, como quier que en algunos lugares usen el contrario*. Desde luego en el *Fuero Real*, que tuvo vigencia local y no territorial, lo mismo que en otras cartas municipales⁶, la solución dada a la hipótesis del animal bravo perseguido por unos cazadores y capturado por otros, es la contraria a la señalada en las *Partidas*, según ya se vio: *Si algunos caballeros o otros monteros, puerco o otro venado levantaren, ningun otro quier sea montero quier no, le tomen mientras que aquellos que le levantaron fueren tras el*. Efectivamente, si en este caso que describe FR. 3.4.16 se prohíbe coger la especie mientras otros la persiguen, tal es porque éstos ya la han hecho suya en el momento del acoso, antes de tomarla materialmente. Semejante a ésta resulta ser la solución del art. 736 del Pyto. de 1853 y del art. 617 del CCCh. que, al describir una hipótesis análoga, reservan también la pertenencia de la pieza no a quien la captura sino a quien la sigue con intención de tomarla. Únicamente en el caso que el animal estuviere a salvo de sus perseguidores —dice la ley del *Fuero Real*— pertenece a quien lo matare: *Mas si el venado levantado fuere quito dellos e fuere en su salvo e maguer que sea llamado, qualquier que le matare puedalo haber*.

En consecuencia: en FR. 3.4.16 —a diferencia de P. 3.28.21— el derecho del cazador persecutor a reclamar para sí la pieza prima sobre el captor, en caso de conflicto entre ambos. Ahora, si en el *Fuero Real* se asigna la pertenencia del animal a quien lo persigue, y en la disposición del Pyto. de 1853 y CCCh. a quien *lo ha herido gravemente de manera que ya no le sea fácil escapar*, ello es tan sólo una distinción de matiz que no afecta a la sustancia de nuestra afirmación, pues en ambos textos —el *Fuero Real* y la norma nacional— se da la coincidencia que, a diferencia de las *Partidas*, no es el acto de toma efectiva de la especie el que da origen a la adquisición, sino la inminencia de ella. A esto cabe añadir todavía que esa connotación que contempla la disposición nacional deriva de la particularidad del caso descrito por P.3.28.21 que habla de *cazadores que van en pos del venado que han ferido o ca maguer ellos lo trayan ferido*.

⁶ En tal sentido v.gr.: F. CUENCA, 35-9745; F. TERUEL, 661; F. ZORITA, 736; F. BAEZA, 793.

Sin duda que el cotejo textual entre las disposiciones castellanas con la norma nacional poco nos dice respecto de las relaciones que pueden existir entre ellas. Pero débese precisar que se trata aquí de un tipo de influjo positivo material, es decir, que se recoge únicamente el contenido de las leyes hispanas, pero bajo una forma de estilo literario del todo diverso y nuevo: el codificador procede, en la especie, a trasvasar hipótesis, figuras y soluciones jurídicas redactadas bajo la forma de la prosa romance medieval, al estilo moderno propio de un código. Así, una vez escogidos por Bello los textos alfonsinos con los que construye el artículo pertinente del Pyto. de 1853 y del CCCh., emprende la tarea de reformular su contenido a través de las típicas operaciones codificadoras: abstracción, generalización, depuración de elementos históricos, actualización de vocablos, etc.⁷

El art. 617 del Pyto. Inéd. (= art. 617 CCCh.) colocó mayores exigencias que el art. 736 del Pyto. de 1853 para que el cazador se haga dueño de la pieza de caza: no basta que el animal haya sido *herido gravemente de manera que ya no le sea fácil escapar*, sino que es necesario además que el cazador no ceje en su persecución, continúe tras él. De ahí la frase *y mientras persiste en perseguirlo* que se intercala en estos textos, inexistentes en los ensayos nacionales anteriores. Con todo, la inclusión de este giro aproxima aún más la norma nacional a la descripción de las hipótesis que ofrece la tradición romano-castellana, pues la exigencia de la actual persecución de la especie aparece recogida del gerundio *seguéndolo* que se lee en P. 3.28.21, y en la locución *mientras fueren tras él* que emplea FR. 3.4.16.

