



ISSN 2255-2707

Edited by

Institute for Social, Political and Legal Studies
(Valencia, Spain)

Honorary Chief Editor

Antonio Pérez Martín, University of Murcia

Chief Editor

Aniceto Masferrer, University of Valencia

Assistant Chief Editors

Wim Decock, University of Leuven

Juan A. Obarrio Moreno, University of Valencia

Editorial Board

Isabel Ramos Vázquez, University of Jaén (Secretary)

Francisco Calabuig Alberola, University of Valencia (Website Editor)

Anna Taitslin, Australian National University – University of Canberra

M.C. Mirow, Florida International University

José Miguel Piquer, University of Valencia

Andrew Simpson, University of Aberdeen

International Advisory Board

Javier Alvarado Planas, UNED; Juan Baró Pazos, University of Cantabria; Mary Sarah Bilder, Boston College; Orazio Condorelli, University of Catania; Emanuele Conte, University of Rome III; Daniel R. Coquillette, Boston College – Harvard University; Serge Dauchy, University of Lille; Salustiano de Dios, University of Salamanca; José Domingues, University of Lusíada; Seán Patrick Donlan, The University of the South Pacific; Matthew Dyson, University of Oxford; Antonio Fernández de Buján, University Autónoma de Madrid; Remedios Ferrero, University of Valencia; Manuel Gutan, Lucian Blaga University of Sibiu; Alejandro Guzmán Brito, Pontifical Catholic University of Valparaíso; Jan Hallebeek, VU University Amsterdam; Dirk Heirbaut, Ghent University; Richard Helmholz, University of Chicago; David Ibbetson, University of Cambridge; Emily Kadens, University of Northwestern; Mia Korpiola, University of Turku; Pia Letto-Vanamo, University of Helsinki; David Lieberman, University of California at Berkeley; Jose María Llanos Pitarch, University of Valencia; Marju Luts-Sootak, University of Tartu; Magdalena Martínez Almira, University of Alicante; Pascual Marzal Rodríguez, University of Valencia; Dag Michaelsen, University of Oslo; María Asunción Mollá Nebot, University of Valencia; Emma; Montanos Ferrín, University of La Coruña; Olivier Moréteau, Louisiana State University; John Finlay, University of Glasgow; Kjell Å Modéer, Lund University; Anthony Musson, University of Exeter; Vernon V. Palmer, Tulane University; Agustin Parise, Maastricht University; Heikki Pihlajamäki, University of Helsinki; Jacques du Plessis, Stellenbosch University; Merike Ristikivi, University of Tartu; Remco van Rhee, Maastricht University; Luis Rodríguez Ennes, University of Vigo; Jonathan Rose, Arizona State University; Carlos Sánchez-Moreno Ellar, University of Valencia; Mortimer N.S. Sellers, University of Baltimore; Jørn Øyrehagen Sunde, University of Bergen; Ditlev Tamm, University of Copenhagen; José María Vallejo García-Hevia, University of Castilla-La Mancha; Norbert Varga, University of Szeged; Tammo Wallinga, University of Rotterdam; José Luís Zamora Manzano, University of Las Palmas de Gran Canaria

Citation

Gabriel Buigues Oliver, “Un viaje al pasado: en torno a los orígenes del artículo 612 del Código civil español. Un estudio de tradición romanística”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 14 (2017), pp. 198-214 (available at <http://www.glossae.eu>)

Un viaje al pasado: en torno a los orígenes del artículo 612 del Código civil español. Un estudio de tradición romanística

**A journey into the past: on the origins of article 612 of the Spanish Civil Code
A study of Romanistic tradition**

Gabriel Buigues Oliver
Universidad de Valencia

Resumen

El presente artículo pretende poner de manifiesto, en el marco de los trabajos sobre tradición romanística, la influencia de la doctrina y legislación romana en la construcción del ordenamiento jurídico español a lo largo de sus diferentes etapas históricas. En este caso en concreto se realiza una revisión de los antecedentes doctrinales y legislativos del artículo 612 del Código civil español, poniendo de relieve aquellos elementos jurídicos que forman parte del mismo y que tienen su origen en el derecho romano, partiendo del jurista y maestro de derecho Gayo.

Abstract

This article aims to show, within the framework of the works on Romanistic tradition, the influence of Roman doctrine and legislation in the construction of the Spanish legal system throughout its different historical stages. In this case, in particular, a review of the doctrinal and legislative antecedents of article 612 of the Spanish Civil Code is made, highlighting those legal elements that are part of it and that have their origin in Roman law, taking the Roman jurist Gaius as starting point.

Palabras clave

Tradición romanística, Código civil, Adquisición de propiedad, Animales salvajes, Derecho de persecución

Keywords

Romanistic tradition, Civil code, Acquisition of property, Wild animals, Right of persecution

SUMARIO: 1. *Amicabilis exordium*. 2. Introducción. 3. Itinerario de formación del artículo 612 del Código civil. 3.1. Gayo. 3.2. Justiniano. 3.3. Edad Media y Moderna. 3.4. Regulación actual. Apéndice bibliográfico

1. Amicabilis exordium

Quiero que las primeras palabras del presente trabajo sirvan para agradecer a Enrique Gómez Royo la amistad de la que he disfrutado durante más de 35 años, casi media vida suya y más de media vida mía. Efectivamente nos conocimos al poco de terminar yo mi licenciatura y desde entonces nuestras vidas han recorrido caminos paralelos y han compartido acontecimientos de la más variada naturaleza. Si pongo esto de relieve es para dejar constancia de que me unen a su persona una serie de lazos que van mucho más allá del hecho de compartir nuestra pasión por el estudio y la enseñanza del Derecho Romano.

Voy a servirme en las líneas que siguen a continuación de las palabras de dos grandes autores del mundo clásico, uno griego y otro romano; personajes especialmente queridos desde siempre por Enrique Gómez y que yo he aprendido a valorar por su “culpa”, se trata de Aristóteles y Cicerón; ambos reflexionaron ampliamente sobre el sentido de la amistad, y alrededor de estas reflexiones van a girar estas palabras. No sé si Aristóteles¹ consideraría esta nuestra amistad –hasta llegar a ser “el otro yo” (ἕτερον αὐτὸν)²– como esa amistad perfecta (de los buenos o virtuosos) de la que habla en su *Ética a Nicómaco* y de la que afirma que es escasa, y requiere tiempo e intimidad; el Estagirita recurre a un proverbio según el cual, “no es posible conocerse uno a otro antes de consumir juntos la cantidad señalada de sal”, puedo asegurar que por mi parte he hecho todo lo posible³.

Tanto tiempo ha ido generando un vínculo de conocimiento y confianza por encima de circunstancias adversas y sometido a prueba como en crisol en distintas ocasiones; tal como señalaba el filósofo de Estagira⁴.

El transcurso de estos años nos ha permitido afrontar, como antes decía, todo tipo de situaciones ante las que normalmente compartíamos posición, si bien nunca ha supuesto para nosotros ningún problema el hacer ver al otro lo que en nuestra opinión era un planteamiento equivocado, ya decía Cicerón que los consejos, las conversaciones, las exhortaciones, los consuelos y a veces también los reproches tienen en la amistad su campo más amplio.⁵, sin miedo alguno, sabiendo que la fortaleza de esta amistad se fundamenta también en la discrepancia en libertad, tal como afirmaba el Arpinate.

Lelio, de amicitia XIII, 44:

*consilium vero dare audeamus libere. Plurimum in amicitia amicorum bene suadentium valeat auctoritas, eaque et adhibeatur ad monendum non modo aperte sed etiam acriter, si res postulabit, et adhibitae pareatur*⁶.

¹ Sigo la traducción de la *Ética a Nicómaco*, 4ª reimp., Madrid, 2005.

² E.N. IX, 9, 1169b.

³ E.N. VIII,3,1156b: “... σπανίας δ' εἰκὸς τὰς τοιαύτας εἶναι· ὀλίγοι γὰρ οἱ τοιοῦτοι. ἔτι δὲ προσδεῖται χρόνου καὶ συνηθείας· κατὰ τὴν παροιμίαν γὰρ οὐκ ἔστιν εἰδῆσαι ἀλλήλους πρὶν τοῦς λεγομένουσ ἄλας συναναλῶσαι”.

