

SOBRE LOS SEPULCROS EN LAS SENTENCIAS DE PAULO. ANÁLISIS CRÍTICO DE PS 1,21

Jorge ADAME GODDARD

SUMARIO: I. *Introducción*. II. 1, 21 *De sepulcris et lugendis*

I. INTRODUCCIÓN

Se presentan aquí los resultados del análisis crítico que he hecho del título 21 del libro primero de las Sentencias de Paulo. El análisis procura determinar el tópico (T) del Edicto del pretor al que se refiere cada sentencia, su significado jurídico (S), su posible fuente (F), su origen (O) clásico o posclásico, y el estrato (Au) al que pertenecen. El análisis sigue la metodología propuesta por Ernst Levy, en su libro *Pauli Sententiae. A palingenesis of the opening title as specimen of research in west roman vulgar law*.¹ Él propone que esta obra, falsamente atribuida al jurista Paulo, fue compuesta por un autor anónimo hacia fines del siglo III d.C., al que identifica como estrato A, pero luego fue revisada y modificada en diversos momentos o estratos. Levy identifica otros cinco estratos posibles: el estrato B que incluye modificaciones ocurridas entre 300 y 450; el estrato C que comprende las modificaciones hechas por autores estrechamente relacionados con la Interpretatio de PS aproximadamente entre 400 y 450; el estrato V que incluye las modificaciones hechas por los compiladores de la *Lex Romana Visigothorum* o *Breviario de Alarico*; el estrato E que comprendería las modificaciones hechas por autores de Oriente antes de Justiniano, y el estrato D que comprendería las modificaciones hechas por los compiladores del *Digesto* hacia el año 533.

¹ Levy, E., *Pauli Sententiae*, New York, Cornell University Press, 1945, traducción al español por Jorge Adame Goddard, *Anuario jurídico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 7, 1980, pp. 449 y ss.

Actualmente la crítica ha aceptado generalmente que las Sentencias no fueron escritas por Paulo y que deben atribuirse a un compilador anónimo de finales del siglo III, es decir a lo que Levy denomina el estrato A. Kaser ha admitido la posible alteración de los textos jurídicos antes de Justiniano por influjo de la legislación imperial (estrato B);² igualmente Álvaro D'Ors;³ pero, aparte las posibles modificaciones introducidas por los compiladores del Digesto en las sentencias que ahí se conservan (estrato D) y las introducidas por los compiladores del *Breviario* (estrato V), se consideran muy problemáticos los otros estratos (C,E), que incluso en el propio análisis de Levy resultaron poco probables.⁴

Aquí presento los resultados a los que he llegado siguiendo la metodología de Levy, y presuponiendo la existencia de los estratos que él contempló, en el análisis de las sentencias del título 21 del libro primero,⁵ relativos a los sepulcros funerales y lutos.

II. 1,21 *DE SEPULCRIS ET LUGENDIS*

T. Corresponde al título XVI del Edicto que lleva la rúbrica *De religiosis et sumptibus funerum*. Las sentencias de este título, según Schulz⁶ se corresponden con el Edicto de la siguiente manera en concreto: las sentencias 1-9, 12 y 16⁷ con el edicto de *sepulchro violato* (Lenel'93);

2 Kaser, M., *Das Römische Privatrecht II*, 2a. ed., München 1975, pp. 9 y 10.

3 D'Ors, A., *Derecho privado romano*, 80. ed., Pamplona, 1991, p. 95.

4 En el análisis que hizo Levy de los primeros siete títulos del libro primero de PS, no atribuyó ninguna sentencia al estrato E ni al estrato V, y solo dos al estrato C.