Hemos dicho que mientras en las *Partidas* predomina la idea de la posesión actual corpórea —que requiere la toma efectiva de la presa— como elemento que juega en la ocupación de los objetos animados, en el *Fuero Real* en cambio —gravitante en la solución nacional— basta la inmediatez de esa situación para que la toma de posesión se entienda realizada: es suficiente que el cazador levante la especie animal para que ésta se considere como suya.

2. Estas distintas soluciones que el derecho castellano ofrece en esta materia arrancan a su vez del derecho romano⁸. Así, el pro-

⁷ En relación con las operaciones para codificar el derecho practicadas por Bello sobre el material jurídico seleccionado, con especial referencia al que extrae de las *Siete Partidas*: GUZMÁN, A. (n. 1), p. 432 ss.

⁸ Sobre la regulación que el derecho romano da a esta materia: GARCÍA GARRIDO, M., *Derecho a la caza y ius prohibendi en Roma*, en *AHDE* 36 (1956),

blema de saber a qué cazador pertenece la pieza de caza que uno ha herido y otro capturado fue resuelto de diversa manera por la jurisprudencia clásica. Siendo el derecho romano un derecho de juristas, que funcionó sobre la base de una pluralidad de autoridades, y por ende de opiniones, fue frecuente que se diera la posibilidad de dictámenes diferentes y aun contrarios en torno a una misma cuestión.

El supuesto de hecho analizado configura uno de esos típicos casos que solían consultarse a los prudentes clásicos, a fin de contar con su opinión respecto de los problemas e implicancias que derivan de él. Sabido es que respuestas a preguntas de ese tipo constituyeron la más importante fuente de producción y desarrollo del derecho romano durante el período clásico. Característica suya es su sesgo eminentemente casuista y empírico⁹, puesto que el dictamen del jurista —tan diferente del estilo general y abstracto que presentan los artículos de un código moderno— se pensaba y daba en torno a hipótesis semejantes que deparaba la experiencia de cada día. El mismo *ius* había que entenderlo como el conjunto de esos criterios que emanan de los prudentes, destinados a ofrecer soluciones a situaciones de conflicto que se suscitaban entre particulares, generalmente en relación con la pertenencia o aprovechamiento de las cosas. El tema propuesto se enmarca claramente dentro de esa realidad, pues los términos de la contienda sobre que ha de pronunciarse aquí el *responsum prudentis* miran a cuál de los dos pertenece la pieza de caza: si a quien la persigue malherida o a quien la ha capturado físicamente.

Pues bien, el jurista Trebacio opinó que se hace dueño de la *fera bestia* quien la ha herido mientras continúa en pos de ella; pero la mayoría se inclinó por atribuir la pieza a quien la aprehende

p. 269 ss.; *Derecho privado romano*, II. *Casos y decisiones jurisprudenciales* (Madrid 1980), p. 89 ss.; Lombardi, G., *Liberta di caccia e proprietà privata in diritto romano*, en *BIDR* 53-53 (1948), p. 275 ss.; Landucci, s.v. *Caccia*, en *EGI*; Landucci-Eula s.v. *Caccia* en *NDI*. Una síntesis sobre la regulación de esta materia desde el derecho romano al derecho español moderno: GIBERT, R., *Derecho de caza*, prelección del curso 1970-1971, Universidad de Granada. Para la caza como actividad recreativa dentro de la vida privada cotidiana romana: PAOLI, U., *URBS, La vida en la antigua Roma*³ (Barcelona 1964), p. 321 ss.; GUILLÉN, J., *Vrbs Roma. Vida y costumbres de los romanos* (Salamanca 1980), t. 2, p. 323 ss.