⁴ E. N., VIII,4, 1157a. “οἱ γὰρ κακοὶ οὐ χαίρουσιν ἑαυτοῖς, εἰ μὴ τις ὠφέλεια γίνοιτο. καὶ μόνη δὲ ἡ τῶν ἀγαθῶν φιλία ἀδιάβλητός ἐστιν· οὐ γὰρ ῥάδιον οὐδενὶ πιστεῦσαι περὶ τοῦ ἐν πολλῷ χρόνῳ ὑφ' αὐτοῦ δεδοκιμασμένου· καὶ τὸ πιστεύειν ἐν τούτοις, καὶ τὸ μηδέποτε ἂν ἀδικῆσαι, καὶ ὅσα ἄλλα ἐν τῇ ὡς ἀληθῶς φιλία ἀξιοῦται. ἐν δὲ ταῖς ἐτέραις οὐδὲν καλύει τὰ τοιαῦτα γίνεσθαι.”

⁵ *De Officiis I, XVII.[58]: “consilia, sermones, cohortationes, consolationes, interdum etiam obiurgationes in amicitia vigent maxime.”*. Trad. “pero osemos, ciertamente, dar consejo libremente. Valga muchísimo en la amistad la autoridad de los amigos que aconsejan bien, y ésta [y] empléese para amonestar no sólo abiertamente sino también duramente, si la cosa lo pide, y obedézcse a la *autoridad* empleada.” (sigo la traducción de García Yebra, en la edición de Ed. Gredos, Madrid 1975.)

⁶ Trad. “pero osemos, ciertamente, dar consejo libremente. Valga muchísimo en la amistad la autoridad de los amigos que aconsejan bien, y ésta [y] empléese para amonestar no sólo abiertamente sino también duramente, si la cosa lo pide, y obedézcse a la *autoridad* empleada.” (traducción de García Yebra, en la edición de Ed. Gredos.)

Ciertamente creo, con Cicerón, que la sinceridad es cualidad que debe presidir cualquier relación de amistad verdadera y es criterio que rige la que nos une a Enrique Gómez Royo y a mí durante todos estos años.

Quiero finalizar estas líneas, que aunque nacen de la amistad no por ello dejan de hacer honor a la verdad, con una última referencia a Aristóteles “nadie querría vivir sin amigos (añado yo ‘como Enrique’), aun estando en posesión de todos los otros bienes” (*Ética a Nicómaco* VIII 1, 1155a).

2. Introducción

El trabajo que pretendo llevar a cabo a lo largo de las siguientes páginas tiene como objetivo el presentar el proceso de formación de un determinado precepto a lo largo de la historia en sus distintas etapas; se trata por tanto de estudiar una norma en el marco de lo que conocemos como el fenómeno de la tradición romanística⁷ o en lo que

⁷ Casinos Mora, F.J., “Nueve siglos de romanismo jurídico”, *Rivista di diritto romano, revista electrónica* (<http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/index.html>) II (2002); afirma Casinos que “por «romanismo» o «tradición romanística» cabría entender en términos generales el proceso de transfusión ininterrumpida del derecho romano a lo largo de la historia determinante de la configuración de los derechos europeos y de manera inmediata y con mayor o menor intensidad en la de los derechos de otros muchos pueblos de diversos continentes”. Por su parte, Silva Vallejo, J.A., “El Derecho Romano”, *Revista Jurídica ‘Docentia et Investigatio’* 6, 2 (2004), p. 56 la define como “. conjunto de escuelas, de juristas, de profesores y de textos que desarrollando o comentando al Derecho Romano *strictu sensu* se proyectan en el tiempo y en el espacio mediante las escuelas, los profesores, los juristas, los códigos y las técnicas de interpretación.” Y concluye “Así, bajo el nombre de ‘tradición romanista’ debe entenderse la historia del derecho romano y, también, las bases romanistas del Código Civil y del Código Procesal Civil”.

Los estudios sobre tradición romanística han sido objeto de especial atención en los últimos años por partes de la doctrina romanística española e americana, entre ellos a modo de ejemplo: Fernández Barreiro, A., “Revitalización de la idea de un derecho común europeo”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos de la Universidad de Valparaíso*, (1989-1990); “El derecho común como componente de la cultura jurídica europea”, *Seminarios Complutenses de Derecho romano*, III, 1991. *La tradición romanística en la cultura jurídica europea*, Madrid, 1992; “Obligatio y Conventio”-. tradición romanística y recepción”, *Actas de II Congreso iberoamericano de Derecho Romano*, Murcia 1998.; Hespanha, A.M., *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*, Madrid, 1998; Obarrio Moreno, J.A., *Estudios de tradición romanística: El proceso en el Derecho foral valenciano*, Valencia, 2002; *Estudios de tradición romanística: Tutela et Curatela*, Madrid 2011; “La *cessio bonorum* en la tradición jurídica medieval”, *RGDR* 26 (2016), pp. 1-40; “La rúbrica *De decreto ad alineanda Universitatis bona* en la tradición jurídica tardo-medieval”, *RGDR* 24 (2015) pp. 1-50; *Repensar la Universidad. Reflexión histórica de un problema actual*, Madrid, 2015; *Iura et humanitas. Diálogos entre el Derecho y la Literatura*, Madrid, 2017; Labruna, L., Baccari, M.P., Cascione, C. (eds.), *Tradizione romanistica e costituzione*, Nápoles, 2006.; Mirow, M.C., “La tradición romanística en los Estados Unidos con una nota sobre el Estado de la Florida”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* XXXII (2010), pp. 383-394, <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552010000100014>; Hineirosa, F., “Derecho romano, tradición romanista y América Latina”, *Revista de Derecho Privado* 25 (julio-diciembre, 2013), pp. 3-7; Fernández Barreiro, A. y Paricio Serrano, J., *Historia del Derecho romano y su recepción europea*, Madrid 2014; Salazar Revuelta, M., “Formación en el Derecho Romano y en la tradición romanística del principio de la buena fe y su proyección en el derecho comunitario europeo”, *Revista internacional de Derecho romano* (abril, 2015); Fernández de Bujan, A. “Ciencia jurídica europea y Derecho comunitario: *Ius romanum. Ius commune. Common law. Civil law*”, *Glossae. European Journal of Legal History* 13 (2016), pp. 275-306 (available at <http://www.glossae.eu>).

primero Vinogradoff⁸ y más tarde Floris de Margadant⁹ llamaron la segunda vida del derecho romano.

Este proceso de transfusión tendría como uno de sus hitos fundamentales lo que se ha denominado Recepción; los textos del *Corpus Iuris* justiniano revivieron a partir de su redescubrimiento y consiguiente estudio de los mismos en el tránsito entre la alta y la baja Edad Media. Es a partir del siglo XII cuando la influencia del Derecho Romano, gracias a la labor de glosadores primero y comentaristas (*consiliatores*) después, va a extenderse por los diferentes reinos de la Europa medieval impregnando los diferentes ordenamientos jurídicos de los principios fundamentales constitutivos del derecho romano. Las soluciones jurídicas que encontramos en los textos del *Corpus Iuris* van a ir incorporándose y perdurando, mediante una “*tradio*” normativa, de modo particular en los diferentes ordenamientos jurídicos de los reinos asentados en la península ibérica.

3. Itinerario de formación del artículo 612 del Código civil

3.1. Gayo

Me propongo, por tanto, realizar un seguimiento, necesariamente epidérmico, de la historia de un precepto desde Roma hasta nuestros días; el precepto en cuestión es el artículo 612 de nuestro Código Civil cuyo tenor es el siguiente:

“El propietario de un enjambre de abejas tendrá derecho a perseguirlo sobre fundo ajeno, indemnizando al poseedor de éste el daño causado. Si estuviere cercado, necesitará el consentimiento del dueño para penetrar en el.

