

**Antonio Fernández de Buján y Fernández (Director)**  
**Raquel Escutia Romero (Coeditora)**  
**Gabriel M. Gerez Kraemer (Coeditor)**

**HACIA UN  
DERECHO ADMINISTRATIVO,  
FISCAL Y MEDIOAMBIENTAL  
ROMANO IV**

*Volumen I*

*Derecho Administrativo y Derecho Medioambiental*





**HACIA UN DERECHO  
ADMINISTRATIVO, FISCAL  
Y MEDIOAMBIENTAL ROMANO IV**

*Volumen I*

*Derecho Administrativo y Derecho Medioambiental*

## Consejo Editorial

### *Colección Derecho Romano y Cultura Clásica*

#### *Director*

Fernández de Buján y Fernández, Antonio

*Catedrático de Derecho Romano, Universidad Autónoma de Madrid*

#### *Consejo editorial*

- |  |  |
|--|--|
| Agudo Ruiz, Alfonso<br><i>Catedrático de Derecho Romano, Universidad de La Rioja</i>                       | Malavé Osuna, Belén<br><i>Titular de Derecho Romano, Universidad de Málaga</i>                     |
| Alburquerque, Juan Miguel<br><i>Catedrático de Derecho Romano, Universidad de Córdoba</i>                  | Metro, Antonio<br><i>Catedrático de Derecho Romano, Universidad de Messina</i>                     |
| Amarelli, Francesco<br><i>Catedrático de Derecho Romano, Universidad de Nápoles</i>                        | Mollá Nebot, Sonia<br><i>Titular de Derecho Romano, Universidad de Valencia</i>                    |
| Amelotti, Mario<br><i>Catedrático de Derecho Romano, Universidad de La Rioja</i>                           | Musumeci, Francesco<br><i>Catedrático de Derecho Romano, Universidad de Catania</i>                |
| Andrés Santos, Francisco<br><i>Catedrático de Derecho Romano, Universidad de Valladolid</i>                | Novkirishka, Malina<br><i>Catedrática de Derecho Romano, Universidades de Sofía y Plovdiv</i>      |
| Blanch Nougés, Juan M.<br><i>Catedrático de Derecho Romano, Universidad de San Pablo- Ceu</i>              | Obarrio Moreno, Juan Alfredo<br><i>Catedrático de Derecho Romano, Universidad de Valencia</i>      |
| Diliberto, Oliviero<br><i>Catedrático de Derecho Romano, Universidad La Sapienza, Roma</i>                 | Orellana Cano, Ana<br><i>Magistrada. Académica de Número de Jurisprudencia y Legislación</i>       |
| Corbino, Alessandro<br><i>Catedrático de Derecho Romano, Universidad Catania</i>                           | Ortuño, María Eugenia<br><i>Catedrática de Derecho Romano, Universidad de Barcelona</i>            |
| Di Palma, Antonio<br><i>Catedrático de Derecho Romano, Universidad de Nápoles</i>                          | Pérez Álvarez, Pilar<br><i>Catedrático de Derecho Romano, Universidad Autónoma de Madrid</i>       |
| Escudero, José Antonio<br><i>Catedrático. Académico de Jurisprudencia y Legislación</i>                    | Piro, Isabela<br><i>Catedrática de Derecho Romano, Universidad de Catanzaro</i>                    |
| Fernández de Buján, Federico<br><i>Catedrático de Derecho Romano, UNED</i>                                 | Ricart, Encarnación<br><i>Catedrática de Derecho Romano, Universidad de Tarragona</i>              |
| Fernández- Tresguerres, Ana<br><i>Notaria, Académica de Jurisprudencia y Legislación</i>                   | Rodríguez Ennes, L.<br><i>Catedrático de Derecho Romano, Universidad de Vigo</i>                   |
| Garofalo, Luigi<br><i>Catedrático de Derecho Romano, Universidad de Padova</i>                             | Rodríguez López, Rosalía<br><i>Catedrática de Derecho Romano, Universidad de Almería</i>           |
| Ghirardi, Juan Carlos<br><i>Catedrático de Derecho Romano, Universidad de Córdoba, Argentina</i>           | Salazar Revuelta, María<br><i>Catedrática de Derecho Romano, Universidad de Jaén</i>               |
| Herrera Bravo, Ramón<br><i>Catedrático de Derecho Romano, Universidad de Jaén</i>                          | Sansón Rodríguez, María Victoria<br><i>Catedrática de Derecho Romano, Universidad de La Laguna</i> |
| Lobrano, Giovanni<br><i>Catedrático de Derecho Romano, Universidad de Sassari</i>                          | Suarez Blázquez, Guillermo<br><i>Catedrático de Derecho Romano, Universidad de Ourense</i>         |
| Madrigal Martínez- Pereda, Consuelo<br><i>Fiscal T. S. Académica de N. de Jurisprudencia y Legislación</i> | Zamora Moreno, José Luis<br><i>Titular de Derecho Romano, Universidad de La Palmas</i>             |

**Antonio Fernández de Buján y Fernández -*Director***

**Raquel Escutia Romero - *Coeditora***

**Gabriel M. Gerez Kraemer - *Coeditor***

**HACIA UN DERECHO  
ADMINISTRATIVO, FISCAL  
Y MEDIOAMBIENTAL ROMANO IV**

*Volumen I*

*Derecho Administrativo y Derecho Medioambiental*

Dykinson, S.L.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Dirijase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web [www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com) o por teléfono en el 917021970/932720407

*Colección “Monografías de Derecho Romano” y Cultura Clásica  
Dirección del Prof. Dr. D. Antonio Fernández de Buján*

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial  
Para mayor información, véase [www.dykinson.com/quienes\\_somos](http://www.dykinson.com/quienes_somos)

© Los autores  
Madrid

Editorial DYKINSON, S.L.  
Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid  
Teléfono (+34) 915442846 - (+34) 915442869  
e-mail: [info@dykinson.com](mailto:info@dykinson.com)  
<http://www.dykinson.es>  
<http://www.dykinson.com>

ISBN (obra completa): 978-84-1377-315-5  
ISBN (volumen I): 978-84-1377-874-7  
Depósito Legal: M-30977-2021

ISBN electrónico: 978-84-1377-981-2

Preimpresión:  
*Besing Servicios Gráficos, S.L.*  
[besingsg@gmail.com](mailto:besingsg@gmail.com)

## ÍNDICE

Actas del IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Fiscal y Medioambiental Romano.....	1
Presentación e Inauguración del IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Fiscal y Medioambiental romano .....	5
Inauguración .....	7
Ius Romanun .....	9
MALINA NOVKIRSHKA-STOYANOVA	
IV Congreso Internacional de Derecho administrativo, fiscal y medioambiental romano .....	11
JUAN ALFREDO OBARRIO MORENO	

### PRIMERA PARTE - DERECHO ADMINISTRATIVO

De la <i>actio popularis romana</i> a la acción popular ex artículo 125 CE. Persecución de delitos públicos, delitos privados, y tutela del uso público de los bienes públicos .....	17
ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN	
Contribución al estudio de la novela 128 de Justiniano .....	61
ALFONSO AGUDO RUIZ	
Protección de los derechos humanos, orden público y derecho administrativo ruso: origen romano .....	91
TATIANA ALEXEEVA	
La reforma de la administración pública periférica en el Imperio romano del s. VI. La Nov. 8 de Justiniano.....	95
PROFA. DRA. LUCÍA BERNAD SEGARRA	

Acerca del supuesto ‘ <i>edictum Gallieni</i> ’ en la obra ‘ <i>De Caesaribus</i> ’ de Sexto Aurelio Víctor: ¿Solución pragmática o programática?.....	125
ÁLEX CORONA ENCINAS	
Alcune considerazioni sul controllo del commercio marittimo in eta’ imperiale.....	147
PAOLA OMBRETTA CUNEO	
La cosa colectiva de uso colectivo, el origen social y el Derecho: un fundamento de comprensión para la experiencia jurídica romana.....	161
DIEGO DÍEZ PALACIOS	
Reflexiones sobre el <i>cursus publicus</i> .....	185
RAQUEL ESCUTIA ROMERO	
Gli strumenti dell’azione amministrativa: le ‘concessioni’.....	211
FRANCESCO FASOLINO	
El derecho administrativo romano como marco de la interpretación arqueológica: el caso de las fortificaciones leonesas.....	229
DRA. ROCÍO A. FERNÁNDEZ ORDÁS	
Notas relativas a las limitaciones introducidas al comercio exterior por vía marítima, conforme a C. Th. 7, 16, 3. Año 420 D. C. ....	237
BEATRIZ GARCÍA FUEYO	
Nueva aproximación a la <i>societas publicanorum</i> . Su reflejo en la literatura romana.....	267
MARÍA TERESA GARCÍA LUDENA	
La <i>urbanitas</i> en la “localización” de la ciudadanía.....	289
ANTONIO GIMÉNEZ SÁEZ	
Sobre la jurisdicción edilicia.....	319
TERESA GONZÁLEZ HERRERO	
Una aproximación a la institución del Defensor del Pueblo, una institución democrática con un claro precedente en el Derecho Romano: el Defensor <i>Civitatis</i> .....	343
CARMEN JIMÉNEZ SALCEDO	
Acciones populares en el control de constitucionalidad.....	363
FRANCISCO JOSÉ LÓPEZ DOMÍNGUEZ	

El oficio palatino de la <i>res privata principis</i> .....	387
BELÉN MALAVÉ OSUNA	
Algunas observaciones en tema de apátridas en Roma .....	411
FRANCESCO MUSUMECI	
Constituciones imperiales emitidas en la antigua Serdica.....	421
PROF. RA MALINA NOVKIRISHKA-STOYANOVA	
<i>Res Publica – Res Privata: L’uso delle categorie privatistiche nella costruzione del diritto delle strutture amministrive romane nel primo principato</i> .....	443
ANTONIO PALMA	
Legiones romanas. El campamento militar, presencia y carácter del <i>territorium legionis</i> .....	457
PROF. <sup>a</sup> . DRA. V. PONTE	
En torno a la retribución de los funcionarios en Derecho Romano (siglos IV-VI d. C.)	487
ELENA QUINTANA ORIVE	
Crisis del imperio romano y crisis actual .....	511
LUIS RODRÍGUEZ ENNES	
Régimen jurídico de las <i>res religiosae</i> y la prohibición de exhumación en el Derecho Romano .....	531
MARÍA SALAZAR REVUELTA	
La diócesis en la génesis de la nacionalidad venezolana: de Nicomedia a Santa Ana de Coro .....	557
EMILIO SPÓSITO CONTRERAS	
Anomalía económica de las ofertas en los arrendamientos públicos. Entre derecho romano y derecho de la Unión Europea.....	571
ANDREA TRISCIOGLIO	

**SEGUNDA PARTE - DERECHO MEDIOAMBIENTAL**

La regulación romana de la actividad industrial de lavanderías y tintorerías.....	579
MARÍA JOSÉ BRAVO BOSCH	
El riego en la Hispania romana. Infraestructuras y régimen jurídico .....	603
GABRIEL GEREZ KRAEMER	

O <i>Interdictum Quod Vi Aut Clam</i> , uma Protecção Racional do Meio Ambiente .....	625
DAVID MAGALHÃES	
La ética de la función pública en Frontino .....	645
M <sup>a</sup> LOURDES MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS	
Nuevas perspectivas en torno a la experiencia administrativa medioambiental romana* .....	669
PROF. DR. SALVADOR RUIZ PINO	
<i>Utilitas publica, ius naturale</i> y protección de la <i>natura</i> .....	699
JAKOB FORTUNAT STAGL	
Regulación medioambiental: <i>salus per aquam</i> .....	717
GEMA VALLEJO PÉREZ	
La administración romana en relación al urbanismo sostenible: transformación, obsolescencia y gentrificación .....	733
JOSÉ LUIS ZAMORA MANZANO	

# Régimen jurídico de las *res religiosas* y la prohibición de exhumación en el Derecho Romano\*

MARÍA SALAZAR REVUELTA

(University of Jaén)  
msalazar@ujaen.es

## I. EL *SEPULCHRUM* COMO PARADIGMA DE *RES RELIGIOSA*

Gayo abre el *Commentarius Secundus* de sus Instituciones, relativo a las cosas, con una primera división entre *divini iuris* y *humani iuris* (Gai. 2,2). Dentro de las primeras, menciona las sagradas y las religiosas (Gai. 2,3). Éstas últimas se consideran *diis Manibus relictæ* (Gai. 2,4)<sup>1</sup>. Mientras que la afección como *sacrae* sólo puede ser atribuida mediante la ceremonia de la *consecratio* autorizada por el poder público (Gai. 2,5; D. 1,8,9,1) –sin que la voluntad particular sea suficiente<sup>2</sup>–, en cambio el jurista determina expresamente que “hacemos religioso un lugar por

---

\* El capítulo de libro que se publica en este volumen de la editorial Dykinson trae su causa en una ponencia presentada al “IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Fiscal y Medioambiental romano”, pronunciada el 12 de diciembre de 2019 en la sede de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, bajo la dirección y auspicios del profesor Dr. D. Antonio Fernández de Buján y Fernández, Catedrático de Derecho romano de la Universidad Autónoma de Madrid y Académico de Número. El mencionado IV Congreso Internacional tiene lugar en el marco del Proyecto de Investigación “La construcción de un Derecho Administrativo, Medioambiental y Fiscal Romano”, DER2017-82833, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, en cuya línea de investigación el profesor Antonio Fernández de Buján ha sido pionero y ha venido desarrollando una importante escuela investigadora tanto en el ámbito nacional, como internacional. Vaya por delante mi agradecimiento más sincero por su amable invitación a participar en estas importantes y fructíferas reuniones científicas dentro de la disciplina romanística, así como a los profesores de Derecho Romano de la UAM y de la USP CEU, respectivamente, D<sup>a</sup> Raquel Escutia Romero y D. Gabriel Gerez Kraemer, por su labor de coordinación de las correspondientes sesiones de trabajo.

<sup>1</sup> Precisamente de *relinquere* deriva la palabra *religiosum*. Macrobio, *Sat.*, 3,3,8: *quasi a relinquendo dicta*. Vid. FABBRINI, F., “Dai religiosa loca alle res religiosas”, *BIDR*, 73, 1970, p. 199.