⁹ Sobre este carácter del derecho romano clásico hay abundante literatura: v.gr. SCHULZ, F., *I principii del diritto romano* (trad. V. Arangio-Ruiz, Firenze 1946), p. 37 ss.; KASER, M., *En torno al método de los juristas romanos* (trad. Miquel, J., Valladolid 1964), p. 48 ss.; VIEHWEG, T., *Tópica y jurisprudencia* (trad. Díez-Picazo, Madrid 1964), p. 67 ss.; GARCÍA GARRIDO, M., *Derecho privado romano* (n. 8), p. 45 ss.

materialmente, siendo éste el dictamen que aceptó Justiniano. Lo dicho se encuentra recogido en D. 41.1.5.1.: *Illud quaesitum est, an fera bestia, quae ita vulnerata sit, ut capi possit, statim nostra esse intellegatur. Trebatio placuit statim nostram esse et eo usque nostram videri, donec eam persequamur, quod si desierimus eam persequi, desinere nostram esse et rursus fieri occupantis: itaque si per hoc tempus, quo eam persequimur, alius eam ceperit eo animo, ut ipse lucrifaceret, furtum videri nobis eum commississe plerique non aliter putaverunt eam nostram esse, quam si eam ceperimus, quia multa accidere possunt, ut eam non capiamus: quod verius est*¹⁰.

En Inst. 2.1.13 Justiniano se pronuncia todavía con mayor énfasis —*sententiam nos confirmamus*— en favor de la opinión contraria a Trebacio consignada en la parte final del pasaje transcrito del *Digesto*: *Illud quaesitum est, an, si fera bestia ita vulnerata sit, ut capi possit, statim tua esse intellegatur quibusdam placuit statim tuam esse et eo usque tuam videri, donec eam persequaris, quodsi desieris persequi, desinere tuam esse et rursus fieri occupantis. Alii non aliter putaverunt tuam esse, quam si ceperis. Sed posteriorem sententiam nos confirmamus, quia multa accidere solent, ut eam non capias*¹¹. De esta forma, el emperador dirimió la controversia sobre el tema planteada en el seno de la jurisprudencia clásica.

Para Trebacio bastaba que el cazador persiguiera herida la especie animal para que fuera suya, de modo que si durante la persecución otro la coge comete delito de hurto: para el citado jurista, en consecuencia, es en el instante de la persecución cuando la especie deja de ser *res nullius*, perdiendo la condición de libre ocupabilidad. En cambio, los sabinianos, Gayo y finalmente Justi-

¹⁰ D. 41.1.5.1: *Se ha preguntado si se entiende que el animal salvaje que ha sido herido de manera que pueda ser capturado se hace sin más de nuestra propiedad. Creía Trebacio que sí se hace nuestro inmediatamente y que se considera que lo sigue siendo mientras vamos en su persecución, y que si dejáramos de perseguirlo, deja de ser nuestro y se hace nuevamente del ocupante; así, si durante ese tiempo en que perseguimos al animal herido otra persona lo capturara con intención de hacerlo suyo, dice que se entiende que ha cometido hurto de algo que es nuestro. Sin embargo, la mayoría de los jurisconsultos han pensado que sólo se hace nuestro el animal cuando lo hemos capturado, pues pueden ocurrir muchas cosas que nos impidan su captura, lo que es más cierto.*

¹¹ Inst. 2.1.13: *Se pregunta si en el caso que una bestia fiera fuese herida de modo que pudiese ser cogida, se hace desde aquel mismo momento tuya. Y algunos quisieron que efectivamente sea así, y que sea tuya mientras la persiguieres, pero que si dejares de perseguirla, deje también de ser tuya, y de nuevo se haga del ocupante. Otros, empero, pensaron que no se hace tuya sino en caso que la cogieres, opinión que nosotros confirmamos porque suelen acontecer muchas cosas que impiden el que la cojas.*

niano, opinaron que la bestia fiera se hace nuestra sólo cuando la capturamos.

De cuanto se ha dicho se deduce que el *Fuero Real* recogió el dictamen de minoría de la jurisprudencia romana, encabezada por Trebacio (que no exige la aprehensión corpórea de la especie para hacerla suya), mientras que las *Partidas* es tributaria de la opinión de mayoría, aceptada por Justiniano (que sí establece la exigencia de la captura efectiva o material para tal efecto). Digamos de paso sobre este particular, que así como Justiniano dice en D. 41.15.1 que ésa es la doctrina verdadera —*quod verius est*—, también P. 3.28.21, sumisa a dicha posición, manifiesta que *eso es segund derecho*.