Cuando el propietario no haya perseguido, o cese de perseguir el enjambre dos días consecutivos, podrá el poseedor de la finca ocuparlo o retenerlo”.

A lo largo de las siguientes páginas veremos el proceso de formación y transmisión de este artículo. El primer testimonio lo encontramos en un fragmento atribuido a Gayo en relación a la adquisición y pérdida de la propiedad sobre las abejas. Este texto proviene no de sus Instituciones, sino de otra obra de este gran maestro¹⁰ de

⁸ Vinogradoff, P., *Roman Law in Medieval Europe*, London-New York, 1909, p. 20., se expresaba en los siguientes términos “The story I am about to tell is, in a sense, a ghost story. It treats of a second life of Roman Law after the demise of the body in which it first saw the light”.

⁹ Floris de Margadant, G., *La segunda vida del derecho romano*, México, 1986. En sus primeras páginas afirmaba el profesor mejicano, para explicar el porqué de la expresión segunda vida “Efectivamente, el presente libro hablará de las aventuras del derecho romano y romano-bizantino después de la muerte del cuerpo económico-social que le había otorgado la vida; sobre todo se tratará de las transformaciones; a través de reinterpretaciones y mezclas con nuevas ideas, que experimentó el Corpus Iuris de Justiniano, después de su regreso a las candilejas, a fines del siglo XI.” (p. 23)

¹⁰ Sin querer entrar con más detalle acerca de la persona de este jurista del que tan pocos datos tenemos (sigue siendo fundamental la obra de Kunkel, W., *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Nachdruck der Ausgabe von, 1967, Böhlau Verlag, Köln-Weimar 2001), solo quiero resaltar su importancia para el conocimiento del derecho romano y su tradición. En este sentido afirmaba Kunkel, W., *Historia del derecho romano*, Barcelona, 1979, p. 129.: “Gayo es sólo un astro de tercera o cuarta magnitud en el firmamento de la jurisprudencia romana, aunque, desde luego, gracias a la casualidad de la tradición, sea aquél astro cuya luz nos ilumina más de cerca y, por ello, más vivamente”. Ver también la voz Gaius escrita por el profesor Orestano, R., *Novissimo Digesto Italiano*, VII, p. 732, y Honoré, A.M.,

derecho: las *res cottidianae sive Aurea*¹¹, sobre cuya naturaleza, autoría y título se ha discutido abundantemente por la doctrina¹². Uno de los autores que con mayor

Gaius, Oxford, 1962; Casavola, F., “Gaio nel suo tempo”, *Gaio nel suo tempo, Atti del simposio romanistico internazionale*, Napoli, 1966, p. 1 ss., habla al referirse a él, del “enigma gaiano”, señalando como, aunque casi ignorado por sus contemporáneos e inmediatamente posteriores, “esplode improvvisa alla fama nella legge delle citazioni e guadagna la più alta fortuna nelle scuole di Oriente e di Occidente” (p. 2). Los autores coinciden en manifestar su extrañeza por el hecho de que no se le concediera el *ius respondendi*, que Pescani, P., (“Difesa minima di Gaio”, *Gaio nel suo tempo*, p. 85) atribuye al hecho de que fuera liberto o hijo de liberto.

¹¹ Sobre las coincidencias entre las dos obras, y el método seguido en la redacción de las *res cottidianae*, que en su opinión fueron escritas con posterioridad a las Instituciones, Perozzi, S., “*Se la relazione sulle opinioni dei Sabiniani e dei Proculiani in D.41.1.7 § 7 sia di Gaio*”, *Scritti Giuridici I. Proprietà e Possesso*, Milano 1948, p. 256, afirma: “Si vede che l’autore scrivendo, come pare abbia fatto, le R. c. dopo le Istituzioni, o aveva qualche cosa di nuovo e di più particolare da dire e allora aggiungeva alle Istituzioni, e allora sostanzialmente si copiava.”. La misma idea ya aparecía en Ferrini, C., “Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano”, *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano* 13 (1900), p. 107, cuando afirmaba: “Le *res cottidianae* di Gaio offrono una esposizione elementare del diritto privato, che si può considerare come una elaborazione delle Istituzioni, meno ricca di notizie storiche e di dettagli intorno a istituzioni antiche, ma più completa nella esposizione teorica del diritto vigente e nelle pratiche applicazioni.”

En relación al término aurea, son interesantes las apreciaciones de Mommsen, Th., *Epimetrum, en Collectio librorum iuris anteiustiniani in usum scholarum ediderunt Paulus Krueger, Theodor Mommsen, Guilelmus Studemund*, I, Berolini, apud Weidmannos, 1912, p. LXVII y s.: “*Aureos certe Gaius ipse rerum quotidianarum libros non appellavit. Sed tamen id posteriores operi multum lectitato imposuerunt*”. La misma idea la encontramos en Lenel, O., *Palingenesia* 1, col. 251, nt. 3: “*Aureorum nomen non a Gaio adiectum esse, sed scholarum usui debere veri simile est*”. Por lo demás, Schulz, F., *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1953, p. 167, define la expresión *res cottidianae* como “cottidianus means here rather usual, familiar, common, and *Res cottidianae* are thus the elementary topics of the traditional academic curriculum”. Kaser, “La classicità di Gaio”, *Gaio nel suo tempo*, p. 45, se refiere a estas como “ferro ardente”; Martini, R., “Gaio e le *Res cottidianae*”, *Annali del Seminario Giuridico dell’ Università di Palermo* LV (2012), p. 171ss., señala que el título de la obra no se debe a Gayo, sino a aquellos que se sirvieron fundamentalmente de ella, queriendo significar la importancia de su contenido (*Aurea*) y el hecho de que se tratara de una obra de uso cotidiano, pudiendo ser utilizada tanto por estudiantes como por prácticos.

¹² Sobre la autoría gayana de la obra o su carácter postclásico, Albertario, E., “Sulla Epitome Gai”, *Studi di Diritto Romano* V, Milano, 1937, p. 273 afirmaba que “... non è che una elaborazione postclassica delle Istituzioni gaiane fatta nelle scuole dell’Oriente”. Una exhaustiva relación de la literatura de la primera mitad del siglo XX sobre el tema en Fuhrmann, M., “Zur Entstehung des Veroneser Gaius Textes”, *Zeitschrift der Savigny Stiftung. Romanistische Abteilung* 73 (1956), p. 341 ss., espec. nt. 2. El autor somete a crítica la opinión del prof. Wolf (“Zur Geschichte des Gaiustextes”, *St. Arangio Ruiz* 4 (1953)), para el que tanto las Instituciones de Gayo, como las *res cottidianae* fueron revisiones postclásicas que separaron en distinta medida del original, más recientemente, ver Coma Fort, J.M., *El derecho de obligaciones en las Res cottidianae*, Madrid 1996; el autor plantea al comienzo de su obra las “marcadas diferencias que se observan entre las *institutiones gayanas* y las *res cottidianae*, sobre todo en materia de derecho de obligaciones” (p.13), después de un concienzudo estudio de los textos referidos a la clasificación de las fuentes de las obligaciones, en sus consideraciones finales (p. 211ss), nuestro prematuramente fallecido romanista resaltaba alguno de los argumentos en los que fundaba sus dudas acerca de la autoría gayana (supresión de la *obligatio litteris*, responsabilidad contractual ... etc.); con todo no considera que se pueda establecer al autor de la misma, afirma el profesor Coma “Finalmente, por lo que respecta a la autoría de las *res cottidianae* nada seguro se puede concluir de todos los textos examinados, aunque ya se ha expresado que los indicios para mantener que se trata de una reelaboración posterior a Gayo partiendo de las *institutiones* de este jurista son más que importantes”. Crítico con la opinión de Coma Fort, Falcone, G., *Obligatio est iuris vinculum*, Torino 2003, p. 30 ss., el autor italiano concluye que no hay pruebas suficientes que nos dirijan a negar la autoría gayana de la obra. También partidario de mantener la paternidad gayana de la obra, D’Ors, X., “De Gayo a Justiniano en tema de *consilium fraudis*”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Santa Cruz Teijeiro II*,

detenimiento ha tratado el tema, es Nelson¹³, que en relación a la citada obra señala que el título *res cottidianae* parece darnos una pista acerca del contenido del libro; hace pensar que el autor junto a un libro de introducción, en el que especialmente se tomaban para su discusión en su mayoría aspectos teóricos y generales, como sobre cuestiones de clasificación, definiciones, consideraciones histórico-jurídicas, etc., ha querido presentar a sus discípulos también un compendio en el que se trataron sólo los asuntos jurídicos que ocurren ordinariamente.