5 En trabajos previos he publicado los análisis de casi todos los títulos previos: "Palingenesia de PS 1,7: *De integri restitutione*", *Estudios de derecho romano en honor de Álvaro D'Ors II*, Pamplona, 1987, pp. 89 y ss.; "Palingenesia de los títulos relativos a la *restitutio in integrum* por causa de dolo, menor edad o ausencia (1,8 y 1,9A) de las Sentencias de Paulo", *Revista de estudios histórico-jurídico*, Valparaíso, Chile, año X, núm. 13, 1985; "Palingenesia del título *De todos los Juicios* (1,12) de las Sentencias de Paulo", *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix Zamudio III*, México, 1988, pp. 1606 y ss.; "La petición de herencia en las sentencias de Paulo (1.13B)", *Homenaje a Jorge Barrera Graf*, México, II, 1989, pp. 64 y ss.; "Sobre los caminos públicos: comentario al título 1,14 de las Sentencias de Paulo", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, 12, 1988, pp. 9 y ss.; "La responsabilidad por los daños causados por animales en las Sentencias de Paulo (1,15)", *Nova Tellus* 9-10, México, 1992, pp. 45-74, y "Análisis crítico de los títulos 1,16- 1,20a de las sentencias de Paulo", *Anuario mexicano de historia del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. XIV, 2002, pp. 499 y ss.

6 Schulz, SZ 47, 1927, p. 45.

7 Liebs SZ 113, 1996; considera acertadamente que la sentencia 16 debiera de estar en el lugar correspondiente a la sentencia 4, es decir después de la sentencia 3 que se refiere a la prohibición de enterrar o incinerar dentro de los muros de la ciudad; la sentencia 16 al indicar que los cadáveres

las sentencias 10,11,15 con el edicto de *sumptibus funerum* (Lenel'94); las sentencias 13 y 14 indicativas de las costumbres acerca del tiempo y formas de guardar el luto parecen no tener correspondencia con alguno de estos dos edictos, pero quizá estaban relacionadas con el título VI del Edicto, *De postulando*, cuyo edicto *qui nisi pro certis personis ne postulent* (Lenel 16), se refería a las personas que sólo podían pedir acción por sí o en favor de determinadas personas; entre quienes tenían limitado su derecho de pedir acción, se contaban las personas infames, entre las cuales estaba la mujer que se casaba sin guardar el tiempo de luto debido a su difunto esposo (Ulp. 6 ad ed. D 3,2,11,1-3). Es posible que esas dos sentencias referentes al luto se relacionaran con este último edicto, máxime que la sentencia 13 habla expresamente de infamia.

O. La rúbrica es posclásica y parece haber sido hecha por alguien muy alejado del tenor de las rúbricas edictales.

Au. Pudo ser V quien formulara una nueva rúbrica y redujera el contenido del título. Quizá para V fuera necesario sustituir la palabra *religiosis*, que podía estar en una rúbrica original que siguiera el tenor de la rúbrica edictal, y que en tiempo de V tenía un significado distinto, por *sepulchris*, palabra que expresa concretamente el tema. Llama la atención que la rúbrica no haga referencia a los gastos de funeral, de lo cual tratan tres de las sentencias (10,11⁸ y 15) recogidas en la *Lex Romana Visigothorum*, y que, en cambio haga alusión al luto, de lo cual se ocupan dos sentencias (13⁹ y 14) también recogidas en la misma ley.

1. *1,21,1 Ob incursum fluminis vel metum "ruinae"¹⁰ corpus iam perpetuae sepulturae traditum sollemnibus redditis sacrificiis per noctem in alium locum transferri potest*

S. El cadáver ya enterrado en sepultura definitiva puede trasladarse de noche a otro lugar, por causa de la crecida de un río de amenaza de ruina del edificio sepulcral, una vez cumplidos los sacrificios solemnes.

de los enemigos se dan a cualquier persona que los pida para darles sepultura, parece más relacionada con el tema de los sepulcros, al que se refieren las primeras tres sentencias que con el tema de los gastos de funeral a que se refiere la actual sentencia 15.

⁸ Pero la sentencia 11 proviene del código *Vesontinus*, por lo que quizá no constara en el texto original de la LRV; e igualmente la sentencia 13 relativa al luto.