Ahora, sobre la caza por medio de artificios —lazos (*laquei*), redes (*retia*), fosas ocultas (*favae*), etc.—, la jurisprudencia romana contempla el dictamen de Proculo que recoge D. 41.1.55 en relación con la pertenencia de un jabalí que cayó en un lazo puesto por un cazador: *In laqueum, quem venandi causa posueras, aper incidit: cum eo haereret, exemptum eum abstui: num tibi videor tuum aprum abstulisse? et si tuum putas fuisse, si solutum eum in silvam dimississem, eo casu tuus esse desisset an maneret? et quam actionem me cum haberes, si desisset tuus esse, num in factum dari oporteret, quaero. Respondit: laqueum videamus ne intersit in publico an in privato posnerim et, si in privato posui, utrum in meo an in alieno, et, si in alieno, utrum permissu eius cuius fundus erat an non permissu eius posuerim: praeterea utrum in e ita haeserit aper, ut expedire se non possit ipse, an diutius luctando expediturus se fuerit. Summan tamen hanc puto esse, ut, si in meam potestatem pervenit, meus factus sit. Sin autem aprum meum ferum in suam naturalem laxitatem dimississes et eo facto meus esse desisset, actionem mihi in factum dari oportere, veluti responsum est, cum quidam poculum alterius ex nave eiecisset*¹².

¹² D. 41.1.55: Un jabalí cayó en un cepo que habías puesto para cazar y, hallándose sujeto en él, lo saqué de allí. ¿Acaso se entiende que te he quitado un jabalí que era tuyo? Y si crees que era tuyo, al haberlo soltado en el bosque, ¿dejaría en ese caso de ser tuyo o seguiría siéndolo? Pregunto también qué acción tendrías contra mí si hubiera dejado de ser tuyo: si acaso debería darse una acción por el hecho. Respondió: cabe que nos preguntemos si hay diferencia entre que haya puesto el cepo en terreno público o en terreno privado; si lo puse en terreno privado, entre que sea en terreno propio o en terreno ajeno; y si lo puse en terreno ajeno, entre que lo hiciera con permiso del propietario del fundo o sin él; por otro lado, entre que el jabalí estuviera sujeto de forma que no pudiera soltarse por sí mismo o pudiera hacerlo forcejeando durante un cierto tiempo. En resumen, creo que si llegó a estar en mi poder, se hace de mi propiedad, pero que si tú hubieses restituido el

3. Por último, la nota de Bello al art. 736 del Pyto. de 1853 finaliza señalando los motivos que lo indujeron a aceptar el criterio que recoge dicha norma, sobre cuyo sentido y alcance nos hemos referido en los acápites anteriores: *por las razones que pueden verse en las glosas gregorianas 1, 2, 3 i en la glosa (a) de la lei 16 tit. 4, lib. 3 del Fuero Real.*

Respecto al contenido de las citadas glosas de Gregorio López a P. 3.28.21¹³, ellas arrojan los siguientes datos: 1) Señalan los fragmentos del *Corpus Iuris Civilis* que sirven de precedente a dicha ley alfonsina: son los textos de D. 41.1.5.1 e Inst. 2.1.13, insertados en el acápite anterior, sin perjuicio que ambos pasajes contemplan las dos posiciones de la jurisprudencia romana sobre el punto, ya enunciadas; 2) Subrayan que la opinión del prudente Trebacio es contraria al criterio que recoge P. 3.28.21, sede de la glosa, y 3) Indican que la *Glossa* de Acursio sostiene que la costumbre aprueba el dictamen de Trebacio, cosa que reconocen también otros juristas boloñeses como Alberico, Martino y Azo.

De este modo, con la cita que Bello hizo de dichas glosas gregorianas, se destaca que el criterio dispositivo que escoge el art. 736 del Pyto. de 1853, aunque diferente al de P. 3.28.21, encuentra también un sólido respaldo en la tradición jurídica occidental, al coincidir con el parecer del jurista romano Trebacio, bien que, como ya sabemos, su dictamen ni encarnaba la *communis opinio* dentro de la jurisprudencia clásica, ni influyó en la solución recogida por las *Partidas*. Además, con base en las mismas glosas gregorianas queda establecido que la costumbre aprueba el dictamen de Trebacio, con lo que en definitiva la solución belliana —y antes de ella la de FR. 3.4.16— encuentra apoyo tanto en la jurisprudencia romana como en la costumbre posterior.