El texto lo encontramos en los siguientes fragmentos del Digesto:

D. 41,1,5,2-4. (*Gaius libro secundo rerum cottidianarum sive aureorum*): “2. *Apium quoque natura fera est: itaque quae in arbore nostra conederint, antequam a nobis Alveo concludantur, non magis nostrae esse intelleguntur quam volucres, quae in nostra arbore nidum fecerint. Ideo si alius eas incluserit, earum dominus erit. 3. Favos quoque si quos hae fecerint, sine furto quilibet possidere potest: sed ut supra quoque diximus, qui in alienum fundum ingreditur, potest a domino, si is providerit, iure prohiberi ne ingrederetur. 4. Examen, quod ex Alveo nostro evolaverit, eo usque nostrum esse*”

Valencia 1974, p. 159, nt. 5., con bibliografía sobre el tema; Wieacker, F., Rec. a Nelson en *Zeitschrift der Savigny Stiftung. Romanistische Abteilung* 100 (1983), p. 638 también considera que no hay inconveniente en atribuir la autoría a Gayo “Dagegen sehen wir, mit dem Verf., keinen Grund, warum nicht Gaius selbst nach den Institutionen eine zweite Lehrschrift sollte geschrieben haben (331).” también en este sentido, Schulz, S., *Die Historische Entwicklung des Rechts an Bienen* (§§ 961-964 BGB), Frankfurt a. M., Bern, New York, Paris 1990, p. 6; Kaser, M., *Ius gentium*, Granada, 2002, pp. 119, afirma en relación a la clasicidad de las *res cottidianae*: “Una obra extractada en el Digesto y presentada allí expresamente como obra de Gayo puede pasar por creación de ese autor, en la medida en que no se haya aportado prueba en contrario, y tal cosa no lo ha conseguido hasta el momento la crítica textual”.

Martini, R., “Gaio e le Res cottidianae”, *Annali del Seminario Giuridico dell’ Università di Palermo* LV (2012), p. 171. “Mi sono come prima convinto che il problema non può risolversi in termini così recisi, in quanto, se siamo in presenza di un’opera che ha sicuramente un’impronta gaiana, come rivelano, se non fosse altro, i non pochi passaggi che hanno dei precisi corrispondenti nel manuale istituzionale come vedremo meglio fra poco, non può assolutamente negarsi che in essa abbiano messo le mani per degli aggiornamenti anche altri, e –aggiungerei– in vari momenti di tempo.”

Otros autores consideran esta obra como postclásica; en este sentido ver, Arangio-Ruiz, V., “Ancora sulle res cottidianae. Studio di giurisprudenza postclassica”, *Studi Bonfante I*, Milano, 1930, p. 491 ss., que propone la existencia de dos distintos manuscritos de la obra, uno utilizado en la elaboración del Digesto y otro en la de las Instituciones de Justiniano; también a Wolff, H.J., “Zur Geschichte des Gaiustextes”, *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz IV*, (Nápoli 1953), p. 171 ss. No se manifiesta sobre ello, afirmando que “è un problema centrale ancora irrisolto”, Minici, R., *Modi di acquisto della proprietà iure Gentium in Gaio*, Firenze, 2014, p. 18.

En relación a la importancia de su utilización en la compilación justiniana, señala Ferrini, C., “Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano”, *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano* XIII (1900), p. 107: “Le *res cottidianae* di Gaio offrono una esposizione elementare del diritto privato, che si può considerare come una nuova elaborazione delle Istituzioni, meno ricca di notizie storiche e di dettagli intorno a istituzioni antiche, ma più completa nella esposizione teorica del diritto vigente e nelle pratiche applicazioni.”

¹³ Nelson, H.L.W., *Überlieferung, Aufbau und Stil von Gai Institutiones*, Leiden, 1981. Afirma el autor, p. 331: “Was Gaius betrifft, scheint der Titel *res cottidianae* einen Anhaltspunkt für das so genannte Buch abzugeben. Er lässt vermuten, dass der Autor neben einem Einführungsbuch, in dem besonders die theoretischen und allgemeineren Gesichtspunkte zur Erörterung kamen ..., seinen Schülern auch ein Compendium hat vorlegen wollen, in dem lediglich die “alltäglich vorkommenden Rechtssätze” behandelt wurden”.

*intellegitur, donec in conspectu nostro est nec difficilis eius persecutio est: alioquin occupantis fit*¹⁴.

Quiero limitarme en este trabajo, dada la naturaleza del mismo, a estos tres párrafos del fragmento 5. Se trata de un fragmento más extenso perteneciente al título 1 del libro 41, en el que se analizan los modos de adquirir la propiedad.

Ha diferenciado Gayo en un fragmento anterior entre modos de adquirir de derecho civil y de derecho de gentes¹⁵; al tratar de estos últimos, al primero al que dedica su atención es al de la ocupación, en particular la adquisición de la propiedad sobre los animales.

Se posiciona Gayo en estos párrafos en un tema que fue objeto de discusión entre los juristas romanos: el de la naturaleza salvaje o no de las abejas¹⁶.

La discusión doctrinal aparece recogida en un fragmento de la *Mosaicarum et Romanarum legum collatio*.

Coll. 12,7,10: *Item Celsus libro XXVII digestorum scribit : si, cum apes meae ad tuas advolassent, tu eas exusseris, quosdam negare competere legis Aquiliae actionem, inter quos et Proculum, quasi apes domini mei non fuerint. Sed id falsum esse Celsus ait, cum apes revenire soleant et fructui mihi sint. Sed Proculus eo movetur, quod nec mansuetae nec ita clausae fuerint. Ipse autem Celsus ait nihil inter has et columbas interesse, quae, si manum refugiunt, domi tamen fugiunt*¹⁷.

En este fragmento se pueden ver claramente las diferentes posiciones mantenidas por los juristas Próculo y Celso (hijo)¹⁸. Próculo considera su naturaleza

¹⁴ Trad.: “También es salvaje la naturaleza de las abejas; así, pues, las que se hubieran posado en un árbol de mi propiedad, antes de que las encerraras en una colmena, no se entiende que sean más nuestras que las aves que hubieran hecho el nido en nuestro árbol; por tanto, si alguien las captura se hace propietario de ellas. También puede cualquiera tomar posesión, sin cometer hurto, de los panales que hicieron las abejas... El enjambre que hubiera salido volando de nuestra colmena se entiende que es nuestro en tanto sigue a nuestra vista y no resulta difícil su persecución; si no, se hace de quien lo ocupe.” (*Gai. 2 rer. cott. sive aurea.*)

¹⁵ En sus Instituciones (*Gai. 2,65*), Gayo distingue entre modos de derecho natural y de derecho civil. En cualquier caso, en mi opinión, Gayo utiliza indistintamente en este caso ambas denominaciones; de hecho, cuando en *D.41,1,1,pr.* Se refiere al derecho de gentes, especifica que es aquel que “*ratione naturali inter omnes homines peraeque servatur*”. Esta expresión *ratione naturali*, aparece en *Gai. 2,66* para referirse al contenido del derecho natural.

¹⁶ García Garrido, M.J., “Derecho a la caza y ‘*Ius prohibendi*’ en Roma”, *AHDE* 26 (1956), p. 269 ss., tras una revisión de distintos fragmentos, distingue tres grupos de animales: A) Animales fieros o salvajes (*fera bestiae*); B) Animales amansados o domesticados (*mansuetae* o *mansuefactae*), y C) Animales domésticos (*quorum non est fere natura*). Ver también sobre el tema Polo Toribio, G., “Abejas, Enjambre, Colmena: Evolución histórico-jurídica a la luz del Fuero de Cuenca”, en *Actas del V Congreso Iberoamericano y II Congreso Internacional de Derecho Romano*, Madrid 2001.