<sup>2</sup> GAUDEMET, J., “Res sacrae”, en *Études de droit romain*, 3, 1979, pp. 489 ss. Sobre el carácter público de las *res sacrae* vid., recientemente, NOVKIRISHKA-STOYANOVA, M., “Algunas reflexio-

nuestra sola voluntad, cuando inhumamos un cuerpo en un solar nuestro, siempre que las exequias del fallecido nos competan” (Gai 2,6)<sup>3</sup>. Así, cada uno podía hacer religioso un lugar siempre que fuera propio y “puro”<sup>4</sup> enterrando en él un cadáver humano<sup>5</sup>, por lo que si se sepultaba en terreno ajeno (o público) no se hacía religioso, pudiendo pedir el dueño de dicho terreno la exhumación. En consecuencia, la sola voluntad privada hace un lugar religioso, esto es, destinado al culto de los dioses Manes o Infernales<sup>6</sup>, sin que haya necesidad de ningún requisito ritual o formal marcado por el *ius pontificium*; si bien ya desde la época decenviral<sup>7</sup> rigen rigurosas normas que prohíben cremar o enterrar cadáveres *intra urbem*, cuya razón última hay que buscarla en motivos de salubridad y seguridad pública<sup>8</sup>. Sin duda, la utilidad pública, junto con el sentido religioso o, incluso, el deber moral de respeto hacia la persona fallecida, son motivos suficientes que explican el principio: *ne insepulta cadavera iacerent*. Lo que guiará al pretor para introducir en el Edicto acciones específicas respecto a la inhumación y exhumación<sup>9</sup>.

---

nes sobre el tema del *Ius sacrum* como elemento de la definición del Derecho público por Ulpiano”, *Anuario Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá*, 9, 2016, pp. 263 ss.

<sup>3</sup> *Religiosum uero nostra uoluntate facimus mortuum inferentes in locum nostrum, si modo eius mortui funus ad nos pertineat*.

<sup>4</sup> Se entiende por “puro” aquel fundo propio que no hubiera estado previamente ocupado con otro cadáver. Ulp. 25 *ad ed.* D. 11,7,2,4: «*Purus* autem locus dicitur, qui neque sacer neque sanctus est neque religiosus, sed ab omnibus huiusmodi nominibus vacare uidetur».

<sup>5</sup> Para un estudio doctrinal y textual del cadáver en Derecho romano como *res extra commercium*, vid. BURDESE, A., “Cadavere”, *EdD*, 5, pp. 763 s.; DE LAS HERAS, G. R., *La consideración del cadáver en Derecho romano. Su posible repercusión en la actualidad*, Albacete, 1987, en concreto pp. 33 ss., quien sostiene que el cadáver es objeto de disposiciones de derecho penal, administrativo, de policía, culturales..., pero no es objeto en Derecho romano de relaciones patrimoniales (pp. 39 y 43), siendo su destino natural el de su sepultura «que interesa de modo fundamental al heredero, y en general a los parientes y a toda la comunidad, y cuya disponibilidad, como ente material, correspondería al *pater* o *dominus*, en el caso de *filii* o *serui*, y siempre en última instancia a la autoridad pública» (p. 51).

<sup>6</sup> DE VISSCHER, F., “*Locus religiosus*”, en *Atti del Congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto*, (Verona, Sept. 27, 28, 29, 1948), vol. 3, pp. 179 ss.

<sup>7</sup> Tabla X,1: *Hominem mortuum in urbe ne sepelito neve urito*.

<sup>8</sup> Dado que el peligro de incendios en Roma era especialmente grave, debido a que las construcciones eran básicamente de paja, madera y mantillo. Cicerón, *de leg.* 2,23,58 entendió este motivo subyacente en la prohibición de las XII Tablas (*credo vel propter ignis periculum*). BONFANTE, P., *Corso di diritto romano*, II. *La proprietà*, parte I, Milano, 1966, pp. 304 ss. Mientras que razones de salubridad se encuentran en otras fuentes, como en S. Isidoro, *Etym.* 15,11,1. Como observa REMESAL RODRÍGUEZ, J., “Aspectos legales del mundo funerario romano”, en Vaquerizo, D. (ed.), *Espacios y usos funerarios en el occidente romano*, Córdoba, 2002, p. 372: «el primer problema en la vida cotidiana ante la existencia de un difunto, era encontrar un lugar “legal” donde enterrarlo. Quien poseía tierras podía enterrarse en su propiedad, y de ello son testimonio los monumentos sepulcrales difuminados por los campos. Quienes vivían en una ciudad y querían enterrarse en una de las necrópolis de la ciudad tenían que adquirir el terreno. La epigrafía demuestra que las ciudades concedieron lugares públicos para sepultar a sus ciudadanos distinguidos».

<sup>9</sup> D. 11,7,43: *nan propter publicam utilitatem, ne insepulta cadavera iacerent, strictam rationem insuper habemus, quae nonnunquam in ambiguis religionum quaestionibus omitti solet: nam summam*

Si bien el derecho pontifical permitió a cualquiera convertir un fundo privado en religioso por el hecho de enterrar un cadáver, razones de orden social exigieron que el enterramiento se produjera sólo en un lugar autorizado. Incluso un vecino podía denunciar la construcción de un sepulcro muy cerca de su casa, sin que pudiera actuar una vez ya construido, salvo que se hubiera hecho con violencia o clandestinidad (D. 11,8,3 pr.). Pero si en esa tumba ya se hubiera enterrado un cuerpo, de ningún modo podría impedirse la continuación de la construcción de la tumba. Sólo en ese caso, los pontífices determinarían de qué modo se continuaría con la obra (D. 11,8,5 pr.-1).

Por tanto, los sepulcros (*aedificia Manium, domus defunctorum*) y los objetos legítimamente enterrados con el difunto tienen la consideración de *res religiosas*, ya que el simple hecho de que el propietario de un fundo entierre a alguien transforma el terreno ocupado por el cadáver o sus cenizas en *locus religiosus*. De este modo Ulpiano (25 *ad ed.*) en D. 11,7,2,5 define el sepulcro como “el lugar donde están depositados el cuerpo o los huesos de una persona”, concretando según la opinión de Celso que “no es religioso todo el suelo que fue destinado a sepultura, sino sólo el sitio en que fue inhumado el cuerpo”<sup>10</sup>. De manera que la traslación del cadáver a otro lugar, siempre con la debida autorización, supone la pérdida del carácter religioso del sepulcro y su consideración de *locus purus*. En D. 11,7,44 *in fine* (Paul. 3 *quaest.*) se dice expresamente: *Cum autem impetratur, ut reliquiae transferantur, desinit locus religiosus esse*.

Específicamente, *res religiosas* son, bajo el paganismo, y según Gayo 2,4, las confiadas a los dioses *manes*, destinadas, pues, al culto de los difuntos. Éstas se encuentran en la esfera de la *pietas* privada y bajo la sanción de la *religio*<sup>11</sup>; siendo el *sepulchrum* la *res religiosa* por excelencia<sup>12</sup>. Como *res religiosas*, éste recae dentro de la competencia de los pontífices, tutelado por un instintivo respeto de la colectividad hacia los antepasados, en un ámbito eminentemente familiar, al menos hasta el siglo II a. C.<sup>13</sup>.

---

*esse rationem, quae pro religione facit*. Vid. estas consideraciones en DE LAS HERAS, G. R., *La consideración del cadáver en Derecho romano*, cit., pp. 57-60.

<sup>10</sup> Ulp. 25 *ad ed.* D. 11,7,2,5: *Sepulchrum est, ubi corpus ossave hominis condita sunt. Celsus autem ait: non totus, qui sepulturae destinatus est, locus religiosus fit, sed quatenus corpus humatum est*. Vid., también, C. 3,44,4 y 9.

<sup>11</sup> Sobre este concepto complejo, Festo, *Religiosus* (ed. LINDSAY, p. 348). DUMÉZIL, G., *La religione romana arcaica*, ed. it., Milano, 1977, pp. 125 ss.; TELLEGEN. J. W. “*Religio occupavit solum*”, *TR*, 54, 1986, 73-83.

<sup>12</sup> Festo, v. *Sacer Mons*, (ed. LINDSAY, p. 423): *Gallus Aelius ait... quod autem privati suae religionis causa aliquid earum rerum deo dedicent, id pontifices Romanos non existimare sacrum*. Vid. ALBANESE, B., “*Bidental, Mundus, Ostium Orci* nella categoria delle *res religiosas*”, *Ius*, 1969, pp. 205-249, quien hace coincidir la noción de *res religiosa* con todo lo que tiene una relación directa con los dioses *manes*. Sin embargo, FABBRINI, F., “*Dai religiosa loca alle res religiosas*”, cit., pp. 201 ss., considera esta categoría más amplia, entendiendo incluidos en los mismos *religiosa loca* objeto de *devotio*, tales como: el *lacus Curtius*, la *palus Caprae*, la *porta Carmentalis*, el *Doliola*, los *busta Gallica*, el *puteal Libonis*, los *ossa Orestis*, el *fulgitorium* o el *mundus*, entre otros.

<sup>13</sup> Cic., *de leg.* 2,22,57. Tal y como lo observa PALMA, A., “*Sepulcro (dir. rom.)*”, *EdD* 42, p. 2. Vid., asimismo, LAZZARINI, S., “*Sepulchrum familiare e ius mortuum inferendi*”, *Studi in onore di A. Biscardi*, 5, Milano, 1982, pp. 217 ss. Del mismo autor, también, *Sepulcra familiaria. Uno studio epi-*

En un sentido análogo, el Cristianismo dotará de carácter religioso el terreno que sirve para recoger los restos humanos. Todavía Constantino definirá el sepulcro como “*Manium, domus, ut ita dixerim, defunctorum*” (C. Th. 9,17,4); expresión que los compiladores justinianos, en lugar de *aedificia Manium* sustituirán por *sepulchra*<sup>14</sup>.

Así se expresan también las Instituciones de Justiniano (I. 2,1,9 pr.) cuando declaran: *Religiosum locum unusquisque sua voluntate facit, dum mortuum infert in locum suum*. Ello es así porque no hace falta autorización pública, ni observar determinadas formalidades; no obstante las mismas Instituciones justinianas y el Digesto contienen una serie de circunstancias de orden práctico que deben concurrir y observarse, en base a la opinión de los juristas precedentes:

En primer lugar, es necesario que el enterramiento se verifique por disposición de aquel a quien corresponde hacer los funerales (Gai, 2,6).

Ante todo, es preciso que efectivamente se efectúe el depósito material del cadáver (*illatio mortui*); un simple proyecto de sepultura no basta, ni tampoco un monumento funerario aún no utilizado (*cenotaphium, tumulus inanis*) puede considerarse *res religiosa*<sup>15</sup>. El cenotafio (*inane sepulchrum*) o monumento construido en memoria de alguno que está enterrado en otra parte se considera religioso por Marciano, pero Ulpiano afirma que declararon lo contrario las constituciones imperiales (D. 1,8,6,5; D. 1,8,7; D.11,7,6,1). Por otro lado, si la sepultura es provisional, con intención de trasladar a otro sitio los restos, el sepulcro no tendrá la consideración de lugar religioso, sino profano (D. 11,7,40). Además, el carácter de lugar religioso no puede extenderse a todo el predio donde están sepultados los restos mortales, sino sólo al lugar donde se encuentra ubicada la tumba con sus accesorios o dependencias, entre los cuales figura, la entrada a la misma (*forum sepulchri*: D. 11,7,2,5; D. 47,12,2)<sup>16</sup>. Es más, si los despojos mortales de un individuo habían sido depositados en varios lugares diferentes, no se considera religioso más que el lugar donde ha sido inhumado

*grafico-giuridico*. Padova, 1991; “Tutela legale del sepolcro familiare romano”, en Mirabella, M. (Dir.), *Monumenti sepolcrali romani in Aquileia e nella Cisalpina (Aquileia 1995)*, Trieste, 1997, pp. 67-82.

<sup>14</sup> *Imp. Constantius a. ad populum. Qui aedificia manium violant, domus ut ita dixerim defunctorum, geminum videntur facinus perpetrare, nam et sepultos spoliando destruyendo et vivos polluunt fabricando. Si quis igitur de sepulchro abstulerit saxa vel marmora vel columnas aliamve quamcumque materiam fabricae gratia sive id fecerit venditurus, decem pondo auri cogatur inferre fisco: sive quis propria sepulchra defendens hanc in iudicium querellam detulerit sive quicumque alius accusaverit vel officium nuntiaverit. Quae poena priscae severitati accedit, nihil enim derogatum est illi supplicio, quod sepulchra violantibus videtur impositum. Huic autem poenae subiacebunt et qui corpora sepulta aut reliquias contractaverint. Dat. id. iun. Mediolano Constantio a. VIII et Iuliano caes. II cons. (357 [356] iun. 13).*

<sup>15</sup> Cfr. PONTE, V., *Régimen jurídico de las vías públicas en Derecho romano*, Dykinson-Universidad de Córdoba, Madrid-Córdoba, 2002, p. 54, quien entiende que el mero deseo del particular era suficiente para que el fundo se convierta en *res religiosa*.

<sup>16</sup> Al respecto, ZARRO, G., “*Sepulchrum, monumentum ed aere adiectae: elementi comuni e discipline differenziali*”, *RIDA*, 64, 2017, pp. 383 ss.

da su cabeza, ya que se considera que es la parte principal de nuestro cuerpo por la que somos conocidos y nos distinguimos de nuestros semejantes (D. 11,7,44)<sup>17</sup>.

Otro de los requisitos para considerar *religiosus* un lugar es que se depositen restos mortales de un ciudadano o de un esclavo, no de un enemigo. Paulo (27 *ad ed. praet.* D. 47,12,4) lo afirma abiertamente: *Sepulchra hostium religiosa nobis non sunt; ideoque lapides inde sublatos in quemlibet usum convertere possumus: non sepulchri violati actio competit*, de manera que su profanación no está protegida por la *actio sepulchri violati*<sup>18</sup>.