⁹ Véase nota 3.

¹⁰ La palabra *ruinae* no está en la LRV pero aparece en el código *Vesontinus*.

O. Clásico. De acuerdo con las concepciones religiosas paganas, el cadáver sepultado quedaba afectado a los dioses manes por lo que el lugar donde estaba enterrado se hacía un lugar religioso (*locus religiosum*), que quedaba fuera del comercio humano. Era por tanto lógico que el cuerpo sepultado no fuera movido, ni profanado; esto debía estar reglamentado por el derecho pontifical como todo lo relativo a las sepulturas y los sepulcros. Poco a poco el derecho secular, principalmente el derecho pretorio y el derecho creado por los emperadores, se fueron interesando en estas cuestiones.¹¹

Sobre el tema de la traslación de cadáveres se halla en las fuentes una primera disposición secular en un edicto de los emperadores Marco Aurelio y Lucio Vero (161-169) —citado por Marciano 3 Inst. D 11,7,39— donde dicen que el cuerpo sepultado (*corpus terra conditum*)¹² no se mueva a otro lugar; Marciano agrega que también se considera enterrado el cuerpo depositado en una caja (arcula) si hubo la intención de que permaneciera en ese lugar. El mismo Marco Aurelio dio otro rescripto (citado por Ulpiano 25 ad ed. D 47,12,3, 4) en el que admitió que pudiera trasladarse el cadáver de quienes muriesen en camino (*corpus in itinere defuncti*), con tal que se tuviera el permiso de aquellos —sin precisar quiénes— deben darlo.

Posteriormente, Alejandro Severo (citado por Ulpiano *op. cit.*) ampliaría esta posibilidad al disponer que los cadáveres aún no enterrados (*non perpetua sepultura tradita corpora*) pudiesen ser trasladados, y años después Diocleciano (CJ 3,44,10 del año 290) confirmará esta decisión refiriéndose otra vez al cadáver no sepultado definitivamente (*necdum perpetuae sepulturae corpus traditum*). Aceptada esa posibilidad se pudo admitir que los gastos de traslado del cadáver entraran dentro de los gastos de funeral que pueden ser reclamados por la actio funeraria (Ulpiano 25 ad ed. D 11,7,14,4). Esas disposiciones manifiestan que desde la primera mitad del siglo III se hace una distinción entre los cuerpos enterrados definitivamente (*perpetua sepultura*) que no pueden trasladarse y los no así enterrados que sí pueden trasladarse; la diferencia del tratamiento parte de la idea de que el lugar de sepultura definitiva es ya una res religiosa

11 Sobre esta evolución véase Biondi, *Scritti Giuridici* III, Milano, 1965, pp. 328 y ss.

12 El texto se refiere al *corpus iusta sepultura traditum*, expresión que luego explica diciendo *id est terra conditum*. La expresión *iusta sepultura* puede ser una interpolación de fondo cristiano para recalcar la oposición a la incineración; quizá la expresión original fuera *perpetua sepultura traditum* como en la sentencia o en Ulp. 18 ad ed. D 47,12,4,4. Papiniano 8 *quaest.* D 11,7,43 habla de *iustum sepulchrum* en el sentido de que se ha sepultado el cadáver de alguien que tenía derecho a ser sepultado en ese lugar.

mientras que el de la sepultura temporal sigue siendo una cosa profana.¹³ La distinción entre sepultura definitiva y temporal parece no ser percibida en la legislación imperial posterior, pues un decreto de Graciano, Valentiniano y Teodosio del año 386 ordena simplemente, y sin ninguna distinción, que nadie cambie de lugar un cuerpo ya enterrado (*humatum corpus*).

La regla de no mover los cuerpos sepultados definitivamente conoció una excepción ya en la primera mitad del siglo III. El emperador Antoino Caracala dio un rescripto (CJ 3,44,1 [213]) por el que autoriza que los restos humanos —se entiende que ya han sido enterrados porque se habla no de cuerpo sino de restos, *reliquiae*— que han sido afectados por la crecida de un río¹⁴ pueden ser trasladados a otro lugar, con la aprobación del gobernador respectivo.