¹⁷ Trad.: “Igualmente Celso en el libro XXVII de los digestos escribe que si, habiendo volado mis abejas hacia las tuyas, tú las quemaras, algunos niegan que compete la acción de la ley Aquilia, entre los cuales también Próculo como si las abejas no fueran de mi propiedad. Pero Celso afirma que eso es falso puesto que las abejas suelen regresar y me rinden fruto. Pero Próculo se mueve por esto: porque ni fueron domesticadas ni tampoco encerradas. Mas el mismo Celso afirma que nada distingue a éstas de las palomas, las cuales, si bien rehúyen la mano, no obstante, se refugian en casa.”

¹⁸ No deja de llamar la atención la diferente posición adoptada por los que han sido considerados los máximos representantes de la escuela proculeyana; ello nos debe hacer reflexionar acerca del verdadero alcance de la confrontación existente entre las diferentes escuelas jurídicas en Roma. En un

salvaje, razón por la que al escaparse se convertían en *res nullius*, no siendo posible por consiguiente el ejercicio de la acción de la ley Aquilia; por el contrario, Celso parece incluirlas entre los amansados, porque “*revenire soleant*”, asimilándolas a las palomas¹⁹.

Esta misma idea de Celso, fue mantenida después por Gayo:

Gai. 2,68: *In iis autem animalibus, quae ex consuetudine abire et redire solent, ueluti columbis et apibus, item ceruis, qui in siluas ire et redire solent, talem habemus regulam traditam, ut si reuertendi animum habere desierint, etiam nostra esse desinant et fiant occupantium: reuertendi autem animum uidentur desinere habere, cum reuertendi consuetudinem deseruerint.*

El texto, según D’Ors²⁰, no aclara explícitamente ni en qué consiste ni cómo puede probarse este *animus revertendi*, si bien indirectamente se puede concluir que

trabajo anterior [Buigues Oliver, G., “Algunas consideraciones sobre la *condictio* en Aristón”, *Revista General de Derecho Romano* 25 (2015)], tuve ocasión de poner de relieve esta idea en relación a la figura de Aristón, resaltando el antidogmatismo que caracterizaba a este jurista de la época de Trajano; afirmaba en el citado artículo: “En cualquier caso, la doctrina ha presentado a Aristón como a un jurista al que resulta difícil adscribir de modo indubitado a una determinada corriente de pensamiento, a pesar de que estuvo en contacto con ellas y era conocedor de su doctrina. De hecho, el mismo Plinio, tras verter sobre él las alabanzas y virtudes a las que antes hemos hecho referencia, pone de manifiesto el hecho de que en ocasiones Aristón duda ante los argumentos esgrimidos en favor o en contra de alguna cuestión; en este sentido, Frezza lo considera perteneciente a la escuela proculeyana a pesar de haber sido discípulo de Casio Longino, este último perteneciente a la escuela sabiniana. Por otra parte, distintos autores han puesto de relieve la vinculación de Aristón con Labeón; todo ello no hace sino poner de manifiesto la independencia y espíritu crítico de nuestro jurista. Quizá como consecuencia de lo hasta ahora expuesto, Scarano Ussani habla del antidogmatismo como una de las señas de identidad del pensamiento de Aristón, al cual pone en relación con los escépticos de la Academia.”. Este fragmento de la *Collatio* es otra de las muestras del contraste de pareceres existente entre los juristas del Principado, sin que el hecho de estar adscritos a una determinada corriente doctrinal merme en modo alguno su libertad de pensamiento.

Este antidogmatismo era una característica que podría predicarse en general del conjunto de la jurisprudencia romana. Sirva como ejemplo de ello un fragmento –en el que tendremos más adelante ocasión de detenernos– en el que las figuras más emblemáticas de las dos grandes escuelas jurisprudenciales: Sabino y Proculo, comparten con toda naturalidad opinión frente a otros dos conspicuos integrantes, Nerva y Casio, de las dos escuelas.

D. 25,2,1. (*Paulus 7 ad Sabinum*): *Rerum amotarum iudicium singulare introductum est adversus eam quae uxor fuit, quia non placuit cum ea furti agere posse: quibusdam existimantibus ne quidem furtum eam facere, ut Nerva Cassio, quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret: aliis, ut Sabino et Proculo, furto quidem eam facere, sicut filia patri faciat, sed furti non esse actionem constituto iure, in qua sententia et Iulianus rectissime est.*

¹⁹ Esta costumbre de volver (*animus revertendi*) fue descrita detalladamente por Varrón, *De re rustica* 3,7,6-7: *Item quae fetae sunt, certum locum ut disclusum ab aliis rete habeat, quo transferantur, e quo foras ex peristerone evolare possint matres. Quod faciunt duabus de causis: una, si fastidiunt aut inclusae consenescent, quod libero aere, cum exierint in agros, redintegrentur; altera de causa propter inlicium. Ipsae enim propter pullos, quos habent, utique redeunt, nisi a corvo occisae aut ab accipitre interceptae. 7. Quos columbarii interficere solent duabus virgis viscatis defictis in terra inter se curvatis, cum inter eas posuerint obligatum animal, quod petere soleant accipitres, qui ita decipiuntur, cum se obleverunt visco. Columbas redire solere ad locum licet animadvertere, quod multi in theatro e sinu missas faciunt, atque ad locum redeunt, quae nisi reverterentur, non emitterentur.*

²⁰ D’Ors X., “De Gayo a Justiniano en tema de ‘*Consilium fraudis*’ (Sobre D.40,9,10.-I.1,6,3.)”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Santa Cruz Teijeiro II*, Valencia 1974, p. 162

existe *animus revertendi*²¹ mientras vuelven. En cualquier caso, Gayo equipara el *animus revertendi* con la costumbre de irse y regresar.

El fragmento anterior de las Instituciones realiza alguna precisión que puede ayudarnos a entender mejor este fragmento:

Gai. 2,67: *Itaque si feram bestiam aut uolucrum aut piscem ceperimus, simul atque captum fuerit hoc animal, statim nostrum fit, et eo usque nostrum esse intellegitur, donec nostra custodia coerceatur; cum uero custodiam nostram euaserit et in naturalem se libertatem receperit, rursus occupantis fit, quia nostrum esse desinit: naturalem autem libertatem recipere uidetur, cum aut oculos nostros euaserit, aut licet in conspectu sit nostro, difficilis tamen eius persecutio sit.*

Gayo, nos ofrece en este fragmento criterios de distinción entre unos animales y otros, al negar a los fieros el *animus revertendi*, por lo que al escaparse recobran la libertad natural, haciéndose de quien los ocupa. El gran maestro de derecho, llega a establecer el criterio para decidir si se ha adquirido la libertad natural, afirmando que este hecho se produce cuando escapan a la vista de su titular, o aun estando a la vista su persecución es dificultosa.

Gayo parece incurrir en una cierta contradicción al afirmar que la naturaleza salvaje de las abejas no debe ser puesta en duda por el hecho de que tengan la costumbre de ir y volver, tal como afirma en otro lugar de sus *res cottidianae*²², en el que se refiere también a los pavos, las palomas e incluso los ciervos.

3.2. Justiniano

Esta misma idea pasó a las Instituciones de Justiniano, si bien con una matización no sin importancia:

I. 2,1,14.: *Apium quoque natura fera est. itaque quae in arbore tua consederint, antequam a te alveo includantur, non magis tuae esse intelleguntur, quam volucres quae in tua arbore nidum fecerint: ideoque si alius eas incluserit, is earum dominus erit favos quoque si quos hae fecerint, quilibet eximere potest. plane integra re, si provideris ingredientem in fundum tuum, potes eum iure prohibere, ne ingrediatur. examen quod ex alveo tuo evolaverit eo usque tuum esse intellegitur donec in conspectu tuo est nec difficilis eius persecutio est: alioquin occupantis fit*²³.