Ahora, en relación con la cita que Bello hace de la glosa (a) al FR. 3.4.16¹⁴, debemos puntualizar primeramente que ésta se extrae de dicha fuente castellana glosada por Alonso Díaz de Montalvo, que era la edición del tipo que a la sazón se conocía en nuestro medio. En el resto, poca novedad aporta esta glosa a lo ya sostenido, fuera de indicar las relaciones entre FR. 3.4.16 con Inst. 2.1.13, texto éste que al igual que D. 41.1.5.1 señala también las diversas

jabalí, ya mío, a su natural libertad, y por ello hubiera dejado de ser mío, se me debe dar una acción por el hecho, como se ha dicho para el supuesto de que alguien hubiera echado por la borda de una nave la vasija de otro.

¹³ Glos. ad P. 3.28.21 (1) Van los cacadores; (2) Lazos; (3) Usen el contrario.

¹⁴ Glos. ad. FR. 3.4.16 (a) Si algunos fueren tras.

interpretaciones que la jurisprudencia clásica emitió frente a este problema, amén de hacer una referencia a ciertas particularidades de una costumbre de la Lombardía.

4. El criterio de solución que adopta Bello en el art. 736 del Pyto. de 1853, que reproduce con leves modificaciones el art. 736 del Pyto. Inéd. (= art. 617 del CCCh.), induce a formular una consideración general de cierto interés. Ya Guzmán¹⁵ ha planteado que históricamente la proposición de nuevos códigos va siempre ligada a la crítica de la juridicidad vigente. Dicha censura, junto con denunciar los vicios imperantes en ese derecho (ya externos como internos), propone a la vez removerlos con la realización de la obra codificadora. Así, el movimiento en pos de nuevos planes fijadores en Chile no escapó a esta constante, habiéndose también desarrollado en nuestro medio una etapa crítica que corre entre los años 1822 a 1840: de las ideas planteadas por O'Higgins, tendientes a reemplazar la legislación hispánica por los códigos napoleónicos, hasta los inicios de la labor oficial de codificación.

Una de las múltiples imperfecciones que delató dicha crítica fue la existencia de leyes contradictorias en la masa del derecho castellano, que la república heredó de la monarquía¹⁶. Se ha visto precisamente en la especie cómo dos textos legales castellanos, el *Fuero Real* y las *Partidas* —obras incluso de un mismo autor oficial—, contienen soluciones distintas para hipótesis próximas, soluciones cuyo origen arranca de una vieja disputa jurisprudencial ya conocida en el derecho romano. Pues bien, frente a ella el codificador nacional zanja la diferencia, con la elección de un criterio único de regulación, cuyo análisis, precedentes históricos y peculiar modalidad de construcción, hemos pretendido bosquejar someramente en este apartado.

III. EL ART. 737 DEL PYTO DE 1853 (ART. 618 DEL CCCh.)

El art. 737 del Pyto. de 1853 (correspondiente con ligeras variantes al art. 618 del CCCh.) establece: *No es lícito a un cazador o pescador perseguir al animal bravo que es ya perseguido por otro*

¹⁵ Sobre el tema: GUZMÁN, A., *Para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la república* (VIII), *Crítica al derecho como presupuesto de la fijación en torno al primer tercio del s. XIX*, en *Rev. de Estudios Histórico-Jurídicos* 5 (1980), p. 267 ss., n. 1, p. 242 s.

¹⁶ Para esto GUZMÁN, A. (n. 1), p. 439.

cazador o pescador; si lo hiciere i se apoderare del animal, podrá el otro reclamarlo como suyo.

La gravitación que el *Fuero Real* ejerció sobre este artículo resultó ser mayor que en el caso del art. 736 del Pyto. de 1853 y art. 617 CCCh., ya analizado: la norma transcrita recoge tanto la hipótesis de hecho como la solución de FR. 3.4.16. No se ve aquí influjo de las *Partidas*. Ello hace que la nota de Bello puesta a esta disposición sea tajante: *L. 16, tit. 4, lib. 3 del Fuero Real*.