La sentencia en tanto, refleja este rescripto de origen clásico que permite el traslado de restos, aun cuando hayan sido enterrados definitivamente si interviene la crecida de un río, demuestra origen clásico.

Pero la sentencia añade otros elementos que no están en el rescripto de Caracalla: dice que el traslado debe hacerse de noche y habiéndose cumplido ciertos sacrificios solemnes. Tampoco se encuentra una referencia a esos sacrificios solemnes en otras fuentes clásicas del siglo III. Lo más cercano es la cita que hace Ulpiano (25 *ad ed.* D 11,7,8 pr) de Labeón, quien afirmaba que se podían exhumar los restos de una persona enterrados en un sepulcro ajeno, siempre que se contara con la autorización de los pontífices, la cual quizá requiriera la celebración de los sacrificios prescritos. Pero Ulpiano mismo nada dice de tales sacrificios. Ni Paulo (3 *quaest.* D 11,7,44), quien sólo habla de un permiso que tiene que pedirse para el traslado de restos humanos, sin precisar quién lo da. En los rescriptos de los emperadores arriba citados tampoco se habla de sacrificios ni del permiso de los pontífices; en el rescripto de Marco Aurelio (citado por Ulpiano 25 *ad ed.* D 47,12,3,4) se admite el traslado del cuerpo de los que han perecido en viaje, no obstante, dice que debe hacerse con el permiso de aquellos que pueden darlo, sin precisar quiénes son;

13 Paulo 3 *quaest.* habla expresamente de un entierro temporal, que no hace que el lugar se vuelva cosa religiosa sino que permanece como cosa profana.

14 El texto en su forma actual dice que se pueden trasladar los restos por causa de la crecida del río (*vi fluminis*) o por cualquier otra causa justa y necesaria (*vel alia justa et necessaria causa*); pero esta generalización no puede ser original del rescripto que se refería a un caso concreto, por lo que puede ser una interpolación justiniana.

podría conjeturarse que estas referencias a un permiso serían alusiones implícitas al permiso de los pontífices y a la celebración de ritos paganos, pero el hecho es que no hay una referencia expresa como en la sentencia. Además, en el rescripto de Antonino Caracala arriba citado, que al parecer es la fuente de la regla que da la sentencia en cuanto al traslado de un cadáver enterrado definitivamente, se afirma que se requiere el permiso del gobernador (*rector provinciae*),¹⁵ lo cual supone que la autorización de los pontífices es ya irrelevante.

La preponderancia de la potestad civil en esta materia fue posteriormente reforzada por Justiniano, quien interpola el decreto citado de Graciano, Valentiniano y Teodosio (CT 9,17,7) que prohibía el traslado de un cuerpo enterrado (añadiéndole la frase *sine Augusti adfatibus*)¹⁶ de esta forma, el emperador puede autorizar el traslado; interpola también el citado texto de Labeón, éste decía que el traslado requería el permiso pontifical a fin de que mencionar el traslado requiere tal permiso o la autorización del príncipe (*seu iussu principis*).

Durante el siglo IV, los emperadores cristianos dan una serie de decretos, recogidos principalmente en CT 16,10, que impiden y castigan la celebración de ritos y sacrificios paganos. Constantino (CT 16,10,1[320]) ya excluye los sacrificios domésticos. Su sucesor Constancio II (CT h.t. 5 [353]) niega los sacrificios nocturnos, entre los que se contaban los sacrificios funerarios¹⁷ de los que habla la sentencia y que el usurpador Magnencio (350-353) había permitido, y tres años más tarde (CT h.t. 6 [356]) castigará con pena capital a quienes celebren sacrificios o den culto a los ídolos. Durante el breve periodo de Juliano, llamado “el Apóstata”, (361-363) los sacrificios pudieron celebrarse libremente, y el emperador ordenó (CT 9,17,5 [363]) que los funerales se hicieran de noche. Pero al año siguiente Valentiniano y Valente (CT 9,16,7 [364]) reiterarán la supresión refiriéndose expresamente a los sacrificios funerarios (sacrificia funesta) celebrados de noche.