²¹ Por su parte, Camacho de los Ríos, F., “Occupatio apis”, *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante* 5 (1990), p. 54, considera más preciso el término *habitus* que *animus*; afirma el autor “Ciertamente quizá sea excesivo, desde un punto de vista exclusivamente filosófico, el atribuir a los animales, seres evidentemente carentes de raciocinio, la capacidad del *animus* como una manifestación libre y racional de voluntad, mientras que creemos más idóneo el término *habitus* para indicar ese comportamiento reflejo que, más que nacer de un análisis racional de una alternativa, se basa en las leyes naturales que informan un comportamiento.” Sin entrar a valorar, siguiendo las palabras del autor, filosóficamente el concepto, lo cierto es que las fuentes hablan de *animus revertendi*, sin utilizar la expresión *habitus* para referirse al comportamiento de estos animales.

²² D.41,1,5,5.

²³ Trad.: “I. 2,1,14.: También es salvaje la naturaleza de las abejas: y así, las que se hubieran posado en tu árbol, antes que por ti sean encerradas en la colmena, no se reputa que son más tuyas que las aves que en tu árbol hubieran hecho un nido: y, por tanto, si otro las hubiere encerrado, éste será su dueño. y también puede cualquiera quitarles los panales, si hubieren hecho. Pero si, intacta la cosa,

Este fragmento insiste en el carácter salvaje de las abejas, si bien establece una importante precisión: el hecho de haber sido encerradas o no en una colmena; en caso de no haberlo sido, no se considera que son propiedad del dueño del árbol, por lo que si alguien se apodera del enjambre y lo encierra en una colmena se hace propietario de él.

En relación a la frase “*donec in conspectu nostro est nec difficilis eius persecutio est*”, que aparece tanto en D.41,1,5,4., como en el fragmento que acabamos de citar de las Instituciones de Justiniano, se plantea Schulz²⁴ si la dificultad en la persecución debe entenderse como un impedimento objetivo o si depende del punto de vista del perseguidor. En su opinión, *in conspectu est y difficilis persecutio* no constituyen rasgos independientes de la permanencia del derecho de propiedad, sino que más bien uno delimita al otro. Por otra parte, el autor propone una reflexión acerca de la posible intención de Gayo de formular una regla general válida²⁵.

3.3. Edad Media y Moderna

En cualquier caso, se trata de una idea que se ha mantenido a lo largo de las diferentes épocas. Así lo podemos ver en un fragmento de Las Partidas²⁶.

Partidas. 3,28,22.: Abejas son como cosas salvajes y por ende dezimos que si enjambre dellas posare en arbol de algun ome, que non pueda dezir que son suyas fasta que las encierre en colmena o en otra cosa: bien assi como non pueden dezir que son suyas las aves que possassen y fasta que las prissiese. E esso mismo dezimos que seria de los panales, que las abejas fiziessen en árbol de alguno; que non los debe tener por suyos, en quanto estoviesen y, fasta que los tome ende, e los lieve. Ca si acaesciese que viniesse otro alguno, e las levase ende serian suyos; fueras ende si estoviese el delante quando las quisiese levar, e gelo defendiese. Otrosi dezimos que si el enxambre de las abejas bolare de las colmenas de alguno ome e se fuere, si el señor dellas las perdiere de vista e fueren tan alongadas del, que las non pueda prender ni seguir, pierde por ende el señorío que avia sobre ellas, e gánalas quien quier que las prenda, e las encierre primeramente.

Con anterioridad, este texto de las Partidas lo hallamos recogido en el Fuero Real, con algunas precisiones que pasaremos a analizar²⁷:

Fuero Real 3,4,17: Maguer abejas que ensambren suban en árbol de alguno, si otro las tomare o las encerrare ante que el duenño del árbol, las pueda aver maguer que en el árbol fagan ensambre; pero el señor del árbol pueda defender a todo ome que non entre en lo suyo ante que las abejas sean presas o encerradas, fueras ende al señor de cuya colmena

hubieras visto antes al que entraba en tu fundo, podrás con derecho prohibirle que entre. El enjambre que hubiere volado de tu colmena, se entiende que es tuyo mientras se halla a tu vista y no es difícil su persecución, pues en otro caso se hace del que lo ocupe.

²⁴ Schulz, “Die historische Entwicklung”, p 18.

²⁵ Schulz, “Zu bedenken ist weiterhin, dass Gaius die Absicht hatte, eine allgemein gültige Regel aufzustellen”, p. 19.

²⁶ Utilizo la edición de Las Siete Partidas glosadas por Gregorio López, Madrid 1843. Sobre la dificultad de datar la redacción de las siete partidas en General y de la tercera en particular, ver García Gallo, A., “Nuevas observaciones sobre la obra legislativa de Alfonso X”, *AHDE* 46 (1976), p. 635.

²⁷ Utilizo la edición de Opúsculos Legales del rey Don Alfonso el sabio, publicados y cotejados con varios códices antiguos por la Real Academia de la Historia, T. II, Madrid 1836

salieron las abejas viniendo en pos de ellas; ca este mientras va tras sus abejas por las cobrar non pierde el derecho que en ellas avie. Et esto mismo mandamos que si pavones o ciervos, o otras aves o bestias que son bravas por natura fuxieren en manera que sean en su salvo, mandamos que las aya quien se las tomare, si el señor cuyas fueron non va en pos de ellas: mas si gallinas o ánsares o otras cosas que no son bravas de natura fuxieren a su señor, ayalas su señor cuando quier que las fallare.

Ambos textos presentan evidentes semejanzas, si bien podemos observar cómo, fundamentalmente en el Fuero Real, se realizan algunas precisiones que creo interesante poner de relieve. Mientras que en el fragmento de las Partidas se afirma de modo conciso que las abejas son “como cosas salvajes”, en el texto del Fuero Real, se distingue, como más adelante comentaremos, entre bestias de naturaleza brava, de aquellas otras que no lo son.

Matiza el Fuero Real en relación a las Partidas, al hablar de la posibilidad del propietario del árbol donde está el enjambre de prohibir la entrada a aquella persona que se introduzca en su fundo para apoderarse de las abejas, señalando que quedará exceptuado el caso de que fuera el propietario de la colmena, de donde salieron las abejas, el que las persiga, pues mientras persigue las abejas –se afirma en el Fuero Real– no pierde el derecho que sobre ellas tiene.

Todavía realiza el Fuero Real una última diferenciación entre dos grupos de animales; por un lado, los pavones, ciervos u “otras aves o bestias que son bravas por natura” (entre las que se encontrarían las abejas) y, por otro, las gallinas o ánsares que no son bravas. Respecto de las primeras afirma que, si huyen de manera que “sean en su salvo”, cualquiera que las coja se haga propietario de las mismas si su propietario ha abandonado su persecución; en relación a los segundos no pueden ser objeto de apropiación por quien los encuentre en caso de que hayan huido. Curiosamente, en este punto, las Partidas y el Fuero Real no parecen poner el énfasis en el mismo criterio; mientras que en las Partidas se afirma que se considera que el propietario ha perdido su derecho cuando las pierde de vista o están tan lejos que ya no las puede seguir ni coger, en el Fuero Real se utiliza un criterio aparentemente de carácter subjetivo cual es el de que el propietario haya abandonado su persecución o ni siquiera la haya iniciado.

Es evidente la influencia de lo dispuesto en las Instituciones de Justiniano, cuyo contenido se reproduce en muchos casos literalmente, en estos fragmentos manteniendo vigente por tanto la regulación romana en relación a la adquisición de la propiedad sobre las abejas²⁸.

3.4. Regulación actual

Después de esta breve revisión histórica llegamos a la regulación actual, en el artículo 612 del Código Civil:

²⁸ La misma idea la encontramos también en un pasaje de los Furs de Valencia, obra algo posterior a las Partidas. Furs. 9,12,1: “Si les oques, o les gallines ols pahons dalcu per alcun cas feran trobats, e fugiran, o volaran a altre lloch jatsia ço quel senyor de qui seran no les veura tan lluny seran fuites, o hauran volat gens per aço no roman que en qualque lloch sien que no sien del senyor de qui eren quant fusqueren o quant volaren”.