Respecto al sepulcro del esclavo, no se pone en duda su consideración de *res religiosa* (D. 11,7,2 pr.), correspondiendo al *dominus* los gastos de sepultura, que podía repercutirle el tercero que los hubiera realizado a través de la *actio funeraria* (D. 11,7,31,1)<sup>19</sup>.

A tenor de Gayo 2,7 la inhumación de un cadáver en suelo provincial no lo convierte en *locus religiosus*, ya que este suelo es *dominium populi Romani uel Caesaris*. Pero añade que, no obstante, el terreno provincial en que es enterrado un cadáver es tenido por religioso: *pro religioso habetur*<sup>20</sup>.

Es, además, imprescindible tener el *ius sepulchri* o *inferendi*, que comprende el derecho a sepelir o ser sepelido. Este se observa cuando el que ordenaba el enterramiento o el finado tenían sobre el suelo el dominio irrevocable y completo (Gai 2,6; D.1,8,6,4; D. 11,7,4). Consecuentemente, se necesitaba el permiso del dueño, o su ratificación, si el predio era ajeno: *concedente domino* (D. 1,8,6,4; C.3,44,2; I. 2,1,9). Esto significa que si el entierro se hizo sin noticia o contra la voluntad del dueño y éste daba su consentimiento después de verificado aquel (*postea ratum habuerit quam illatus est mortuus*), el lugar se convertía en religioso (*religiosus locus fit*), como también si hubiera consentido en un principio, pero luego no quisiera ratificarlo, no por ello dejaría de ser religioso el lugar (I. 2,1,9). Ahora bien, si el propietario del terreno no hubiera prestado su consentimiento a la inhumación podrá desenterrar o transportar los despojos siempre que contara con permiso por decreto de los Pontífices o por mandato del Príncipe, ya que de otro modo podía ser perseguido por la *actio iniuriarum* (D. 11,7,8; C. 3,44,14). Por lo demás, contaba con una *actio in factum*—de manera perpetua— para obligar al que inhumó a desenterrar al que enterró o a pagar el precio del lugar ocupado (D. 11,7,7 pr.).

<sup>17</sup> ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *Derecho privado romano*, Málaga, 2010, p. 101.

<sup>18</sup> Vid. infra, IV.

<sup>19</sup> En torno a la *actio funeraria*, dirigida a asegurar al difunto el sepelio y cuyo contenido edictal reproduce Ulpiano (25 *ad ed.*) en D. 11,7,12,2, vid. PALMA, A. “Sepultura (dir. rom.)”, *EdD* 42, pp. 14 ss.

<sup>20</sup> Sobre la protección dada a los sepulcros en provincias, vid. SANTA CRUZ, J., “*De ivre sepulcrorum*”, *Estudios Clásicos*, 8, 1964, pp. 143 ss., en base a un estudio de la inscripción llamada “de Nazaret” atribuida a Augusto, en torno a la cual ya se habían pronunciado CUQ, E., “Un rescrit d’Augustus sur la protection des *res religiosae* dans les provinces”, *RHDFE*, 9, 1930, pp. 383-410 y WENGER, L., “Eine Inschrift aus Nazareth”, *ZSS*, 51, 1931, pp. 369-397.

En la misma línea, por medio de la sepultura sólo podía hacerse religioso el terreno propio, pero se necesitaba el consentimiento de todos los que tuvieran un derecho cualquiera sobre él: de condominio, de usufructo, de uso o de servidumbre, para enterrar a un extraño. Ahora bien, no es necesario el permiso de los condueños para inhumar a cada uno de ellos, que no pudieran sepultarse cómodamente en otra parte o si se trataba de un sepulcro común (D. 1,8,6,4; D. 10,3,6,6; D. 11,7,41). Por otro lado, se establece que ni siquiera el nudo propietario puede hacer religioso el lugar, a no ser que hubiera enterrado allí al que legó el usufructo, por no poder enterrarlo en otro lugar más apropiado, según opinión de Juliano. En otro caso, no se hará religioso el lugar contra la voluntad del usufructuario. Aunque no se necesita dicha autorización del usufructuario si el que se fuera a enterrar fuera el nudo propietario y careciera de un lugar más cómodo, si bien el usufructuario contaría con una acción útil contra el heredero que enterró al nudo propietario a fin de obtener una indemnización por el valor en que se disminuyó el usufructo (D. 11,7,2,7; D. 11,7,46). Era requerido, igualmente, el consentimiento del que tenía derecho de servidumbre sobre un fundo para inhumar en él, a no ser que la servidumbre pudiera usarse por otro lugar con igual comodidad (D. 11,7,2,8). Del mismo modo, se requiere la autorización del acreedor hipotecario para la inhumación de persona que no fuese el mismo deudor o familiar de éste (D. 11,7,2,9).

Estamos, en consecuencia, ante una realidad que es a la vez religiosa y social, con límites jurídicos respecto a las sepulturas, resultando un conjunto de reglas concernientes a la adquisición y disposición de las mismas.

Partiendo de estas exigencias que conllevan unas consecuencias tanto de orden público, como privado, se hace, pues, necesaria la determinación de la naturaleza del concepto de sepulcro, a fin de una mejor comprensión de su régimen jurídico.

## II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS *RES RELIGIOSAE*

Las fuentes son determinantes al respecto cuando afirman, en general, *quod divini iuris est, id nullius in bonis est* (Gai, 2,9; D. 1,8,1 pr.) y, consecuentemente, en particular: *Sacrae res et religiosae et sanctae in nullius bonis sunt* (D. 1,8,6,2); *sepulchra autem nostri dominii non sunt* (D. 8,5,1).

En este sentido, la doctrina ha venido afirmando la pertenencia de las cosas religiosas al ámbito del derecho divino y, en consecuencia, su naturaleza extra patrimonial<sup>21</sup>. Si bien, ha puntualizado que éstas no se parecen, desde el punto de vista del Derecho público, a las cosas sagradas, particularmente en cuanto a la obligación de

<sup>21</sup> En opinión de PALMA, A., “Sepulcro”, cit., p. 1: “Il cadavere, infatti, emana una forza contaminante che rende necessaria l’esclusione del sepolcro dal *commercium* umano: la tomba è, di conseguenza, *res religiosa* non per oggettiva qualificazione, ma solo a seguito del seppellimento”.

su mantenimiento por parte del Estado, atribuida a la comunidad política, mientras que las religiosas serían competencia de un *sacrum privatum*, entendido en un primer momento como *sacra gentilicia* y, más tarde, *locus religiosus* como residuo de esta antigua figura<sup>22</sup>.

Ciertamente, si nos atenemos a la estricta letra de las fuentes, debemos entender la exclusión de las *res religiosae* del *ius humanum*<sup>23</sup>, público y privado, y en consecuencia de toda forma de dominio sobre las mismas. Ulpiano, basándose en Labeón, sostiene: *sepulchri nemo dominus fuit* (71 *ad ed.* D. 43,24,13,5) y *sepulchra... nostri domini non sunt* (14 *ad ed.* D. 8,5,1). En una línea análoga, Justiniano habla de las *res religiosae* como *sui dominio nostro exempta sunt* (I. 3,19,2). Del mismo modo, Paulo descarta la *reivindicatio*: *Loca sacra, item religiosa, quasi nostra in rem actione peti non possunt* (21 *ad ed.* D. 6,1,23,3). Lo que confirma el emperador Alejandro Severo: *Si sepulchrum monumenti appellatione significas, scire debes iure domini id nullum vindicare posse...*, en C. 3,44,4 pr.

A rigor de la lógica, faltando el *dominium* sobre la *res religiosa*, debe sin duda declararse nulo todo acto que implique su enajenación. Así lo determinan constituciones imperiales del siglo III recogidas en C. 3,44,2 o C. 3,44,9: *Locum quidem religiosum distrahi non posse manifestum est*, deducidas contrariamente a lo expuesto por Ulpiano en lib. 25 *ad ed.* D. 11,7,6,1: *Si adhuc monumentum purum est, poterit quis hoc et vendere et donare*. El mismo razonamiento lo encontramos en Ulpiano (28 *ad Sab.* D. 18,1,22 y 24). Parece lógico que cuando las partes conocen el carácter religioso del lugar vendido, se entiende nula la venta (*scientes emere non possunt*); pero hay dudas respecto a los efectos de dicha venta para el comprador de buena fe. Pomponio (lib. 9 *ad Sab.* D. 18,1,4) afirma: *Et liberi hominis et loci sacri et religiosi, qui haberi non potest, emptio intellegitur, si ab ignorante emitur*. Por su parte, Modestino (5 *Regularum* D. 18,1,62,1) asume: *Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur quod interfuit eius, ne deciperetur*. Lo que corrobora las Instituciones justinianas (I. 3,23 [24],5): *Loca sacra vel religiosa, item publica, veluti forum basilicam, frustra quis sciens emit, quas tamen si pro privatis vel profanis deceptus a venditore emerit, habebit actionem ex empto, quod non habere ei liceat, ut consequatur, quod sua interest deceptum eum non esse. idem iuris est, si hominem liberum pro servo emerit*<sup>24</sup>. Por consiguiente, se hace depender la *actio empti* del desconocimiento de la naturaleza religiosa del *locus*, pero no por ello se adquiere el derecho de propiedad.

Específicamente, no se entiende transmitido el *locus religiosus* comprendido en el fundo vendido. A este respecto se manifiestan las fuentes, tales como *Pauli Sent.*

<sup>22</sup> Al respecto, MOMMSEN, T., *Diritto pubblico romano*, (trad. it. P. Bonfante, a cura di V. Arangio-Ruiz), 3ª ed., II, pp. 47 ss.; 203 ss.

<sup>23</sup> Servio, *Georg.* 3,16; Macrobio, *Saturn.* 3,3; Javoleno, lib. 10 *ex Cassio* D. 8,4,4; Justiniano, C. 1,2,21.

<sup>24</sup> En el mismo tenor se expresan Licinio Rufino, 8 *Reg.* D. 18,1,70 y Paulo, 33 *ad ed.* D. 18,1,34,1 y 2.

1,21,7: *Vendito fundo religiosa loca ad emptorem non transeunt, nec in his ius inferre mortuum habet*<sup>25</sup>. De un texto de Labeón<sup>26</sup> se deduce el uso generalizado de una cláusula en la compraventa por la que el vendedor se reservaba el lugar religioso dentro del fundo. Sólo en el caso de que existiera un *iter publicum* que condujera al sepulcro, no derivarían para el vendedor las consecuencias dañosas de la omisión de tal reserva, que en cualquier caso no consistirían en la pérdida del derecho al sepulcro, sino en la privación del *iter ad sepulchrum*. La enajenación debió impedir el ejercicio del *ius sepulchri* si no existía medio para acceder a él. Un paso no reservado o no existente *iure civitatis*, no venía constituido por ley. Si bien la posibilidad de hacerse conceder, por vía de la *extraordinaria cognitio*, el *iter* pagando la justa estimación debió ser una solución. De otro modo, como determina Ulpiano<sup>27</sup>, se podría entender la adquisición del *sepulchrum* a favor del comprador como una consecuencia necesaria de su naturaleza accesoria en relación al fundo. En las fuentes viene expresamente reconocido, por otro lado, la posibilidad de convenir que la parte religiosa del fundo se comprenda en la venta del mismo, a no ser que se especifique de otro modo que ésta *non venit*<sup>28</sup>. No obstante, pensamos que el carácter religioso del sepulcro no comportaría su transmisión al comprador como simple consecuencia de su naturaleza accesoria del fundo, tal y como reza en el texto de las Sentencias de Paulo arriba indicado. Otra cuestión es si se puede transferir el *ius sepulchri* ya constituido en un lugar religioso. Las fuentes no solo no dicen nada en contra de este supuesto, sino que hacen referencia expresa a su adquisición previo pago<sup>29</sup>.

En la misma línea, tampoco el dominio sobre la *res religiosa* se puede transferir *mortis causa*. En este punto, Ulpiano se manifiesta en contra de la posibilidad de un legado *per damnationem* sobre cosas de este género<sup>30</sup>. Y con más razón ha de entenderse excluido el *legatum per vindicationem* faltando el *dominium ex iure Quiritium* en el disponente. En cambio los emperadores Diocleciano y Maximiano establecen: *Monumenta quidem legari non posse manifestum est, ius autem mortuum inferendi legare nemo prohibetur* (C.6,37,14), distinguiendo netamente entre *sepulchrum* e *ius sepulchri*. En este último caso, el legado está perfectamente contemplado, comprendiendo tanto el *ius sepeliri*, como el *mortuum inferre*.

<sup>25</sup> Además de Ulpiano, 25 *ad ed.* D. 11,7,10; Ulpiano, 28 *ad Sab.* D. 18,1,22; 18,1,24; Labeón, 1 *Pithanon*, D. 19,1,53,1; Pomponio, 6 *ex Plautio* D. 47,12,5. Vid. GÓMEZ-CARBAJO, F. J., "Consideraciones sobre la interpretación de los fragmentos 22 a 24 de Digesto 18,1", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 76, 1989-1990, pp. 115-128.

<sup>26</sup> Labeón, 1 *Pithanon*, D. 19,1,53,1: *Si eum fundum vendidisti, in quo sepulchrum habuisti, nec nominatim tibi sepulchrum excepisti, parum habes eo nomine cautum. Paulus: minime, si modo in sepulchrum iter publicum transit.*

<sup>27</sup> Ulpiano, 28 *ad Sab.* D. 18,1,24: *in modicis autem ex emto esse actionem, quia non specialiter locus sacer vel religiosus venit, sed emptioni maioris partis accessit.*

<sup>28</sup> D. 18,1,41; D. 18,6,7,1.

<sup>29</sup> D. 11,7,9; D. 47,12,3,8-10; C. 3,44,2 y 9.

<sup>30</sup> Ulpiano, *Reg.* 24,9; C. 6,37,14.