La mención de los sacrificios funerarios demuestra en el autor de la sentencia una preocupación religiosa no concordante con los textos jurí-

15 La expresión *rector provinciae* aparece en cinco rescriptos de Diocleciano (procedentes de los códigos Gregoriano y Hermogeniano) recogidos en Col (10,3,1. 10,4,1. 10,5,1) y en Cs (2,6. 9,19) y en uno de Valente y Valentiniano procedente del código Hermogeniano y recogido en Cs 9,5.

16 Cfr. CT 9,17,7 con CJ 3,44,14.

17 En su comentario al CT, Godofredo cita a *Theodoretus* quien afirma que: *sacrificia pro defunctis suo adhuc aevo per noctem fieri solita*.

dicos del siglo III, pues las disposiciones jurídicas contemporáneas no hacen mención de tales sacrificios y ni siquiera expresamente del permiso de los pontífices. En cambio, en diversas constituciones imperiales del siglo IV, recogidas en el título (9,17) del Código Teodosiano sobre la violación de sepulcros del mismo Código,¹⁸ se muestra una preocupación religiosa como la que podría interesarse en recordar la celebración de los sacrificios paganos. En este supuesto, es probable que la sentencia fuera compuesta en tiempo del usurpador Magnencio (350-353) quien consintió los sacrificios funerarios, o del emperador Juliano (361-363) que los facultó y ordenó que los funerales se hicieran de noche.

Au. A, salvo la mención de los sacrificios funerarios que sería de *B*. La sentencia coincide con el citado rescripto de Caracala (CJ 3,44,1) que admite el traslado de un cadáver sepultado definitivamente por causa de la crecida de un río. En este punto hay una diferencia entre ambos textos, en la versión conservada del rescripto, se dice que puede hacerse el traslado si interviniera cualquier *iusta et necessaria causa*, mientras que la sentencia únicamente añade otra causa específica, *vel metum ruinae*. Como los rescriptos se daban para situaciones específicas, la indicación de que la solución del caso se aplicaría en cualquier otra causa justa y necesaria, parece ser una interpolación de Justiniano quien desea generalizar la solución que en el rescripto indicaba únicamente para el caso de la crecida del río. La locución *vel metum ruinae* de la sentencia, podría haber sido introducida por *A* con fines de ampliar la solución a otro supuesto, lo cual concordaría con la tendencia generalizante propia de *A*.

El uso de la expresión *perpetua sepultura*, aparecida también en el rescripto citado de Alejandro Severo (cit. en D 47,12,3,4) y en el de Diocleciano (CJ 3,44,10) también indica la autoría de *A*.

La mención de los sacrificios funerarios y el traslado nocturno, como se dijo arriba (*sub O*), parece provenir del siglo IV. Un dato interesante es que ni en el Código Teodosiano,¹⁹ ni en las demás fuentes del derecho vulgar,²⁰ aparece la expresión solemne *sacrificium*, salvo en el Epitome Ulpiani 9, donde se dice que la *conventio in manu por confarreatio* requiere de ciertas palabras, un número de testigos y la realización de un sacrificio solemne (*sollemni sacrificio facto*). El *Epitome Ulpiani*, es una

18 Véase *infra* PS 1,21,4 *sub Au*.

19 De acuerdo con *Heildeberger Index, s.v. sacrificium*.

20 De acuerdo con *Ergänzungsindex, s.v. sacrificium*.

obra de la misma naturaleza que PS, una colección de textos clásicos abreviados atribuida a un jurista célebre, compuesta a finales del siglo III. De modo que la coincidencia de expresión de la sentencia con el *Epitome Ulpiani* puede ser indicativo de que ambos textos son de A, o bien de que en esta última obra existió del mismo modo un estrato B.