No obstante, cabe considerar en este apartado cuanto se ha sostenido anteriormente respecto de varios puntos relativos a FR. 3.4.16, a los cuales nos remitimos: los precedentes de esta norma, las razones de la solución que ella invoca, las diferencias con la ley próxima de las *Partidas*, su readaptación por parte de Bello a través de sus operaciones codificadoras, etc.

IV. EL ART. 740 DEL PYTO. DE 1853 (ART. 620 DEL CCCh.)

El art. 740 del Pyto. de 1853 (correspondiente con ligeras variantes al art. 620 del CCCh.) establece: *Las abejas que huyen de la colmena i posan en árbol que no sea del dueño de ésta, vuelven a su libertad natural, i cualquiera puede apoderarse de ellas i de los panales fabricados por ellas, con tal que no lo haga en tierras ajenas cercadas o cultivadas, o contra la prohibición del dueño de las tierras; pero al dueño de la colmena no podrá prohibirse que persiga a las abejas fujitivas en tierras que no estén cercadas ni cultivadas.*

Según el testimonio de Bello recogido en la nota que ilustra este artículo, revela que tanto FR. 3.4.17 como P. 3.28.22, fueron tenidas a la vista para su formulación: *L. 17, tit. 4, lib. 3 del Fuero Real; L. 22, tit. 28, P. 3, con alguna modificación.*

La disposición transcrita trata de resolver la eventual colisión de tres derechos originarios incidentes en la especie: 1) El que tiene cualquier persona para apoderarse del enjambre fugitivo o de los panales que éste fabricare (derecho de caza); 2) El que tiene el dueño de la finca en que se posare el enjambre o hiciere el panal, a fin de vedar la entrada de personas ajenas a ella (derecho de prohibir el ingreso en su heredad), y 3) El que posee el dueño de la colmena para perseguir el enjambre fugado de ella (derecho a retener el dominio).

En cuanto a la posible pugna entre estos derechos las tres fuentes establecen soluciones diversas: en el *Fuero Real* prima el

derecho del dueño de la colmena para retener el enjambre como suyo; en las *Partidas* parece armonizarse el derecho general de caza con el que posee el propietario de la colmena para conservar el dominio del enjambre fugitivo o de sus panales; y en el Pyto. de 1853 y CCCh. se establece un equilibrio entre los tres derechos originarios.

Las líneas generales de la disposición nacional en cuanto al establecimiento de los derechos en conflicto es tributaria tanto de las *Partidas* como del *Fuero Real*, pero Bello toma una actitud de cierta independencia en cuanto a la inclusión de algunos elementos y a su solución, hecho que le lleva a expresar en la nota citada al art. 740 del Pyto. de 1853, que recibe el influjo de ambas fuentes castellanas, *con alguna modificación*.

Veamos someramente la solución de cada fuente en particular.

En FR. 3.4.17 se comienza por establecer que cualquiera puede hacer suyo por la aprehensión el enjambre fugitivo que se posare en árbol ajeno: *Maguer abejas que enjambre suben en árbol de alguno, si otri las tomare e las encerrare antes que el dueño del árbol las puede haber*. Lo dicho es tan sólo una singularización del principio general que los animales bravios que recobran su libertad se hacen *res nullius* y cualquiera puede hacerlos suyos por la ocupación. Ya en Gai 2.67 se dice *Itaque si feram bestiam . . . quidquid ita captum fuerit, id statim nostrum fit et eo usque nostrum esse intellegitur donec nostra custodia coerceatur; cum vero custodiam nostram euaserit et in naturalem libertatem se receperit, rursus occupantis fit . . .*¹⁷.

Elegantemente D. 41.1.3 pr. establece: *Quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur*.