También, se descartan las servidumbres en relación al sepulcro, fundamentalmente porque como expresa Paulo: de las cosas *divini iuris* “*fas non est uti*” (lib 15 *ad Plautium* D. 39,3,17,3)<sup>31</sup>. Salvo la figura del *iter ad sepulchrum* y otras figuras de servidumbres necesarias para la consecución de la finalidad a la que el sepulcro está destinado<sup>32</sup>. De forma que la servidumbre *aquae haustus*, da derecho a recoger la leña necesaria para los sacrificios. Con todo, somos de la opinión que tales derechos de servidumbre irían vinculados no al sepulcro mismo, sino al *ius sepulchri* como derecho principal. La doctrina se muestra en este punto vacilante, entendiéndose algún autor que el derecho de conducirse *ad sepulchrum*, y otros derechos similares para cumplir con el destino del lugar, deben entenderse como facultades personales consecuencia del *ius sepulchri* y no, en cualquier caso, como servidumbres prediales<sup>33</sup>.

Igualmente, se excluye la dación en *pignus* de una *res religiosa*, tal y como manifiestan C. 8,16 (17),3; C. 3,44,2, pues no debe existir *possessio* sobre la misma. Lo afirma de forma expresa Paulo (lib. 15 *ad. Sab.* D. 41,2,30,1): *Possessionem amittimus multis modis, veluti si mortuum in eum locum intulimus, quem possidebamus: namque locum religiosum aut sacrum non possumus possidere etsi contemnamus religionem et pro privato eum teneamus, sicut hominem liberum*. Se discute, sin embargo, la posibilidad de una posesión de buena fe del hombre libre, para terminar negando en general la posesión, cualquiera que sea la creencia del detentador. Cosa distinta sería la posesión no del sepulcro, sino del derecho al sepulcro, tutelado *ab antiquo* por interdictos inspirados en el Derecho público.

Otro asunto controvertido es determinar si el transcurso del tiempo da lugar a la adquisición de derechos sobre la *cosa religiosa*. En las Instituciones de Justiniano (2,6,1) se puede observar la evolución jurídica en este sentido, que va en la línea de excluir la usucapión: *Sed aliquando etiamsi maxime quis bona fide rem possederit, non tamen illi usucapio ullo tempore procedit, veluti, si quis liberum hominem vel rem sacram vel religiosam vel servum fugitivum possideat*. Cicerón se ocupó también de este tema, recordando que las XII Tablas ya disponían *forum, id est, vestibulum sepulchri, bustumve usu capi vetat*, entendiéndose por *forum* el vestíbulo o entrada del sepulcro y por *bustum* el sepulcro propiamente dicho, esto es, el lugar donde reposa el cadáver o las cenizas del difunto<sup>34</sup>. La duda surge en cuanto a la

<sup>31</sup> Así, Javoleno, 10 *ex Cassio* D. 8,4,4, excluye la *servitus altius non tollendi* a cargo del sepulcro, como, por otra parte, la de no sepultar en un determinado lugar más de un cierto número de cadáveres.

<sup>32</sup> Paul. 15 *ad Sab.* D. 8,1,14,1; Ulp. 4 *ad ed.* D. 8,5,1; 25 *ad ed.* 11,7,12 pr. Vid., asimismo, BRUNS-MOMMSEN, *Fontes Iuris Romani Antiqui*, 5ª ed., I, pp. 341 ss.

<sup>33</sup> Como ya estableció en su día FADDA, C., “Le *res religiosae* nel diritto romano”, en *Studi e questioni di diritto*. V.I. *Diritto romano-Diritto Intermedio*, Napoli, 1910, p.162 s. Cf. JÖRS, P.-KUNKEL, W. *Derecho privado romano*, trad. esp. de la 2ª ed. alemana L. Prieto Castro, Barcelona, 1937, p. 178. En opinión de PALMA, A., “Sepulcro”, cit., p. 4, nt. 40, el *iter ad sepulchrum* más que una limitación a la propiedad se ha de entender como una concesión, revocable y que podía ser denegada. CIL 6,8520; 6, 8667.

<sup>34</sup> Cicerón, *De legibus* 2,24,61; XII Tablas, 10,9. También Cicerón, en *De Harusp. resp.* 14 in f.

prescripción del *ius sepulchri*. Las fuentes en esta materia se limitan, esencialmente, a un rescripto de Alejandro Severo del año 224 (C. 3,44,6); un texto de los *Responsa* de Ulpiano (lib. 2 *responsorum* D. 11,8,4), además de una inscripción del siglo II o III, hoy perdida, que recoge la célebre Sentencia *de sepulcris* de Alfenius Senecio<sup>35</sup>. Textos estudiados pormenorizadamente por la doctrina<sup>36</sup>, que rechaza en general la *usucapio* o la *longi temporis praescriptio* para el derecho clásico, mientras que abren la posibilidad de ésta para el derecho postclásico o justiniano, a partir del reconocimiento jurídico de la *quasi possessio*.

### III. NATURALEZA PATRIMONIAL DEL *IUS SEPULCHRI*

Claramente admitido que las cosas *religiosae* están completamente sustraídas del comercio humano, ya que pertenecen al puro derecho divino, la doctrina romanística<sup>37</sup> se ha venido pronunciando a favor del reconocimiento de un derecho privado de sepulcro (*ius sepulchri*), como derecho patrimonial, que puede transmitirse *inter vivos* y *mortis causa*; entendiéndose por tal no sólo el *ius inferendi* pasivo (*sepeliri*), sino activo (*mortuum inferre*), conectado este último al *ius funerum*<sup>38</sup>.

Esto es, el carácter religioso del *sepulchrum* hace de él una *res extra commercium*, sin que ello haga desaparecer los derechos *sui generis* que conlleva, tales como: *sacrificia facere*, *coronare*, *vesci*, *epulari* o *mortuum inferre*... en definitiva, conservar la tumba y celebrar los cultos de los muertos y, sobre todo, el derecho de enterrar a otras personas, que tiene desde época clásica carácter patrimonial y puede ser objeto de transmisión onerosa o gratuita<sup>39</sup>. Como acertadamente distingue A. Fernández de Buján: «la naturaleza extra comercial del sepulcro como tal, no se contrapone al hecho de la existencia de un derecho de sepulcro, *ius sepulchri*, es decir de la facultad de enterrar y ser enterrado en un terreno, que puede ser objeto de sucesión hereditaria, puede ser objeto de venta, y es tutelado mediante acciones, así la *actio sepulchri violati*, que tenía naturaleza de acción popular, e interdictos específicos»<sup>40</sup>.

Por tanto, un lugar religioso (donde se halla el sepulcro), en realidad, es *res extra patrimonio*, al ser *extra commercium*, sin embargo quien lo había hecho tal tenía en

<sup>35</sup> BRUNS, *Negotia*, nº 187, pp. 405 ss.

<sup>36</sup> Vid., por todos, AGUDO RUIZ, A., “Tres textos sobre la prescripción del *ius sepulchri*”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2, tomo 97, 1998, pp. 365-377.

<sup>37</sup> Sobre las diferentes opiniones doctrinales *ab antiquo*: FADDA, C., “Le *res religiosae* nel diritto romano”, cit., pp. 150 ss.

<sup>38</sup> Vid. estas precisiones terminológicas en LAZZARINI, S., “*Sepulchrum familiare* e *ius mortuum inferendi*”, cit., pp. 217 ss.

<sup>39</sup> Ambos derechos son diferenciados y denominados por OURLIAC, P.- DE MALAFOSSE, J., *Derecho romano y francés histórico*, tomo II. *Los bienes* (trad. esp. M. Fairén), Barcelona, 1963, p. 33, como *ius sepulchri* e *ius inferendi*, respectivamente. Vid., también, IGLESIAS, J., *Derecho romano. Historia e instituciones*, 11ª ed., Barcelona, 1994, p. 209.

<sup>40</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho privado romano*, 5ª ed., Iustel, Madrid, 2012, p. 367.

él una especie de derecho, conforme a su uso, para poder inhumar un cadáver o ser inhumado. Tal derecho, como revela Biondi, en cuanto implica economía de un gasto necesario, es entidad en el comercio y por tanto tiene carácter patrimonial y es susceptible de enajenación, conforme al acto de fundación o concesión<sup>41</sup>.

Así, tradicionalmente, encontramos *sepulchra familiaria* y *sepulchra hereditaria*, en los que todos los miembros de una familia o cualquier heredero, respectivamente, tenían el derecho a ser enterrados o a enterrar a los suyos (D. 11,7,5; C. 3,44,13). Por un interdicto del pretor estaba especialmente prohibido que se pusiese el más mínimo impedimento a quien quisiera enterrar en un lugar donde tenía derecho, pudiendo la persona perturbada invocar este interdicto o intentar una acción *in factum* para hacerse indemnizar del perjuicio (D. 11,8,1,4; D. 11,7,9).

La distinción en las fuentes –tanto jurídicas, como epigráficas<sup>42</sup>– entre estos dos tipos de *sepulchra* –*familiaria* y *hereditaria*– no es ociosa, ya que revela una evolución histórica en el régimen del *ius sepulchri*, entendido como derecho de *sepeliri et mortuum inferre*, hacia su consideración como derecho patrimonial. Aquéllas, no exentas de interpolaciones –como ha demostrado, entre otros, Albertario<sup>43</sup>– hablan de sepulcros: “*quae quis sibi familiaeque suae constituit*”, cuyo derecho sobre los mismos corresponde a los miembros de la familia agnaticia, independientemente de su condición de herederos (tales como el cónyuge, los *filiifamilias* y libertos) y “*quae quis sibi heredibusque suis constituit*” o que “*iure hereditario adquisiit*”, que pertenecen a los herederos –testamentarios o *ab intestato*– del titular del *ius sepulchri*, sean o no miembros de la familia (por ejemplo, un *filius* emancipado o un cognado)<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> BIONDI, B., *Los bienes*, 2ª ed. actualizada, (trad. esp. A. De la Esperanza Martínez-Radio), Barcelona, 2003, p. 280.

<sup>42</sup> Gayo, 19 *ad ed. prov.* D. 11,7,5; Ulpiano, 25 *ad ed.* D. 11,7,6; Papiniano, 13 *quaest.* D. 37,10,11; Ulpiano, 12 *ad Sab.* D. 38,16,1,3; C. 3,44,4; C. 3,44,8; C. 3,44,13. Sobre estas fuentes, además de las numerosas inscripciones extraídas del *Corpus inscriptionum latinarum* me remito a GARCÍA VALDECASAS, A., “La fórmula H.M.H.N.S. en las fuentes epigráficas romanas. (Contribución a la historia de los sepulcros familiares y hereditarios en el Derecho romano)”, *AHDE* 5, 1928, pp. 5 ss.; ALBERTARIO, E., “*Sepulchra familiaria* e *sepulchra hereditaria*”, en *Studi di diritto romano. Cose, diritti reali. Possesso* 2, Milano, 1941, pp. 3 ss.

<sup>43</sup> *Ibid.*, pp. 16 ss. En el mismo sentido, KASER, M., “Zum römischen Grabrecht”, *ZSS*, 95, 1978, pp. 15 ss.; GALENO, G., “Su una iscrizione funeraria ostiense”, *Labeo*, 27, 1981, pp. 33 ss. PALMA, A., “Sepolcro”, *cit.*, pp. 5 s., explica las intervenciones compiladoras debido al debilitamiento del carácter extra patrimonial del *ius sepulchri*, conectado al culto familiar que encuentra en los *sepulchra familiaria* el fundamento de su conservación y transmisión; mientras que en época justiniana ya la familia no se concibe como una estructura agnaticia, sino como un organismo puramente doméstico. En realidad, como pone de manifiesto el autor, el sistema jurídico evolucionará hacia privilegiar el sepulcro hereditario, cuyo régimen jurídico se insertará armónicamente en el contexto general del derecho de sucesiones romano. Vid, asimismo, DE DOMINICIS, M., “Il *ius sepulchri* nel diritto successorio romano”, *RIDA*, 13, 1966, pp. 177 ss. [= *Scritti romanistici*, Padova, 1970, pp. 197 ss.], con amplio material epigráfico.

<sup>44</sup> Gayo, 19 *ad ed. prov.* D. 11,7,5: *Familiaria sepulchra dicuntur, quae quis sibi familiaeque suae constituit, hereditaria autem, quae quis sibi heredibusque suis constituit*; Ulpiano, 25 *ad ed.* D. 11,7,6:

Cuando el sepulcro era familiar, las inscripciones reveladas por las fuentes epigráficas son del tipo: “*fecit sibi et suis*”; “*sibi liberis et libertis posterisque eorum*”; “*sibi et posteris*”; “*sibi familiaeque suae*”. En ocasiones se añade la prohibición de dar al sepulcro un destino diverso que no sea recibir a familiares (*ne de nomine exeat familiae suae, ne de nomine auferant, ne a nomine nostro alienent, ne ex numero filiorum et libertorum distrahant*)<sup>45</sup>. En general la fórmula abreviada en cinco letras y convertida en cláusula de estilo para individualizar la base del sepulcro familiar en la epigrafía funeraria: H.M.H.E.N.S., esto es, *Hoc monumentum heredem extraneum (o exterum) non sequetur*, resulta muy significativa, al excluir a los extraños a la familia del *ius sepulchri*, tengan o no la condición de *heredes*.

En este sentido, existen opiniones autorizadas<sup>46</sup> que conectan la reglamentación de este tipo de sepulcros a la *familiaris religio*, dentro del ámbito del *fas* (al igual que los *sacra*), y entienden que mientras que las *res sacrae* y *sanctae* irían evolucionando desde la esfera religiosa al campo del *ius publicum*, tras un acelerado proceso de secularización del *ius*; las *res religiosae*, rígidamente vinculadas desde su origen más arcaico al grupo gentilicio o familiar, se irían aproximando hacia su consideración como algo común a la familia y, por tanto, hacia un régimen análogo al de propiedad indivisa, al menos por lo que respecta al *ius sepulchri*<sup>47</sup>.

Mientras que las antiguas familias se preocupaban por alejar de los *sepulchra familiaria* a los *extranei*, que sin otro título más que el de *heres*, reclamaban la *illatio mortui*, los *novi homines* traerán consigo un cambio social que también afectaría al derecho funerario. Nos referimos a la aparición (más tardía, pero también de base antigua) de los *sepulchra hereditaria*, igualmente inalienables y *loca religiosa*, pero en los que el derecho a la inhumación no pasaba comunalmente a todos los familiares, sino solamente a los instituidos como herederos como consecuencia de un acto *mortis causa*.