Asimismo, podría conjeturarse que el anacronismo que implica que un texto del siglo III haga referencia a los sacrificios funerarios quizá sea una característica propia de A, quien igualmente hace referencias a instituciones obsoletas en su tiempo como la *mancipatio* o la *actio de modo agri*.²¹ El mismo gusto por las cosas antiguas parece reflejarse en el *Epitome Ulpiani* al referirse a la *confarreatio* prácticamente desaparecida desde el siglo I.

2. 1,21,2 *Corpus in civitatem inferri non licet, ne funestentur sacra civitatis: et qui contra ea fecerit, extra ordinem punitur*

S. No se permite enterrar cadáveres dentro de la ciudad para no ser deshonrados los cultos de ésta; quien contravenga esta disposición será castigado por vía extraordinaria, es decir *cognitoria*.

O. Clásico. La Ley de las XII Tablas (10,1) prohibía enterrar o incinerar cadáveres dentro de la ciudad de Roma; esta proscripción se recoge en la siguiente sentencia de este título; Cicerón comenta²² que posiblemente el fundamento de tal impedimento era el riesgo de incendio (*propter ignis periculum*), pero no cabe descartar que hubiera también motivos religiosos. La prohibición se mantendrá y repetirá en diversas disposiciones.²³ El emperador Adriano (citado por Ulpiano 25 *ad ed.* D 47,12,3,5) emitió un rescripto por el que fijó una pena de cuarenta mil sesteracios²⁴ contra quien enterrara un muerto dentro de la ciudad, con lo cual hacía extensiva a otras ciudades la negativa que en la ley de las XII Tablas se refería exclusivamente a la ciudad de Roma. El rescripto servía también para imponer una nueva pena y por medio de un procedimiento distinto,

21 Véase *supra ad PS* 1,19,1 *sub Au*.

22 *De leg.* 2,23,58.

23 San Isidoro, *Orig.* 15,11,1 cita a *Marius Servus Honoratus*, quien vivió en el siglo IV, y afirma en su comentario a la Eneida de Virgilio (11,206) que el senado, hacia el año 260 a. C., prohibió los entierros en la ciudad.

24 El texto interpolado dice *quadraginta aureorum* pero debió decir *quadraginta sestertiorum*, pues es sabido que Justiniano sustituye *sestertius* con *aureus*.

en vez de la pena y del procedimiento antiguo, posiblemente tramitado ante el colegio de pontífices.²⁵

Seguramente, en las ciudades del Imperio donde se tenía costumbre de sepultar dentro de ellas no fue fácil eliminarla, por lo que la prohibición hubo de reiterarse. Diocleciano en el año 290 emite un rescripto (CJ 3,43,12) en el que recuerda que el sepultar dentro de la ciudad ya ha sido prohibido, explica la razón de esta proscripción: que no se contamine el derecho (quizá el culto) de la ciudad (*ne sanctum municipiorum ius polluat*), pero no fija una pena nueva.

Años más tarde, ya en época cristiana, los emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosio reiteran la prohibición de inhumar dentro de la ciudad (CT 9,17,6 [381]), aduciendo una razón sanitaria, el no contaminar a los habitantes con la presencia de los cadáveres,²⁶ y fijando una pena más severa, la multa de la tercera parte del patrimonio.

Las fuentes citadas atestiguan la permanencia de la prohibición durante casi nueve siglos, aunque con cambios en cuanto a los motivos de la prohibición, que en principio parecen ser religiosos, y de seguridad, para terminar siendo sanitarios; respecto de la pena que se impone, parece pasar de una pena religiosa a una pecuniaria que se va agravando.

La sentencia expresa esa prohibición antigua, señala como fundamento de la misma una razón religiosa, semejante a la que expone el rescripto citado de Diocleciano y omite decir, lo mismo que dicho rescripto, el monto de la pena.