“El propietario de un enjambre de abejas tendrá derecho a perseguirlo sobre fundo ajeno, indemnizando al poseedor de éste el daño causado. Si estuviese cercado, necesitará el consentimiento del dueño para penetrar en el.

Cuando el propietario no haya perseguido, o cese de perseguir el enjambre dos días consecutivos, podrá el poseedor de la finca ocuparlo o retenerlo.

El propietario de animales amansados podrá también reclamarlos dentro de veinte días, a contar desde su ocupación por otro. Pasado este término, pertenecerán al que los haya cogido y conservado”.

Siguiendo con la tradición romana, nuestro Código civil parece considerar las abejas entre los animales salvajes, ya que dedica el último párrafo específicamente a los animales amansados, negando dicha consideración, por tanto, a las abejas.

El derecho a perseguir y apoderarse el enjambre va unido al hecho de la identificabilidad del mismo, tal como señala Mucius Scevola, “La facultad de perseguir el enjambre y conservar su dominio aun habiendo cesado la persecución, ínterin no transcurran dos días, depende del hecho de verificarse la emigración de las abejas en agrupaciones compactas, perfectamente individualizables, y que por esto mismo permiten aseverar la identidad en esa especie de reivindicación consagrada por el art. 612.”²⁹

Ciertamente lo que se reclama es una universalidad, no los individuos que la forman aisladamente; salvando las distancias, el supuesto podría asemejarse a la posibilidad de reclamar la herencia en su conjunto. Las abejas una a una no sería posible reivindicarlas, ya que no es posible identificarlas individualmente; por esta razón se ha insistido siempre en la necesidad de que el propietario no deje de perseguir el enjambre, utilizando expresiones como que esté a nuestra vista y otras similares.

En relación a esta posibilidad de reivindicar el enjambre, señala Moreu³⁰, que la negativa por parte del dueño de la finca a permitir la entrada al dueño del enjambre podría constituir un supuesto de abuso de derecho, permitiendo la reivindicabilidad del enjambre más allá del plazo de dos días.

El artículo 612 de nuestro actual Código civil reproduce de forma prácticamente literal, salvo algunas pequeñas modificaciones³¹ el artículo 609 del Anteproyecto³² de 1888.

²⁹ Mucius Scaevola, *Código Civil Comentado y concordado extensamente y totalmente revisado y puesto al día por Francisco Ortega Lorca*, 5ª, XI, I, Madrid 1943, p. 360.

³⁰ AA.VV., *Código Civil comentado Vol. II, Libro III, De los diferentes modos de adquirir la propiedad (Arts. 609 a 1087)*, Cizur Menor 2011, p. 62.

³¹ Sigo la edición de Peña Bernaldo de Quirós, M., *El anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)* 2ª ed., Madrid, 2006; el tenor del citado artículo 609 sería “El propietario de un enjambre de abejas tendrá derecho a perseguirlo sobre el fundo ajeno, indemnizando al poseedor de éste el daño causado.

Cuando el propietario no haya perseguido o cese de perseguir el enjambre dos días consecutivos, podrá el poseedor del fundo ocuparlo o retenerlo.

El propietario de animales amansados podrá también reclamarlos dentro de veinte días. Pasado este término, pertenecerán al que los haya cogido y conservado”.

Por el contrario, no encontramos rastro del mismo en el Proyecto de 1851³³; la razón de ello está en la influencia fundamental del Código civil francés en este proyecto, que no contemplaba la ocupación entre los modos de adquirir la propiedad; el artículo 548 del proyecto afirmaba: “La propiedad se adquiere por herencia, contrato y prescripción”. El autor de las concordancias y comentarios, ponía claramente de manifiesto la influencia del código galo, así como los herederos de éste (p. ej. Luisiana), en la redacción del citado artículo³⁴.

La autorización para perseguir el enjambre recogida en el primer párrafo del art. 612 la podemos encontrar también en el art. 22.2 de la Ley de caza de 1970, que señala: “El cazador que hiera una pieza en terreno donde le sea permitido cazar, tiene derecho a cobrarla, aunque entre en propiedad ajena. Cuando el predio ajeno estuviere cercado o sometido a régimen cinegético especial, necesitará permiso del dueño de la finca, del titular del aprovechamiento o de la persona que los represente. El que se negare a conceder el permiso de acceso estará obligado a entregar la pieza herida o muerta, siempre que fuere hallada y pudiere ser aprehendida.”³⁵. El párrafo cinco de este mismo artículo precisa cuando debe entenderse que la pieza de casa es perseguida³⁶; el texto legal establece dos requisitos: por una parte que efectivamente la persiga, por tanto se trata de un requisito de carácter objetivo; por otra que haya una razonable posibilidad de cobrarla; este segundo requisito presenta mayor dificultad de apreciación; es fácilmente imaginable que para el cazador que ha “levantado” la pieza será más difícil admitir que no puede razonablemente cobrarla, que para, por ejemplo, el dueño de la finca en la que se ha introducido el animal.

Como se puede observar, el primero de los requisitos lo encontramos también en el artículo 612 del Código, mientras que el segundo no. No deja de resultar curioso que este segundo requisito sí que lo veamos, de alguna manera, recogido tanto en Las Partidas cuando habla de “si el señor dellas las perdiere de vista e fueren tan alongadas del, que las non pueda prender ni seguir”, como en las Instituciones de Justiniano al concluir que: “*examen quod ex alveo tuo evolaverit eo usque tuum esse intellegitur donec in conspectu tuo est nec difficilis eius persecutio est: alioquin occupantis fit*”³⁷.

³² En relación a si es más correcto el título de Anteproyecto o el de Proyecto, me remito a la explicación dada por el autor de la edición citado en la nota anterior, en el sentido de que a la obra en su conjunto y desde el punto de vista del Código Civil vigente es más adecuado el nombre de Anteproyecto, p. 5, nt. 1.

³³ Sigo la edición de 1852 del mismo con Concordancias, motivos y comentarios realizada por Florencio García Goyena, según la reimpression de la misma realizada por el profesor Lacruz Berdejo, Zaragoza 1974.

³⁴ El actual Código civil francés mantiene el mismo contenido. Artículo 711.: La propiedad de los bienes se adquiere y transmite por sucesión, por donación inter vivos o testamentaria y por efecto de las obligaciones. Artículo 712: La propiedad se adquiere también por accesión o incorporación y por prescripción.

³⁵ El texto aparece reproducido en el Reglamento para la ejecución de la Ley, aprobado el 25 de marzo de 1971, en su artículo 24.

³⁶ Art. 22.5: “Se entenderá que una pieza de caza es perseguida cuando el cazador que la levantó con o sin ayuda de perro u otros medios, vaya en su seguimiento y tenga una razonable posibilidad de cobrarla”.

³⁷ I. 2,1,14.

Vemos, por tanto, que podemos afirmar sin temor a exagerar que hay en relación al tema objeto de las presentes líneas una evidente continuidad en la línea argumental de los juristas y legisladores desde Roma hasta nuestros días, haciéndose realidad lo afirmado al comienzo de estas líneas en relación a esta segunda vida del Derecho Romano a la que los profesores Vinogradoff y Floris de Margadant se referían.

No puedo por menos para finalizar este trabajo, humilde aportación al homenaje al prof. Gómez Royo, que hacer alguna mención al producto por el que las abejas han merecido tanto detenimiento por parte de doctrina y legislador, la miel; y me voy a valer de una referencia a la traducción realizada por Quevedo³⁸ a la obra de San Francisco de Sales, *Introducción a la vida devota*:

“Conocerás la amistad mundana entre la santa y virtuosa, como se conoce la miel de Heraclea entre la otra. La miel de Heraclea es más dulce a la boca que la ordinaria, a causa del acónito, que le da aún mayor dulzura, y la amistad mundana produce ordinariamente gran cantidad de palabras azucaradas, con una junta de ciertos motes apasionados, y alabanzas fundadas en la hermosura, en la gracia y en las cualidades sensuales. Pero la amistad santa tiene un lenguaje simple y noble, y no puede alabar sino la virtud y gracia de Dios, único fundamento sobre el cual se funda”.