En estos sepulcros cualquier heredero tendría derecho a ser inhumado, por pequeña que fuera la cuota que le hubiese correspondido en el testamento e incluso aunque se opusieran los demás herederos: *sed in utroque heredibus quidem ceterisque successoribus qualescumque fuerint licet sepeliri et mortuum inferre, etiamsi ex*

---

*vel quod pater familias iure hereditario adquisiit. sed in utroque heredibus quidem ceterisque successoribus qualescumque fuerint licet sepeliri et mortuum inferre, etiamsi ex minima parte heredes ex testamento vel ab intestato sint, licet non consentiant alii. liberis autem cuiuscumque sexus vel gradus etiam filiis familiae et emancipatis idem ius concessum est, sive extiterint heredes sive sese abstineant. exhereditatis autem, nisi specialiter testator iusto odio commotus eos vetuerit, humanitatis gratia tantum sepeliri, non etiam alios praeter suam posteritatem inferre licet.*

<sup>45</sup> Tales inscripciones en ALBERTARIO, E., “*Sepulchra familiaria e sepulchra hereditaria*”, cit., pp. 12 ss.

<sup>46</sup> En este punto sigo los planteamientos de MURGA, J. L., “Un posible régimen especial para los sepulcros romanos en Egipto”, *RIDA*, 31, 1984, pp. 252 ss.

<sup>47</sup> Vid. Cicerón, *de officiis*, 1,17,54-55: *Magnum est eadem habere monumenta maiorum, iisdem uti sacris, sepulchra habere communia.*

*minima parte heredes ex testamento vel ab intestato sint, licet non consentiant alii* (Ulpiano, 25 *ad. ed. D.* 11,7,6 pr.). Así entendido, el *ius sepulchri* se vincula al investido como heredero, del cual no se desprende cuándo viene obligado a restituir la herencia o si se ve privado del patrimonio hereditario por otra causa<sup>48</sup>.

Con este tipo de sepulcros se estaba abriendo paso a la posibilidad de su uso *in patrimonio*. Por un lado, la propia *lex Falcidia* obligaba a valorar el sepulcro dentro de la masa patrimonial hereditaria a fin de poder calcular la cuarta exigida por la ley. Igualmente, ante una anulación del testamento por *querella inofficiosi testamenti*, desaparecía la “peculiar titularidad” del heredero sobre el sepulcro. Además, una vez aceptada la transmisión *mortis causa*, nada impediría al heredero transmitir su derecho también *inter vivos*, por ejemplo a través de donación. Hablamos de “peculiar titularidad” porque al menos en su aspecto externo la titularidad del sepulcro pasaba al heredero, si bien éste no podría cambiar el destino del mismo, ni borrar jamás su carácter religioso. Como se desprende de Ulpiano, en sus comentarios *ad Sabinum* (D. 24,1,5,9)<sup>49</sup> el momento en el que se entiende perfeccionada la transmisión del sepulcro al nuevo titular sería aquel en el que se produjera por parte de éste la *inhumatio corporis*.

En época clásica, la *voluntas testandi* prevalece frente a cualquier reglamentación pontifical o arcaica, ya obsoleta. De modo que si el testador disponía que algún familiar no fuese sepultado en el monumento o lugar funerario y no se cumpliese tal disposición, podría actuarse contra el responsable de la *illatio*, con la *actio de sepulchro violato*: *Si contra voluntatem testatoris intulit, sepulchri violati teneri* (Ulpiano, 25 *ad ed. D.* 47,12,3,3).

Pensamos que la transmisión no es del terreno religioso, que evidentemente no muta su naturaleza *extra commercium*, sino del concreto derecho a la *illatio mortui* que pudieran tener los antiguos propietarios. Con esta manera de concebir las *res religiosae*, se facilitaba el acceso a la sepultura de cualquier familia que careciera de ella, al principio a través de negocios gratuitos y, más tarde, como lógica consecuencia de la naturaleza patrimonial de este derecho, mediante transmisiones onerosas. Ante la especialidad de estas transmisiones, como lo sería, por ejemplo, la venta de la *res religiosa*, el pretor interviene dotando de una acción *in factum* al comprador para reclamar una posible indemnización por incumplimiento del vendedor de su prestación. Así, Ulpiano habla de una *actio in factum quasi ex empto* (D. 11,7,8,1)<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> Vid. D. 11,7,33; D. 36,1,43.

<sup>49</sup> *Haec res et illud suadet, si uxori maritus sepulturae causa donaverit, ita demum locum fieri intelligi mulieris, cum corpus humatur: ceterum antequam fiet religiosus, donantis manet. proinde si distraxerit mulier, manet locus donatoris.*

<sup>50</sup> *Si locus religiosus pro puro venisse dicitur, praetor in factum actionem in eum dat ei ad quem ea res pertinet: quae actio [et] in heredem <non> competit, cum <poenam> [quasi ex empto actionem] contineat.* Según reconstrucción de BESELER, G., “Miscellen”, *ZSS*, 43, 1922, p. 543. Sobre la misma vid. MURGA, J. L., “Una acción de Ulpiano para prestaciones imposibles”, en *Homenaje a Santa Cruz*

Con ella el jurista entiende que pese a que la venta es de un *locus religiosus* y, por tanto, técnicamente nula *ex natura rei* –tal y como se confirma por la jurisprudencia más remota<sup>51</sup>–, produciría efectos “casi como una venta” (*quasi ex empto*), de manera que la acción pretoria cumpliría la misma finalidad de la acción ordinaria (*actio empti*). La denominación de la acción como “*quasi ex empto*” parece más una alteración postclásica, sin embargo el germen se encontraría ya en la mente jurídica de la época clásica tardía donde la comercialización y desacralización de lo divino no resultaría ya tan inconcebible. En esta línea, se ha de entender también la aparente contradicción en la que incurre Modestino (5 reg. D. 18,1,62,1), cuando determina la ilicitud de la venta de los *loca sacra vel religiosa vel publica*, para luego decir a renglón seguido que el comprador puede, no obstante, interponer la *actio ex empto* en su interés, justificándola sobre la base del desconocimiento o ignorancia del comprador: *Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur quod interfuit eius, ne deciperetur*. Obviamente, la acción del comprador se sustenta en el hecho de que éste creyó que compraba un *locus purus*, que luego resultó no serlo. Es decir, pese a que la compra es nula, se mantiene el interés del comprador, puesto que no es propiamente el recinto funerario lo que se traspaşa, sino el *ius sepulchri*. La protección pretoria, a través de las acciones del edicto, revela el indudable valor patrimonial que llegaría a adquirir este derecho, cuya exteriorización material se encuentra en el propio sepulcro.

La construcción teórica del *ius sepulchri*, como derecho inmaterial alienable pudo llegar a un suficiente grado de desarrollo en torno al siglo III d. C., tal y como testimonia una constitución diocleciana del año 286, recogida en C. 6,37,14 *Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Tatiano: Monumenta quidem legari non posse manifestum est, ius autem mortuum inferendi legare nemo prohibetur*. PP. II. K. Sept. Maximo II et Aquilino cons.

En la constitución se pone de manifiesto cómo los emperadores sancionan la inalienabilidad de los *monumenta funeraria* y el libre comercio del *ius mortuum inferendi* (expresión concreta del *ius sepulchri*), considerándolo objeto de legado. Ello se entiende dado que esta circunstancia no compromete el destino ni la titularidad del monumento funerario. De manera que la doctrina romanística viene sosteniendo que la noción de *ius sepulchri* surgiría en la práctica para superar la dificultad derivada

Teijeiro, 2, Valencia, 1974, pp. 117 ss.; ID., “Una *actio in factum* para la venta de sepulcros”, *RIDA*, 21, 1974, pp. 299 ss. Del mismo autor, vid. *La venta de las ‘res divini iuris’ en el derecho romano tardío*, Pamplona, 1968.

<sup>51</sup> Ulp. 28 *ad Sab.* D. 18,1,22: *si omne religiosum vel sacrum vel publicum venierit, nullam esse emptionem*; Paulo, 33 *ad ed.* D. 18,1,34,1: *quas vero natura vel gentium ius vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est*; Pomp. 9 *ad Sab.* D. 18,1,6 pr.: *Sed Celsus filius ait hominem liberum scientem te emere non posse nec cuiuscumque rei si scias alienationem esse: ut sacra et religiosa loca aut quorum commercium non sit, ut publica quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeantur, ut est campus Martius.*

de la cualidad extra patrimonial del sepulcro, con el fin de hacer jurídicamente posible su enajenación<sup>52</sup>.

#### IV. TUTELA JURÍDICA DE LOS *SEPULCHRA*: SANCIONES CONTRA LA EXHUMACIÓN DEL CADÁVER Y OTROS CASOS DE *TURBATIO* SEPULCRAL

Como hemos podido constatar, durante los primeros siglos el Derecho romano entendió la especial situación de los sepulcros como *res divini iuris*, dentro del marco del ordenamiento pontifical, continuador del arcaico *fas*<sup>53</sup>. De ahí que tanto el *ius civile*, como el *praetorium* dejarán en manos de su jurisdicción los posibles litigios o conflictos surgidos de los enterramientos, así como las contravenciones al *ius sepulchri*<sup>54</sup>. Es lógico pensar que fueran los mismos tribunales gentilicios y familiares, y posteriormente los *collegia sacerdotales*, quienes las sancionaran con multas u ofrendas vinculantes.

Desconocemos cómo operaban tales tribunales. Para Murga probablemente funcionarían como órganos colegiados a través de un procedimiento verbal y solemne, «quizá no muy alejado del viejo *sacramentum*, núcleo primigenio de toda la tramitación procesal arcaica»<sup>55</sup>. Las sentencias de estos tribunales, recogidas como decretos, todavía las encontramos en testimonios de época clásica<sup>56</sup>.

No obstante, con el desarrollo de la *civitas*, la aparición –aparte de los *sepulchra familiaria*– de las tumbas hereditarias y todos los problemas derivados de la titularidad del *ius sepulchri* y su transmisión, la intervención del *ius profanum* se haría pronto necesaria, dada la relevancia en el ordenamiento jurídico humano de tales cuestiones, no exclusivamente pertenecientes al ámbito de la *religio*.

En un principio, cabría pensar en una intervención pretoria a través de una amplia protección interdictal<sup>57</sup>. Los interdictos prohibitorios *ne quid in loco sacro religioso*

<sup>52</sup> Vid. por todos PALMA, A., “Sepolcro”, cit., p. 7, con base en BONFANTE, P., *Corso di diritto romano*, II. *La proprietà*, cit., pp. 30 ss. Igualmente, STEIN, P., “Some reflections on the *ius sepulchri*”, en *Studi in onore di B. Biondi*, 2, Milano, 1965, pp. 111 ss.

<sup>53</sup> Cicerón, *de leg.*, 2,55: *Iam tanta religio est sepulchrorum ut extra sacra et gentem inferri fas negent esse, idque apud maiores nostros A. Torquatus in gente Popilia iudicavit*. Vid., asimismo, Cic. *de leg.* 2,23,58.

<sup>54</sup> Como observa PALMA, A., “Sepolcro”, cit., p. 2: «Il problema della sicurezza delle tombe non si pose, evidentemente, per le sepolture domestiche, sicuramente esistenti fino al divieto decemvirale del seppellimento *intra urbem*, che ne determinò la disseminazione *per agros*». Testimonios de la existencia de sepulturas domésticas aparecen en *Serv. Aen.* 5,64 y 6, 152. Cfr. *Isid. Orig.* 15,11,1.

<sup>55</sup> MURGA, J. L., “Un posible régimen especial para los sepulcros romanos en Egipto”, cit., p. 249, nt. 24.

<sup>56</sup> Papiniano, 6 *Quaest. D.* 5,3,50; Ulpiano, 25 *ad ed. D.* 11,7,8 pr.

<sup>57</sup> FADDA, C., *L'azione popolare*, Roma, 1894 (reed. 1972), pp. 326 ss.; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “*Interdicta publicae utilitatis causa y acciones populares*”, *RGDR*, 32, 2019, pp. 1 ss.

*sancto fiat*<sup>58</sup>; *de mortuo inferendo*<sup>59</sup>; *de sepulchro aedificando*<sup>60</sup>, posteriormente –en torno al último siglo a. C.–, se completarían con la creación en el edicto de la *actio de sepulchro violato*<sup>61</sup>, dirigida a asegurar el uso adecuado de los *loca religiosa* y sancionar posibles abusos. Los primeros tendrían como objeto dejar sin eficacia cualquier actuación que perturbara la función sepulcral, no necesariamente dolosa; mientras que la acción supone una *violatio*, de forma que su finalidad es eminentemente represiva, convirtiéndose en un remedio procesal eficaz que castigaba tanto la *violatio sepulchri*, como la *habitatio e inaedificatio in sepulchro*<sup>62</sup>. De su legitimación pasiva se excluye, por tanto, a los impúberes y quienes no tuvieran *animus violandi*<sup>63</sup>.

Así pues, sin cuestionar la naturaleza religiosa de los *sepulcra*, el derecho humano vendrá a reforzar la protección pontifical en un ordenamiento jurídico cada vez más secularizado.

Más obvia era, por otra parte, la injerencia pública en los *puticuli*, grandes fosas comunes en las que se arrojaban los cuerpos de los pobres, para luego ser incinerados generalmente, y que no tenían la consideración de *loca religiosa*, dado que en ellos no existía un acto de destino del *locus* privado como sepultura. De forma que éstos fueron sometidos a medidas de orden público tales como: el *edictum praetoris de Campo Esquilino*<sup>64</sup>, la prohibición pretoria de época silana dirigida a evitar la acumulación de estiércol y cadáveres, además de la construcción de *ustrinae*, o el senadoconsulto de *Pago Montano*.

Para A. Fernández de Buján un antecedente de la futura acción *de sepulchro violato* se puede observar ya en el citado senadoconsulto *de pago Montano* (de fecha in-

<sup>58</sup> LENEL, O., *Das Edictum Perpetuum*, §235: “*In loco sacro religioso sancto facere inve eum immittere quid veto*”. Al respecto, BUSACCA, C., “*Ne quid in loco sacro religiosove fiat*”, *SDHI*, 42, 1977, pp. 268 ss.