Sin embargo, FR. 3.4.17, añade que el dueño del predio donde se levanta el árbol en que se posa el enjambre, puede impedir la entrada de los cazadores que van tras él: *pero el dueño del árbol puede defender a todo ome que ni entre en lo suyo*. No obstante, este *ius prohibendi* por parte del propietario de la tierra tiene un límite, dado que no puede oponerlo al dueño de la colmena de donde voló el enjambre fugitivo, a fin de recuperarlo: *fuera al señor de cuya colmena salieron las abejas viniendo en pos de ellas . . .* Tan fuerte es así la protección que el *Fuero Real* dispensa a la

¹⁷ Gai, 2.67: Así, si cogemos un animal salvaje . . . el objeto de nuestra captura se hace en seguida nuestro y se considera que así permanece bajo nuestra guardia; si escapa de nuestra guardia y vuelve a la libertad natural, se convierte en propiedad de quien se apodere de él, porque cesa de ser nuestro . . .

industria apícola, que el dueño del colmenar evadido no pierde el derecho sobre él, de modo que puede entrar en la finca ajena con el propósito de cogerlo, aun contra la prohibición del propietario.

Por su parte P. 3.28.22 declara que las *abejas son como cosas salvajes*¹⁸. De esta calificación atribuida a dichas especies fluye naturalmente que quien captura un enjambre fugitivo que se posare en árbol ajeno, o los panales fabricados en él, se convierte en su dueño desde el momento de la aprehensión material: se trata tan sólo de la aplicación del principio de la libre ocupabilidad de los animales salvajes que recobran su libertad, ya señalado. Con todo, tal afirmación aparece confirmada acto seguido en la citada ley de *Partidas* a través de un circunloquio: *E por ende dezimos que si exambre dellas posare en arbol de algund ome, que non puede dezir que son suyas, fasta que las encierre en colmena, o en otra cosa . . . Análogo principio rige para los panales fabricados por las abejas, que son del captor, a menos que estando presente el dueño prohíba llevárselos: Esso mismo dezimos que seria de los panales, que las abejas fiziessen en arbol de alguno; que non los deve tener por suyos, en quanto estouiessen y, fasta que los tome ende, e los lieue. Ca si acaeciesse, que viniessen otro alguno e los leuasse ende, serian suyos; fueras ende si estouiessen el delante quando los quisiese levar, e gelo defendiessen*¹⁹. Pero, la parte final de esta ley fija una situación límite en la que se autoriza al dueño de la colmena para retener el dominio del enjambre escapado, cosa que sucede cuando las abejas estén a la vista de su dueño o no tan lejos que resultare imposible cogerlas: *Otro si dezimos, que si el enxambre de las abejas volare de las colmenas de alguno ome; e se fuere; si el señor dellas las perdiere de vista, o fueren tal alongadas del, que las non pueda prender, nin seguir; pierde por ende el señorío que auia sobre ellas, e ganalas quien quier que las prenda, e las encierre primeramente*²⁰.

Ya en el derecho romano clásico se establecía el *ius prohibendi* del propietario de la finca para impedir el ingreso de extraños en ella²¹. Acaso el texto más representativo es un rescripto de Antonino

¹⁸ En la calificación de las abejas como especies salvajes que hace P. 3.28.22, sigue el parecer de Paulo recogido en D. 47.2.26. No obstante respecto de este punto tampoco hubo un parecer unánime en la jurisprudencia romana. Otros estimaron que eran *mansuetae*, pues tenían la costumbre de ir o volver (*animus revertendi*): v.gr. Gai 2.68; Ulpiano, D. 10.2.8.1.

¹⁹ Los supuestos de hecho que ilustra P. 3.28.22, se recogen de D. 41.1.5.2-4.

²⁰ Algunos precedentes romanos: Gai 2.67; Inst. 2.1.12; D. 41.1.5.4.

²¹ Para este tema en el derecho romano: LOMBARDI, G. (n. 8), p. 273 ss.; GARCÍA GARRIDO, M., *Derecho a la caza* (n. 8), p. 309 ss.

Pio, dirigido a unos cazadores, en que se establece el principio de prevalencia de la propiedad fundiaria sobre la originaria de la libertad de caza. El fragmento recogido en D. 8.3.16 redactado en griego decía: *El emperador Pio contestó así a unos cazadores: no es conforme a la razón el que cacéis aves en los predios ajenos contra la voluntad de los dueños*²².