Apéndice bibliográfico

- AA.VV., *Código Civil comentado*, II., Cizur Menor, 2011.
- Albertario, E., “Sulla Epitome Gai”, *Studi di Diritto Romano* V, Milano, 1937.
- Arangio-Ruiz, V., “Ancora sulle res cottidianae. Studio di giurisprudenza postclassica”, *Studi Bonfante* I, Milano, 1930.
- Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, 4ª reimp, Madrid, 2005.
- Buigues Oliver, G., “Algunas consideraciones sobre la *condictio* en Aristón”, *Revista General de Derecho Romano* 25 (2015).
- Camacho de los Ríos, F., “Occupatio apis”, *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante* 5 (1990).
- Casavola, F., “Gaio nel suo tempo”, *Gaio nel suo tempo, Atti del simposio romanistico internazionale*, Napoli, 1966.
- Casinos Mora, F.J., “Nueve siglos de romanismo jurídico”, *Rivista di diritto romano, revista electrónica* (<http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/index.html>) II, 2002.
- Cicerón, M.T., *De Amicitia*, Madrid, 1975.
- Coma Fort, J.M., *El derecho de obligaciones en las Res cottidianae*, Madrid, 1996.
- D’Ors X., “De Gayo a Justiniano en tema de ‘Consilium fraudis’ (Sobre D.40,9,10.-I.1,6,3.)”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Santa Cruz Teijeiro* II, Valencia, 1974.
- Falcone, G., *Obligatio est iuris vinculum*, Torino 2003.
- Fernández Barreiro, A.,
- “Revitalización de la idea de un derecho común europeo”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos de la Universidad de Valparaíso*, 1989-1990.
 - “El derecho común como componente de la cultura jurídica europea”, *Seminarios Complutenses de Derecho romano*, III, 1991.
 - *La tradición romanística en la cultura jurídica europea*, Madrid 1992.

³⁸ Sigo la selección de fragmentos con notas y noticias de la vida y escritos de Quevedo llevada a cabo por Eugenio de Ochoa, *Obras escogidas de D. F. de Quevedo y Villegas*, Paris 1842, pp. 19 ss.

- “‘Obligatio’ y ‘Conventio’. Tradición romanística y recepción”, *Actas de II Congreso iberoamericano de Derecho Romano*, Murcia, 1998.
- Fernández Barreiro, A. y Paricio Serrano, J., *Historia del Derecho romano y su recepción europea*, Madrid, 2014.
- Fernández de Bujan, A. “Ciencia jurídica europea y Derecho comunitario: Ius romanum. Ius commune. Common law. Civil law”, *Glossae. European Journal of Legal History* 13 (2016).
- Ferrini, C., “Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano”, *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano* XIII (1900).
- Floris de Margadant, G., *La segunda vida del derecho romano*, México, 1986.
- Fuhrmann, M., “Zur Entstehung des Veroneser Gaius Textes”, *Zeitschrift der Savigny Stiftung. Romanistische Abteilung* 73 (1956).
- García Gallo, A., “Nuevas observaciones sobre la obra legislativa de Alfonso X”, *AHDE* 46 (1976).
- García Garrido, M.J., “Derecho a la caza y “Ius prohibendi” en Roma”, *AHDE* 26 (1956).
- García Goyena, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Zaragoza, 1974.
- Hespanha, A.M., *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*, Madrid, 1998.
- Hinestrosa, F., “Derecho romano, tradición romanista y América Latina”, *Revista de Derecho Privado* 25 (julio-diciembre, 2013).
- Honoré, A.M., *Gaius*, Oxford, 1962.
- Kaser, M.,
 - “La classicità di Gaio”, *Gaio nel suo tempo, Atti del simposio romanistico internazionale*, Napoli, 1966.
 - *Ius gentium*, Granada 2002.
- Kunkel, W., *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, Nachdruck der Ausgabe von 1967, Böhlau Verlag, Köln – Weimar, 2001.
- Kunkel, W., *Historia del derecho romano*, Barcelona, 1979.
- Labruna, L., Baccari, M.P., Cascione, C. (eds.), *Tradizione romanistica e costituzione*, Nápoles, 2006.
- López Gregorio, *Las Siete Partidas glosadas*, Madrid, 1843.
- Martini, R., “Gaio e le Res cottidianae”, *Annali del Seminario Giuridico dell’ Università di Palermo* LV (2012).
- Minici, R., *Modi di acquisto della proprietà iure Gentium in Gaio*, Firenze, 2014.
- Mirow, M.C., “La tradición romanística en los Estados Unidos con una nota sobre el Estado de la Florida”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* [Sección Historia del Derecho de América] XXXII (2010).
- Mommsen, Th., Epimetrum, en *Collectio librorum iuris anteiustiniani in usum scholarum ediderunt Paulus Krueger, Theodorus Mommsen, Guilelmus Studemund*, vol. I, Berolini, apud Weidmannos, 1912.
- Mucius Scaevola, *Código Civil Comentado y concordado*, XI, I, Madrid, 1943.
- Nelson, H.L.W., *Überlieferung, Aufbau und Stil von Gai Institutiones*, Leiden, 1981.
- Obarrio Moreno, J.A.,
 - *Estudios de tradición romanística: El proceso en el Derecho foral valenciano*, Valencia, 2002.
 - *Estudios de tradición romanística: Tutela et Curatela*, Madrid 2011.
 - “La *cessio bonorum* en la tradición jurídica medieval”, *RGDR*, 26 (2016), pp. 1-40.
 - “La rúbrica *De decreto ad alineanda Universitatis bona* en la tradición jurídica tardo-medieval”, *RGDR*, 24 (2015) pp. 1-50.
- Ochoa, Eugenio de, *Obras escogidas de D. F. de Quevedo y Villegas*, Paris 1842.
- Opúsculos legales del rey don Alfonso el Sabio publicados y cotejados con varios códigos antiguos por la Real Academia de la Historia. Tomo II}, url = {<http://www.cervantesvirtual.com/obra/opusculos-legales-del-rey-don-alfonso-el-sabio-publicados-y-cotejados-con-varios-codices-antiguos-por-la-real-academia-de-la-historia>}
- Orestano, R., voz Gaio, *Novissimo Digesto Italiano*, VII.

- Peña Bernaldo de Quirós, M., *El anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)* 2ª ed., Madrid, 2006.
- Perozzi, S., “Se la relazione sulle opinini dei Sabiniani e dei Proculiani in D.41.1.7 § 7 sia di Gaio”, *Scritti Giuridici I. Proprietà e Possesso*, Milano, 1948.
- Pescani, P., “Difesa minima di Gaio”, *Gaio nel suo tempo, en Atti del simposio romanistico internazionale*, Napoli, 1966
- Polo Toribio, G., “Abejas, Enjambre, Colmena: Evolución histórico-jurídica a la luz del Fuero de Cuenca”, *Actas del V Congreso Iberoamericano y II Congreso Internacional de Derecho Romano*, Madrid, 2001.
- Salazar Revuelta, M., “Formación en el Derecho Romano y en la tradición romanística del principio de la buena fe y su proyección en el derecho comunitario europeo”, *Revista internacional de Derecho romano*, abril, 2015.
- Schulz, F., *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1953.
- Schulz, S., *Die Historische Entwicklung des Rechts an Bienen (§§ 961-964 BGB)*, Frankfurt a. M., Bern, New York, Paris 1990.
- Silva Vallejo, J.A., “El Derecho Romano”, *Revista Jurídica ‘Docentia et Investigatio* 6, 2 (2004).
- Vinogradoff, P., *Roman Law in Medieval Europe*, London-New York, 1909.
- Wieacker, F., “*Rec a Nelson (Überlieferung, Aufbau und Stil von Gai Institutiones)*”, *Zeitschrift der Savigny Stiftung. Romanistische Abteilung* 100 (1983).
- Wolff, H.J., “Zur Geschichte des Gaiustextes”, *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz IV*, Napoli, 1953.