<sup>59</sup> Ulp. 68 *ad ed. D.* 11,8,1 pr.: *Praetor ait: QUO QUAVE ILLI MORTUUM INFERRE INVITO TE IUS EST, QUO MINUS ILLI EO EAVE MORTUUM INFERRE, ET IBI SEPULIRE LICEAT, VIM FIERI VETO.*

<sup>60</sup> Ulp. 68 *ad. ed. D.* 11,8,1,5: *Praetor ait: QUO ILLI IUS EST INVITO TE MORTUUM INFERRE, QUOMINUS ILLI IN EO LOCO SEPULCHRUM SINE DOLO MALO AEDIFICARE LICEAT, VIM FIERI VETO.*

<sup>61</sup> D. 47,12; C. 9,19. *De sepulchro violato*. LENEL, *Das Edictum Perpetuum* § 93 nos ofrece una reconstrucción de la fórmula de esta acción en base a: Ulpiano, 25 *ad ed. D.* 47,12,3; Paulo, 27 *ad ed.*, 47,12,4; Juliano, 10 *Dig. D.* 47,12,6.

<sup>62</sup> Para LOZANO CORBÍ, E., *La legitimación popular en el proceso romano clásico*, Barcelona, 1982, pp. 251 ss., los supuestos ilícitos de *habitatio vel inaedificatio in sepulchro* se han de entender interpolados, dado que conllevan una sanción pecuniaria diferente (exactamente al doble) que el de la *violatio sepulchri* (Ulpiano, lib. 25 *ad ed. D.* 47,12,3 pr.). Dicha interpolación debió tener lugar –tal y como sugiere el autor– tras las invasiones bárbaras, cuando las tumbas sirvieron de refugio a la población expulsada de sus casas y ello ocasionó graves inconvenientes e inseguridad social.

<sup>63</sup> Ulp. 25 *ad ed. praet. D.* 47,12,3,1 requiere específicamente que la violación vaya acompañada de dolo malo: *Prima verba ostendunt eun demum ex hoc plecti, qui dolo malo violavit. si igitur dolus absit, cessabit eiusdem. personae igitur doli non capaces, ut admodum impuberes, item omnes, qui non animo violandi accedunt, excusati sunt.*

<sup>64</sup> FIRA, I, 53, p. 306 s.

cierta aunque, sin duda, de época republicana), que hace referencia al lugar sito en la ladera de la colina Esquilina. El texto del senadoconsulto prohíbe el amontonamiento de basura y desperdicios en las inmediaciones de la puerta Esquilina, debido a su consideración de lugar sagrado, al estar destinado a enterramientos<sup>65</sup>. «Se prevé que los ediles plebeyos y, en su defecto, cualquier ciudadano, *quivis de populo*, puedan actuar mediante un procedimiento en vía ejecutiva, *manus iniectio*, consistente en el apoderamiento de cosas en garantía, *pignoris capio*, y la imposición de una multa, contra quien realizase actuaciones contrarias a lo previsto en el texto de la disposición senatorial»<sup>66</sup>.

No debió ser raro, por tanto, intentar una vía ejecutiva *pro populo* utilizando el remedio procesal ordinario de la *manus iniectio*, llevada a cabo con el *iussum* del magistrado<sup>67</sup>.

Tal vez con esta finalidad fueron utilizadas originariamente, según Murga<sup>68</sup>, las acciones populares, ampliando de ese modo las posibilidades de represión de unos magistrados desbordados por la administración de lo público. A este respecto, Lozano Corbí precisa que: «Las acciones populares pretorias u edilicias fueron junto a los interdictos populares, las que los juristas calificaron exclusivamente como acciones con legitimación abierta a todos los ciudadanos. Entre estas acciones pretorias se halla la *actio de sepulchro violato*, que es el modelo de las demás»<sup>69</sup>.

No obstante, no se puede sostener, en puridad, la aplicación de la *actio sepulchri violati* a los casos de exhumaciones o retiradas de cadáveres en fosas comunes o lugares de enterramientos en masa, dado que no concurría en ellos el requisito de *res religiosae* y, por tanto, no cabría hablar de una *violatio*. No olvidemos, como ponen de manifiesto las fuentes estudiadas anteriormente, que la condición de *locus religiosus* presupone un acto de autonomía o *voluntas* privada (*Religiosum uero nostra uoluntate facimus mortuum inferentes in locum nostrum...*)<sup>70</sup>.

En nuestro caso, la *actio sepulchri violati* castigaba la violación de los sepulcros ajenos (*qui sepulchrum alienum effregerit vel aperuerit*). Delito del que da noticia el título XII del libro 47 del Digesto y que comprende la profanación del cadáver del

<sup>65</sup> *Neive ustrinae in eis locis regionibusve nive foci ustrinae caussa fierent; nive stercus terramve intra ea loca fecisse coniecisse uelit... cum Hs. ...manus iniectio pignorisque capio siet.* (FIRA, I, 39, p. 272 s.).

<sup>66</sup> Como expresa FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “La acción popular romana, *actio popularis*, como instrumento de defensa de los intereses generales y su proyección en el Derecho actual”, *RGDR*, 31, 2018, p. 13; artículo que tiene su origen en el discurso pronunciado por el autor con ocasión de su investidura como Doctor Honoris Causa por la New Bulgarian University, el seis de marzo de 2018.

<sup>67</sup> Sobre este *iussum* o *addictio* de la *manus iniectio* vid. KASER, M., *Das altrömische ius*, Göttingen, 1949, pp. 351 ss.

<sup>68</sup> MURGA, J. L., “Las acciones populares en la *lex coloniae Genitivae Iuliae*”, *Seminarios Complutenses de Derecho romano*, I. *Cuestiones de jurisprudencia y proceso*, Madrid, 1990, p. 106, nt. 12; p. 107, nt. 14.

<sup>69</sup> LOZANO CORBÍ, E., *La legitimación popular en el proceso romano clásico*, cit., p. 249, nt. 316.

<sup>70</sup> Gai, 2,26; Cic. *de leg.* 2,23,58.

difunto, así como el deterioro, destrucción o apertura de tumbas privadas, la mutilación de la inscripción o lápida y también el hecho de habitar el sepulcro o el de darle un uso distinto a su destino normal<sup>71</sup>.

Se trata de una *actio in factum*, anual, que además de perseguir una compensación económica, se basa en la realización de una *ultio*. La acción pertenece, en efecto, a la categoría de acciones *vindictam spirantes*. Es, en definitiva, infamante. De las fuentes podemos deducir una prueba flagrante de la idea de venganza, propia de todas las acciones penales<sup>72</sup>.

Asimismo, es el prototipo de *popularis actio: quae suum ius populi tuteur* (Paul. 8 *ad ed.* D. 47,23,1)<sup>73</sup>. Podía ser intentada por el titular del *ius sepulchri* contra quien lo hubiese dañado y, en su defecto —en caso de inacción o ausencia del interesado—, *quiuvis ex populo*, por cualquier ciudadano de Roma o de un *municipium (cui volet)*; dado que se entiende que la incidencia de esta conducta delictiva en la sociedad, en general, es suficientemente grave que merece represión, pues atenta contra el orden público<sup>74</sup>.

La fórmula era, en cualquier caso, única; aunque no falta quien ha deducido de una opinión labeoniana —recogida por Ulpiano (25 *ad ed.* D. 47,12,3,9)<sup>75</sup>— una sucesión cronológica entre el *iudicium* intentado por el titular del sepulcro y el sucesivo carácter popular de la acción. En efecto, el jurista de época augustea responde afirmativamente a la cuestión de si es posible interponer la acción por todos los cotitulares del sepulcro, lo que contradice la prohibición de concurso de actores en la acción popular, como se desprende de la opinión de Paulo en D. 47,23,2<sup>76</sup> y también recalca Ulpiano en D. 47,12,3 *pr*<sup>77</sup>. De modo que para quienes sostienen esta teoría, Labeón sólo habría conocido una acción privada, mientras que la popular habría aparecido a partir de época juliana<sup>78</sup>. No obstante, el mismo Ulpiano (25 *ad ed.*) en

<sup>71</sup> Ulpiano, lib. 25 *ad ed.* D. 47,12,3 *pr*. Al respecto LOZANO CORBÍ, E., “Competencia de los recuperadores en la *actio de sepulchro violato* y en otras acciones populares”, en *Estudios en homenaje al prof. Juan Iglesias*, 3, Madrid, 1988, p. 1490; ID., *La legitimación popular en el proceso romano clásico*, cit., pp. 228-246, con abundante bibliografía; pp. 247 ss.

<sup>72</sup> Ulp. 2 *ad ed. praet.* D. 47,12,1; Iulian. 10 *dig.* D. 47,12,6; Macer 2 *publ. iudic.* D. 47,12,9; Pap. 8 *quaest.* D. 47,12,10. También Ulp. 61 *ad ed.* D. 29,2,20,5.

<sup>73</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “La acción popular romana, *actio popularis*, como instrumento de defensa de los intereses generales y su proyección en el Derecho actual”, cit., p. 1 ss.

<sup>74</sup> MOREL, M., “Le *sepulchrum*. Étude de droit romain”, *Annales de l'Université de Grenoble*, 5, 1928, p. 113; SCHULZ, F., *Derecho romano clásico*, trad. esp. J. Santa Cruz Teigeiro, Barcelona, 1960, p. 41.

<sup>75</sup> *Si ad plures ius sepulchri pertineat, utrum omnibus damus actionem an ei qui occupavit? Labeo omnibus dandam dicit recte, quia in id quod uniuscuiusque interest agitur.*

<sup>76</sup> Paul. 8 *ad ed.* D. 47,23,2: *Si plures simul agant populari actione, praetor eligat idoneiorem.*

<sup>77</sup> Ulpiano, 25 *ad ed.* D. 47,12,3 *pr.*: *SI PLURES AGERE VOLENT, CUIUS IUSTISSIMA CAUSA ESSE VIDEBITUR, EI AGENDI POTESTATEM FACIAM.*

<sup>78</sup> Vid. esta opinión doctrinal en PALMA, A., “Sepulcro”, cit., pp. 8 s. Cfr. LOZANO CORBÍ, E., *La legitimación popular en el proceso romano clásico*, cit., p. 256, quien sostiene que Labeón, siendo

D. 47,12,3,12 califica la acción *de sepulchro violato* como popular, ya sea promovida por el interesado que por un tercero, sentenciando: *Haec actio popularis est*. En cualquier caso, la seguridad de las tumbas y el reposo de los antepasados deificados constituyen, indudablemente, un interés popular digno de protección, independientemente de quien promueva el *iudicium*. Por otra parte, como en cada acción popular –al igual que ocurría en cada interdicto popular– la legitimación activa se otorgaría al más interesado<sup>79</sup>.

A través de la interposición de la misma, se condenaba a pagar a la persona que había intentado la acción una pena pecuniaria consistente en una cantidad tasada por el juez, si dicha persona tenía un interés particular en el sepulcro, y si no cien sueldos de oro (alrededor de cien mil sestercios, que ascienden a doscientos mil si el infractor habita o edifica en el *locus religiosus*)<sup>80</sup>. Esto es, si la acción era solicitada por el interesado comportaba una condena *in bonum et aequum concepta*, mientras que si lo era por un tercero cualquiera, la condena consistiría en una indemnización fija, dado que no se podría hablar de un interés particular a evaluar. Para F. Casavola<sup>81</sup> dicha condena pecuniaria fija se introduciría tarde, dado que todavía Juliano habla de un *iudicium aestimatorium, si alius egerit*<sup>82</sup>. Si bien, como observa A. Palma<sup>83</sup>, puede que Juliano se estuviera refiriendo a un supuesto concreto en el que el tercero que interpone la acción actúa como gestor del aquel *ad quem res pertinet*, dada su ausencia *rei publicae causa*. De cualquier forma, la diferente modulación de la *condemnatio* y la diversa articulación de la sanción, en base a la legitimación activa de la acción, no desvirtúa su naturaleza unitaria como *iudicium recuperatorium*<sup>84</sup>. Además, la du-

---

perfectamente conocedor del problema de la prohibición de la concurrencia de actores en las acciones populares, pese a ello sustrae este caso concreto de la regla general, en consideración del interés privado presente en igual grado en todos los cotitulares del *ius sepulchri* violado, dado que los sepulcros a la par que *res religiosae* fueron también cosas susceptibles de derechos privados.

<sup>79</sup> Ulp. 1 *ad ed.* D. 47,23,3,1: *In popularibus actionibus is cuius interest praefertur*. Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “Un apunte sobre la legitimación popular”, *RGDR*, 29, 2017, pp. 1 ss.

<sup>80</sup> Ulpiano, lib. 25 *ad ed.* D. 47,12,3 pr.: *Praetor ait: CUIUS DOLO MALO SEPULCHRUM VIOLATUM ESSE DICETUR, IN EUM IN FACTUM IUDICIUM DABO, UT EI, AD QUEM PERTINEAT, QUANTI OB EAM REM AEQUUM VIDEVITUR, CONDEMNATUR. SI NEMO ERIT, AD QUEM PERTINEAT, SIVE AGERE NOLET: QUICUMQUE AGERE VOLET, EI CENTUM AUREORUM ACTIONEM DABO. SI PLURES AGERE VOLENT, CUIUS IUSTISSIMA CAUSA ESSE VIDEBITUR, EI AGENDI POTESTATEM FACIAM. SI QUIS IN SEPULCHRO DOLO MALO HABITAVERIT AEDIFICIUMVE ALIUD, QUAMQUE SEPULCHRI CAUSA FACTUM SIT, HABUERIT: IN EUM, SI QUIS EO NOMINE AGERE VOLET, DUCENTORUM AUREORUM IUDICIUM DABO.*

<sup>81</sup> *Studi sulle azioni popolari romane*, Napoli, 1958, pp. 44 ss.

<sup>82</sup> *Iul. 10 dig.* D. 47,12,6: *Sepulchri violati actio in primis datur ei, ad quem res pertinet. quo cessante si alius egerit, quamvis rei publicae causa afuerit dominus, non debet ex integro adversus eum, qui litis aestimationem sustulerit, dari. nec potest videri deterior fieri condicio eius, qui rei publicae causa afuit, cum haec actio non ad rem familiarem eiusdem, magis ad ultionem pertineat.*

<sup>83</sup> “Sepolcro”, cit., p. 9.