El art. 740 del Pyto. de 1853, al igual que la tradición romano-castellana ya vista, establece también el principio que cualquiera puede hacer suyas las abejas fugitivas que recobran su libertad, como del mismo modo los panales hechos por ellas: *Las abejas que huyen de la colmena i posan en arbol que no sea del dueño de ésta, vuelven a su libertad natural i cualquiera puede apoderarse de ellas y los panales fabricados por ellas*. Pero, en seguida, el legislador nacional limita el ejercicio del derecho de caza frente al *ius prohibendi* del señor de la tierra en que las abejas penetran o hicieren panales: *con tal que no lo hiciere en tierras ajenas cercadas o cultivadas o contra la prohibición del dueño*. Sin embargo el *ius prohibendi* del dueño de la finca, que tiene un alcance irrestricto frente a terceros, tiene un límite ante el dueño de la colmena de donde huyeron las abejas, en el sentido de que no puede impedir su persecución que éste haga en tierras yermas: *pero al dueño de la colmena no podrá prohibírsele que persiga a las abejas fugitivas en tierras que no estén cercadas ni cultivadas*.

Como en los casos de las normas anteriores del Pyto. de 1853 y del CCCh., que hemos analizado, Bello mantiene también aquí contenidos materiales que conserva o modifica más o menos acentuadamente, y luego reordena y expresa en el lenguaje propio de un código. Pero hay textos intermedios entre las respectivas normas alfonquinas y nacionales que aproximan la distancia entre ambas, y que posiblemente se habrían utilizado. Dentro de la misma tradición hispana cito a los prácticos; así, por ejemplo, en Febrero²³, hay el empleo de una terminología afín al precepto patrio que comentamos en este acápite —por citar sólo este último artículo— que probablemente se aprovecha para la redacción de la norma chilena. Se lee en esta obra con ocasión del análisis de normas que ponen traba a la facultad de cazar que reconoce el derecho de las recopilaciones, de *cercados de tierra de propiedad particular* o de la frase *estando sembradas... sin licencia del dueño*, cercanas a

²² Otros fragmentos en análogo sentido: Inst. 2.1.12-14; D. 41.1.3.1; D. 41.1.5.3; D. 47.10.13.7.

²³ *Febrero o Librería de jueces, abogados y escribanos, con arreglo por Florencio García Goyena* (Madrid 1842), p. 88.

expresiones como *tierras cercadas de propiedad ajena* o *cultivadas o contra la prohibición del dueño*, que se hallan en la disposición nacional recién transcrita.

V. CONCLUSIÓN

Los artículos analizados del Pyto. de 1853 y los paralelos del CCCh. reciben de diversa manera el influjo del *Fuero Real*.

En el art. 736 del Pyto. de 1853 (art. 617 del CCCh.) confluyen materiales extraídos tanto de las *Partidas* como del *Fuero Real*: de las *Partidas* la descripción del caso regulado, y del *Fuero Real* el criterio de solución a él, que esta fuente aplica a una situación próxima. Incide también en la norma nacional el aporte de la literatura jurídica castellana obtenida de las glosas de Gregorio López y Alonso Díaz de Montalvo, a las leyes que sobre el particular se consignan en ambos libros hispanos, en donde se hallan las razones que movieron a Bello a elegir la solución adoptada. En el art. 737 del Pyto. de 1853 (art. 618 del CCCh.) la gravitación del *Fuero Real* es total, ya en la tipificación del supuesto descrito como en la solución dada a él. Por último, en el art. 740 del Pyto. de 1853 (art. 620 del CCCh.) tanto las *Partidas* como el *Fuero Real* —que en sustancia tratan análogo problema— actúan como precedente inmediato de un sector importante de la disposición chilena, aunque las soluciones que contemplan las tres fuentes no son totalmente coincidentes.

Con todo, este influjo del derecho castellano en los preceptos referidos es del tipo positivo material, que recoge el contenido de las figuras descritas, pero que exige a la vez por parte del codificador nacional de la ejecución de una serie de operaciones codificadoras a fin de verter ese material al estilo y lenguaje propios del derecho codificado. Sobre las fuentes mediatas de esta materia ellas derivan —en distinto grado y forma— de la tradición jurídica romana, a la que hemos hecho algún comentario o tan sólo una mera alusión, según los casos.