<sup>84</sup> Cf. BETANCOURT, F., *Derecho romano clásico*, 3ª edición (revisada y aumentada), Sevilla, 2007, p. 272, quien señala dos fórmulas procesales diferentes para la *actio in factum de sepulchro violato*: una privada y otra popular. La primera rezaría de la siguiente manera:

plicidad de acciones –privada y pública– no concordaría con el sentido práctico del Derecho romano, ni con la finalidad última de la acción: el interés común por la seguridad y el respeto a la vida de ultratumba, materializada en el sepulcro, digno de tutela jurídica.

La multa satisfecha por el infractor ingresaba en el patrimonio del actor o en las arcas del Estado o del *municipium*. Además, imponía la nota de infamia al profanador que quedaba vencido en juicio (D. 47,12,1)<sup>85</sup>. Más tarde, la *interpretatio* de los juristas fue admitiendo nuevos casos de violación de sepulturas que entraban dentro del ámbito de interposición de esta acción edictal<sup>86</sup>. En cualquier caso, se requería dolo malo en el que dañaba una sepultura y podía incluso enjuiciarse por esta acción al heredero que contra la voluntad del testador hubiera enterrado un cadáver ajeno en un sepulcro hereditario<sup>87</sup>.

Además, se podía dirigir contra el profanador una acusación criminal, cuya sanción era la muerte o la deportación, según la categoría del culpable, si se hubieran sacado del sepulcro los restos (el cadáver o los huesos) y, en cualquier otro caso, la relegación o la condena a minas<sup>88</sup>.

En el famoso rescripto *Diatagma Caesaris*, atribuido a Augusto y conocido por la inscripción de Nazaret, se dice expresamente: «Me place que los sepulcros y túmulos que para la religión de nuestros mayores o de los hijos y parientes fueron construidos permanezcan perpetuamente respetados... si alguien consigue probar que sus sepulcros fueron destruidos o que alguien de otro modo cualquiera exhumó los cadáveres o los trasladó con dolo malo a otro lugar con intención injuriosa para los que reposan allí o removió las piedras sepulcrales, contra tal mando que se instruya un proceso de la religión de los hombres como de la de los dioses... Es más obligado honrar a

---

*si paret sepulchrum, quo de agitur, eum ad Aulum Agerium pertineret, dolo malo Numeri Negidi violatum esse, quantae pecuniae ob eam rem bonum et aequum videbitur Numerium Negidium Aulo Agerio condemnari, tantae pecuniae, iudex, Numerium Negidium Aulo Agerio condemna, si non paret absolutivo.*

Mientras que la segunda sería de este modo:

*si paret sepulchrum, quo de agitur, dolo malo Numeri Negidi violatum esse, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium centum milia condemna, si non paret absolutivo.*

<sup>85</sup> Al respecto, GIORGI, G., *Le multe sepolcrali in diritto romano*, Bologna, 1910, pp. 26 ss.; ROSSI, M., “Ricerche sulle multe sepolcrali romane”, *Rivista storica dell’ antichità*, 5, 1975, pp. 118 ss.

<sup>86</sup> Vid. KASER, M., “Zum römischen Grabrecht”, cit., pp. 15 ss. Cabe intuir una diferente protección según se trate de *sepulchra familiaria* o *hereditaria*. En el primer caso, habría una extensión de la *actio sepulchri violati*, mientras que en el segundo bastarían las sanciones religiosas de los pontífices. Vid., asimismo, Macer. 1 *de iud. pub.* D. 47,12,8, referente a quien impida a alguien los actos de funerales y entierro.

<sup>87</sup> Ulp. 25 *ad ed.* D. 47,12,3,3. TORRENT, A., “*Actio de sepulchro violato*”, en *Diccionario de Derecho romano*, Madrid, 2005, p. 31.

<sup>88</sup> Paul. 5 *Sent.* D. 47,12,11: *Rei sepulchrorum violatorum, si corpora ipsa extraxerint vel ossa eruerint, humilioris quidem fortunae summo supplicio adficiuntur, honestiores in insulam deportantur, alias autem relegantur aut in metallum damnantur.* También en *Pauli Sent.* 1,21,4.

los que reposan. A nadie sea lícito remover los cadáveres. Si alguien no se atuviere a lo ordenado, mando que sea condenado, por violación de sepulcro, a pena capital»<sup>89</sup>.

Como apunta G. Purpura: «L'umano intervento determinato dalla spietata prassi praticata in provincia da esattori e creditori romani avrebbe quindi potuto aprire la strada non solo alla successiva repressione criminale del reato di sepulcro violato, ma forse anche all'estensione del sacrilegio alla fattispecie della profanazione delle spoglie degli uomini in quanto tali in tutto l'impero»<sup>90</sup>. En efecto la pena de muerte que contempla el rescripto augusteo para el "tymborychos"<sup>91</sup>, la encontramos de nuevo en Septimio Severo para el caso de sustracción de objetos de las tumbas cometida *manu armata*<sup>92</sup>. Más tarde, una constitución de Constancio del año 357 conmuta en multa las penas capitales previstas para la violación de sepulturas, si bien permanecen para los supuestos de ofensas al cuerpo o cenizas del difunto y para quienes se hubieran apoderado de cuerpos sepultados o reliquias, pues "*nihil enim derogatum est illi supplicio, quod sepulchra violantibus videtur impositum*"<sup>93</sup>.

Ulpiano (25 *ad ed.*) en D. 47,12,3,7 señala la frecuencia con la que suelen intervenir los gobernadores, conforme al rescripto de Septimio Severo, contra quienes

<sup>89</sup> Traducción de SANTA CRUZ, J., "*De ivre sepulcrorum*", cit., pp. 143-144. En el Cabinet des Médailles de París ha estado desde 1879 una pieza inscrita de mármol que formaba parte de la colección Froehner y cuyo único dato acerca de su origen es la nota que figura en el inventario manuscrito del propio Froehner, donde se califica como *Dalle de marbre envoyée de Nazareth en 1878*. La primera persona que mostró interés por la pieza fue M. Rostovtzeff unos cincuenta años después de que llegara supuestamente a París. El mencionado historiador llamó la atención de F. Cumont sobre la misma y éste procedió a publicarla en 1930: "Un Rescrit impérial sur la violation de sépulture", *Revue Historique*, 163, 1930, pp. 241 ss. La inscripción está en griego, aunque cabe la posibilidad de que se escribiera en latín originalmente y lleva el encabezamiento de *Diátagma Kaisaros* («Decreto de César»). Hay una traducción del texto griego de M. P. Charlesworth, *Documents illustrating the Reigns of Claudius and Nero*, Cambridge, 1939, p. 15, n. 17, en <https://cesarvidal.com/blog/los-primeros-cristianos/fuentes-epigrafico-documentales-ii-el-denominado-decreto-de-nazaret>.

<sup>90</sup> PURPURA, G., "L'Editto di Nazareth *De violatione sepulchrorum*", en *IVRIS ANTIQVI HISTORIA. An International Journal on Ancient Law*, 4, 2012, p. 148, quien puntualiza los supuestos de violaciones de sepulturas cuya represión viene implícita en el edicto de Nazaret: «oltre all'odiosa prassi del sequestro del cadavere del debitore insolvente, le pratiche magiche con trafugamento di parti del defunto ed il fenomeno della persistenza della credenza nei 'revenants', che sembra ora archeologicamente ben attestato per tutta l'età romana ed oltre, la *noxae deditio* del cadavere del colpevole anche in minime parti corporee per impedire il *iustum sepulchrum*» (p. 144).

<sup>91</sup> A propósito de este término vid. FARAGUNA, M., "Lo statuto giuridico delle tombe nel mondo greco ad Atene e al di fuori di Atene: un'analisi comparativa", en *Le droit à la sépulture dans la Méditerranée antique II - Le droit des tombeaux, Recherche École Français de Rome*, 2016, disponible en [https://www.efrome.it/fileadmin/res/PDF\\_Flyers\\_Affiches\\_Programmes/Antiquite/RESUMES\\_Sepulture\\_2.pdf](https://www.efrome.it/fileadmin/res/PDF_Flyers_Affiches_Programmes/Antiquite/RESUMES_Sepulture_2.pdf). Con anterioridad, DE VISSCHER, F., *Le droit des tombeaux romains*, Milano, 1963, pp. 161 ss.; GERNER, E., "Tymborychia", *PWRE*, 7, t. 2, 1943, 1740 ss.

<sup>92</sup> Ulp. 25 *ad ed.* D.47,12,3,7; *Pauli Sent.* 5,19a.

<sup>93</sup> C. Th. 9,17,4= C. 9,19,4 (*Imp. Constantius A ad populum* [a. 340]).

*cadavera spoliant*: castigados con la pena de muerte si lo hicieran armados, o con la pena de minas si accedieron a la sepultura sin armas<sup>94</sup>.

El mismo Ulpiano, a renglón seguido, (D. 47,12,3,8), hablando del montante de la condena –que ha de estimarse en función del interés del demandante por la injuria que se le ha inferido; del lucro del autor de la violación; del daño causado o de la temeridad del autor del delito– apunta con una circunlocución a “*qui de sepulchri violati actione iudicant*”, que haría referencia muy probablemente a la originaria competencia de los *recuperatores* en la acción prevista por el edicto, ya que como ha observado la doctrina éstos juzgaban injurias atroces y la violación de sepulturas entraba dentro de esta categoría<sup>95</sup>.

Este texto hace, asimismo, alusión a que estos jueces deben apreciar la violación *ex injuria*. De hecho, el jurista menciona la aplicación de la *actio iniuriarum* (en lugar de la *actio sepulchri violati*) en el caso de una inhumación realizada sin derecho en terreno ajeno, contra el dueño de ese terreno que procediera a la exhumación sin la autorización de los pontífices o del emperador<sup>96</sup>. Se podría entender, en consecuencia, que el pretor considera que hay injuria en el hecho de turbar el descanso de los difuntos<sup>97</sup>.

De manera que la *actio sepulchri violati* presentaría algunas similitudes con la *iniuriarum*, tales como ser *in bonum et aequum concepta* (cuando la interpone, como sujeto activo legitimado, el propio titular del *ius sepulchri*), penal, noxal e infamante.

Como constatan las fuentes, el delito de violación de sepulturas pasará del ámbito de competencia de los *recuperatores* y será comprendido en la *lex Iulia de vi*, dado que quien viola un sepulcro viene a dejar insepulto al allí enterrado. Ahora bien, con el desarrollo de la *cognitio extra ordinem* en materia criminal, algunos supuestos de *violatio sepulchrum* quedarán sancionados por vía extraordinaria<sup>98</sup>.

<sup>94</sup> *Adversus eos, qui cadavera spoliant, praesides severius intervenire, maxime si manu armata adgrediantur, ut, si armati more latronum id egerint, etiam capite plectantur; ut divus Severus rescripsit, si sine armis, usque ad poenam metalli procedunt.*

<sup>95</sup> LOZANO CORBÍ, E., “Competencia de los *recuperatores* en la *actio de sepulchro violato* y en otras acciones populares”, cit., p. 1492, basándose en PUGLIESE, G., *Studi sull'iniuria*, Milano, 1941, pp. 82, 95-96, 101-102, especialmente; Aulo Gelio, *Noctes Atticae*, 20,1,13.

<sup>96</sup> Ulp. 25 *ad ed.* D. 11,7,8 pr.: *Ossa, quae ab alio illata sunt vel corpus an liceat domino loci effodere vel eruere sine decreto pontificum, seu iussu principis, quaestionis est: et ait Labeo, exspectandum vel permissum pontificale, seu iussionem principis, alioquin iniuriarum fore actionem adversus eum qui eiecit.*

<sup>97</sup> MOREL, M., “Le *sepulchrum*. Étude de droit romain”, cit., pp. 66 ss. Igualmente, D. 48,24,2: *Si quis in insulam deportatus vel relegatus fuerit, poena etiam post mortem manet, nec licet eum inde transferre aliubi et sepelire inconsulto principe: ut saepissime Severus et Antoninus rescripserunt et multis petentibus hoc ipsum indulserunt.* DE LAS HERAS, G., *La consideración del cadáver en Derecho romano*, cit., p. 46, entiende que ni el cuerpo ni las cenizas pueden ser tratadas como cosas puramente materiales. «En ellos y por ellos el difunto persigue una vida de ultratumba... hasta tal punto que puede ser víctima de un delito de injuria».

<sup>98</sup> Vid. D'ORS, A. et alii, *El Digesto de Justiniano*, III, Aranzadi, Pamplona, 1975, p. 659, en base al testimonio de Macer 1 *de iud. pub.* D. 47,12,8: *Sepulchri violati crimen potest dici ad legem Iuliam de vi publica pertinere ex illa parte, qua de eo cavetur, qui fecerit quid, quo minus aliquis funeretur*

Como ya observara Fadda<sup>99</sup> en las acciones populares siempre existiría un interés individual; incluso en los supuestos de carácter popular habría que contemplar una vía procesal de naturaleza privada. El hecho de que ese interés subjetivo de reprimir ilícitos, a través de multas al infractor, pudiera interesar también a otros *cives*, y aunque los componentes del *populus* estuvieran legitimados para el ejercicio de la acción, no privaría a ésta, una vez entablada, de su carácter privado, equivalente al resto de las acciones edictales<sup>100</sup>. Otros autores, en cambio, se muestran más partidarios de la naturaleza pública de estas acciones, dada su finalidad pública de defensa de los intereses de todo el *populus*<sup>101</sup>. La opinión intermedia que considera que estas vías procesales vienen a cubrir un espacio nuevo para la defensa de ciertos derechos a finales de época republicana, situados a mitad de camino entre los intereses puramente familiares y los estrictamente públicos, me parece muy sugestiva. Se entiende, así, lo “popular” como un *tertium genus*, entre lo público y lo familiar-privado, al igual que sucedía con los *sacra popularia*, a mitad de camino entre los *sacra publica* y los *sacra privata*, propios de los grupos familiares y gentilicios<sup>102</sup>.

En concreto, podemos deducir que en el Alto Imperio el titular de un *ius sepulchri*, preocupado por la perpetuación de su memoria, cuenta con todo tipo de instrumentos: estipulaciones o medidas caucionales del tipo *ne quis eo inferatur*, para hacer prometer a sus parientes (herederos o familiares) –bajo penas pecuniarias o multas sepulcrales– el reconocimiento debido evitando las temidas violaciones o cambios de destino de la tumba, tales como la *illatio* de extraños<sup>103</sup> o la venta del *locus religiosus* como *purus*<sup>104</sup>. Por otro lado, es también frecuente acudir a un conjunto de libertos adjudicatarios de viviendas edificadas en el recinto funerario con la obligación de proteger y cuidar los sepulcros y el jardín anexo<sup>105</sup>. No obstante, los

---

*sepeliaturve: quia et qui sepulchrum violat, facit, quo quis minus sepultus sit.* Para LOZANO CORBÍ, E., “Competencia de los recuperatores en la *actio de sepulchro violato* y en otras acciones populares”, cit., p. 1493, nt. 33., este texto ha sufrido una mutilación por lo que se refiere a la mención de la *lex Iulia de vi privata*, habiéndose suprimido también la mención al *iudicium recuperatorium*. Asimismo, D. 47,12,11=Pauli Sent. 5,19<sup>a</sup>; D. 47,12,3,7; D. 11,7,8 pr. DE LAS HERAS, G. R., *La consideración del cadáver en Derecho romano*, cit., pp. 72-75.

<sup>99</sup> FADDA, C., *L'azione popolare*, cit., pp. 78 ss. y 212 ss.

<sup>100</sup> MURGA, J. L., “Las acciones populares en la *lex coloniae Genitivae Iuliae*”, cit., p. 107, nt. 15.

<sup>101</sup> Vid., por ejemplo, MOMMSEN, T., “Die Stadtrechte der lateinischen Gemeinden Salpensa und Malaca in der Provinz Baetica”, *Abh. Sächs. Ges. Wiss.*, 2, 1857, p. 461; CASAVOLA, F., “Fadda e la dottrina delle azioni popolari”, *Labeo*, 1, 1955, pp. 131 ss.; BRUNS, K. G., “Die römischen Popularklagen”, *ZRG*, 3, 1864, pp. 341 ss.

<sup>102</sup> MURGA, J. L., “Las acciones populares en la *lex coloniae Genitivae Iuliae*”, cit., p. 108. Ya SCIALOJA, V., “Prefazione a la obra de Bruns”, *AG*, 28, 1882, pp. 108 ss., advirtió esta tercera categoría constituida por eficaces formas de tutela de los derechos colectivos o difusos.

<sup>103</sup> Como se desprende de la epigrafía funeraria, vid., ad ex., CIL, III, 2856.

<sup>104</sup> Dichas multas no son incompatibles con la nulidad del acto de disposición. Además, encontramos expresamente la posibilidad de un juicio criminal por la enajenación de los sepulcros, “*tametsi iure venditio non subsistat*”. Vid. C. 9,19,1.

<sup>105</sup> Sobre estas curiosas fundaciones vid. LE BRAS, G., “Les fondations privées du Haut Empire”, en *Studi in onore di S. Riccobono*, 3, Palermo, 1936, pp. 20-57; BRUCK, E. F., “Foundations for the deceased

anexos funerarios, tales como jardines, pórticos, huertos, etc., no tenían la consideración de inalienables, ya que se consideraban profanos, a diferencia del *locus* propio que ocupaba el sepulcro<sup>106</sup>.

Como pone de manifiesto R. Rodríguez López: «Ya en época augustea los grandiosos monumentos fúnebres pierden importancia, generalizándose las tumbas privadas de familia, donde el difunto es recordado con un simple altar, en un espacio cerrado a la calzada y decorado sólo hacia el interior. Así los márgenes de las vías de acceso a la ciudad se pueblan de huertos funerarios, que no se conciben con la soledad de los cementerios»<sup>107</sup>. Según se desprende del § 2 del *Gnomon* del *Idios Logos*, la decisión de Trajano de dejar exento de ejecución por parte de los acreedores sólo el monumento funerario, y no los jardines, induce a pensar que los ciudadanos romanos podían sustraer sus tumbas de las ejecuciones fiscales, pues se consideraban *extra commercium*, pero no los anexos suntuarios que solo excepcionalmente venían por obra de Trajano exceptuados de dicha ejecución, pero no de la intentada por terceros acreedores privados<sup>108</sup>.

Con el Cristianismo no hay que esperar cambios radicales. El deseo de las personas de perpetuar su recuerdo habría prolongado el anterior estado de cosas, a no ser por un factor nuevo: la práctica de cementerios cerca de las iglesias, algunos edificados sobre antiguos sepulcros comunes<sup>109</sup>. No obstante, el carácter religioso del sepulcro y su sustracción al comercio, enraizado en las concepciones romanas más primitivas, puede decirse que no varió nunca<sup>110</sup>.

---

in Roman Law. Political Thought and Religion”, en *Scritti in onore di C. Ferrini*, 4, Milano, 1949, pp. 1 ss.; DE VISSCHER, F., “Les fondations privées en droit romain classique”, *RIDA*, 2, 1955, pp. 197 ss.

<sup>106</sup> PALMA, A., “Sepulcro”, cit., p. 3.

<sup>107</sup> RODRÍGUEZ LÓPEZ, R., *El huerto en la Roma antigua. Su problemática urbanística y agraria*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 126. Para la autora desde la prohibición de las XII Tablas de enterrar dentro del recinto urbano, los romanos trasladan sus tumbas a las vías de acceso a la ciudad. A ambos lados de los caminos se construyen *columbaria*, económicas tumbas con sencillas lápidas (*poticuli*), tumbas de los *collegia funeraticia*, *mausolea* y *cenotaphia*. CASTILLO PASCUAL, M. J., *Espacio en orden: el modelo gromático-romano de ordenación del territorio*, La Rioja, 1996, p. 120, refiere que el Esquilino y los *horti* vecinos eran los lugares de enterramiento de la misera *plebs* (Horacio, *Sat.* 1,8,10). Un importante testimonio de la difusión *per agros* de los sepulcros se encuentra en la *Sententia Senecionis de sepulchris*, cf. FIRA III, 86, pp. 276 ss. En particular, sobre este documento vid. TOMULESCU, C. S., “Sur la *sententia Senecionis de sepulchris*”, *TR*, 44, 1976, pp. 147 ss.

<sup>108</sup> Vid. ZANCAN, L., “Il diritto di sepulcro nel Gnomon”, *Aegyptus*, 16, 1936, pp. 148 ss.; DE VISSCHER, F., “Le caractère religieux des tombeaux romains et le § 2 du Gnomon de l’Ideologue”, *RIDA*, 1, 1948, pp. 199 ss.; RICCOBONO, S., *Il Gnomon dell’Ideologo*, Palermo, 1950; MURGA, J. L., “Un posible régimen especial para los sepulcros romanos en Egipto”, cit., pp. 233 ss. Se trata de un manual de instrucciones del jefe de un sector de la administración fiscal de Egipto de la época de Antonino Pio o Marco Aurelio.

<sup>109</sup> SCHERILLO, G., *Lezioni di diritto romano. Le cose*, Milano, 1945, p. 64; LONGO, G., “Comunità cristiane primitive e *res religiosae*”, *BIDR*, 59-60, 1956, pp. 225-240.; OURLIAC, P.- DE MALAFOSSE, J., *Derecho romano y francés histórico*, cit., p. 33.

<sup>110</sup> Vid. IGLESIAS, J., *Derecho romano*, cit., p. 209, nt. 19, con amplia bibliografía.

En la Compilación justiniana se recoge el precepto general, acogido por el pensamiento jurisprudencial, que determina que la reserva de un lugar como religioso no puede ser modificada salvo por decisión imperial o decreto pontifical. Ni siquiera, quienes tengan derecho a la sepultura podrán exhumar los despojos mortales y mudarlos de lugar, a menos que obtengan permiso y, en ese caso, el lugar deja de ser religioso para convertirse en *purus*. En este sentido se expresa C. 3,44,14: “nadie traslade restos humanos a otro lugar sin autorización del Príncipe”<sup>111</sup>. Ya Ulpiano (25 *ad ed.* D. 11,7,8 pr.) –haciéndose eco del debate en la jurisprudencia en torno a si es lícito o no que el dueño del fundo desentierre o eche fuera, sin decreto de los Pontífices, o sin mandato del Príncipe, los huesos o el cadáver que por otro fueron enterrados– se remonta a la opinión de Labeón al respecto, quien se pronuncia por la obligatoriedad de estos permisos.

En la misma línea, Marciano reproduce un edicto de los emperadores Marco Aurelio y Lucio Vero que se manifiestan sobre la licitud del traslado del cadáver enterrado en sepultura legítima, siempre que las circunstancias lo requieran y vaya a un lugar más conveniente<sup>112</sup>.

En definitiva, la evolución que experimenta la regulación de las *res religiosas* y la protección otorgada al titular del *ius sepulchri* supone, como podemos observar claramente, un proceso en el que los *sacra* privados son amparados por el *ius pontificium* y, con posterioridad, asumidos por un *ius civile* secularizado<sup>113</sup>. La intervención pretoria es decisiva, con la aportación de toda una serie de medidas interdictales y la inclusión en el edicto de la *actio de sepulchro violato*, pensada como acción popular para reprimir actos dolosos contra *loca religiosa* que perturben el interés común y la convivencia pacífica entre los ciudadanos. Los juristas de época clásica desarrollarán los límites y ámbito de aplicación de esta acción, que probablemente constituya el caso paradigmático de *populares actiones*, debido precisamente a que sus orígenes se remontan al edicto, quizá más antiguo, dedicado al *agere quivis de populo*<sup>114</sup>.

<sup>111</sup> *Imppp. Valentinianus, Theodosius et Arcadius, AAA. Cynegio PP.* (a. 386) C. 3,44,14: *Nemo humanum corpus ad alterum locum sine Augusti adfatibus transferat*. Autorización que se extiende también a los gobernadores de provincia: *Si vi fluminis reliquiae filii tui continguntur vel alia iusta et necessaria causa intervenit, aestimatione rectoris provinciae transferre eas in alium locum poteris* (*Imp. Antoninus A. Dionysiae.* C. 3,44,1 [a.213]).

<sup>112</sup> Marc., 3 *Inst.* D. 11,7,39: *Divi fratres edicto admonuerunt, ne iustae sepulturae traditum, id est terra conditum corpus inquietetur: videtur autem terra conditum et si in arcula conditum hoc animo sit, ut non alibi transferatur. sed arculam ipsam, si res exigit, in locum commodiorem licere transferre non est denegandum.*

<sup>113</sup> Las palabras de Cicerón, *de leg.* 2,19,47: *ius civile quod cum religione coniunctum est*, se refieren a la problemática jurídica de *sepulchris*. Lo que confirma en *de leg.* 2,18,46, al situar los sepulcros entre las cosas *ad pontificium ius et ad civile pertinent*.

<sup>114</sup> En opinión de LOZANO CORBÍ, E., *La legitimación popular en el proceso romano clásico*, p. 263, la *actio de sepulchro violato* es, además de modelo para el resto de acciones populares pretorias y edilicias, la más antigua de éstas debido a que es el único caso en el que la pena pecuniaria va a parar a manos del actor popular. Si esto ya hubiera sido contemplado en otro hipotético edicto anterior, esta precisión en la fórmula de nuestra acción sería del todo superflua.

Estas acciones encontrarían su tramitación en el marco de un proceso ordinario privado y su condena a través de una sanción pecuniaria; incardinándose, en opinión de la doctrina mayoritaria, en una categoría intermedia entre lo público y lo privado. De forma que constituyen un instrumento eficaz de tutela de los intereses colectivos y difusos que cualquiera, invocando su condición de ciudadano, puede solicitar<sup>115</sup>.

---

<sup>115</sup> Para un estudio en profundidad de las acciones populares del Derecho romano y su pervivencia en el derecho actual son de obligada consulta las investigaciones del profesor A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, quien ha abierto esta importante línea de estudio en la doctrina romanística española y se ha ocupado profusamente de la cuestión en los siguientes trabajos (algunos ya citados a lo largo de este capítulo): “La acción popular, un apunte histórico”, *La Revista*. Thomson Reuters, 2016; “Un apunte sobre la legitimación popular”, *RGDR*, 29, 2017; *La actualidad de la acción popular*. Discurso de Investidura de DHC de la Universidad San Pablo CEU, dos de mayo de 2018; “*Eam popularem actionem dicimus, quae suum ius populi tuetur*. D. 47,23,1”, Ponencia presentada en el Pleno de Numerarios de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, el 28 de mayo de 2018, en *Estudios Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España*, Thomson Reuters Aranzadi, 43, 2018; “La acción popular en Derecho romano como garantía de los derechos de la ciudadanía”, *Estudios en Homenaje al prof. Francisco Ramos Méndez*, 2018, pp. 837-848; “La acción popular romana, *actio popularis*, como instrumento de defensa de los intereses generales y su proyección en el Derecho actual”, *RGDR*, 31, 2018; “*Interdicta publicae utilitatis causa y acciones populares*”, *RGDR*, 32, 2019; “*Actio popularis* y defensa del interés general en la experiencia jurídica romana”, *X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica Madrid (España) 22, 23 y 24 de noviembre de 2018*, 1, 2019, pp. 82-89; “La defensa y protección de los derechos de los ciudadanos desde Roma hasta nuestros días”, en *Rights of citizens and their protection: Collection of reports and papers presented at the international scientific conference in honour of acad. Antonio Fernández de Buján y Fernández, Doctor Honoris Causa of New Bulgarian University*, 2019, pp. 19-40; “Las acciones populares romanas: persecución de delitos públicos y delitos privados y tutela del uso público de los bienes públicos (I)”, *RGDR*, 34, 2020; “La *actio popularis romana* como antecedente y fundamento de la acción popular ex artículo 125 CE”, *Revista Aranzadi doctrinal*, 6, 2020, entre otras innumerables ponencias y conferencias al respecto en el ámbito nacional e internacional.