Au. A. Posiblemente tiene como fuente el rescripto de Diocleciano citado, y con el que coincide en el motivo religioso de la prohibición y en no indicar el monto de la pena. El verbo *funesto* y la expresión *sacra civitatis* que aparecen en esta sentencia, no se presenta en ninguna otra fuente del derecho vulgar,²⁷ ni en el Código Teodosiano,²⁸ por lo que pueden considerarse una peculiaridad de A.

25 No he encontrado información sobre el proceso que se seguía en la Roma Republicana contra quien contravenía la prohibición de sepultar o incinerar en Roma. Ni Mommsen (*Römischen Strafrecht*) ni Ferrini (*Dirito penale romano*) hablan de ello. Cabe conjeturar que fuera un procedimiento similar al que se daba contra quien violaba un sepulcro, el cual se tramitaba ante el colegio de pontífices, según Ferrini *op. cit.*, p. 33, con fundamento en inscripciones sepulcrales.

26 Véase Pharr, G. *The Theodosian Code*, p. 240 n. 1.

27 *Ergänzungsindex s.v. funesto, sacrum*.

28 *Heildebergerindex s.v. funesto, sacrum*.

3. 1,21,3 (ex Vesontino) *Intra muros civitatis, corpus sepulturae dari non potest vel ustrina fieri*

S. Dentro de los muros de la ciudad de Roma no pueden enterrarse cadáveres ni ser incinerados.

O. Clásico. Esta disposición concuerda con la ley de las XII Tablas (1,10), textualmente dice: *hominem mortuum in urbe ne sepelire neve urito*. La sentencia conserva íntegramente el contenido de interdicción decenviral, con la única diferencia formal de determinar el ámbito de la negativa con la expresión *intra muros civitatis* en lugar de *in urbe*. La explicación del término *urbs* como la ciudad intramuros contraponiéndolo con el término Roma que denotaba toda la ciudad es algo que ya se hacía desde fines de la República (Alfeno citado por Marcelo *12 dig. D 50,16,87*) y que Paulo (1 *ad ed. D h.t. 2 pr*) repite en los primeros años del siglo III.

El impedimento de incineración, a lo que no se refiere la sentencia precedente (2), posiblemente en su origen tendiera a evitar el riesgo de incendios, como dice Cicerón.²⁹ Posteriormente, la incineración fue reprobada por el cristianismo y es posible que ya no se practicara en la primera mitad del siglo V.³⁰

Au. A, que sigue algún comentario reproducido por la prohibición proveniente de la ley de las XII Tablas. En el siglo III el contenido de esta sentencia quizá ya resultaba irrelevante, dada la interdicción general de enterrar dentro de cualquier ciudad emitida por Diocleciano y recogida en la sentencia precedente, por lo que la sentencia parece responder a esa tendencia de A, igualmente manifestada en la sentencia anterior, por conservar disposiciones antiguas.

Era natural que los compiladores del *Breviario de Alarico* omitieran esta sentencia, salvo la prohibición de incineración de cadáveres que en su tiempo ya había caído en desuso, no añade nada nuevo a la precedente.

²⁹ *De leg. 2,23,58*.

³⁰ Biondi, *Il diritto romano cristiano II*, p. 261.

4. *1,12,4 (ex Vesontino) Qui corpus perpetuae sepulturae traditum vel ad tempus alicui loco commendatum nudaverit et solis radiis ostenderit, piaculum committit: atque ideo, si honestior sit, in insulam, si humilior, in metallum dari solet*

S. Quien desnuda y expone al sol un cadáver, sea que estuviera sepultado en un lugar definitivo, sea que estuviera depositado temporalmente, comete un sacrilegio (*piaculum*), por lo que se le castiga con la relegación a una isla, si es de la clase de los *honestiores* (caballeros, senadores, decuriones), o con trabajos forzados en una mina si es de la clase de los *humiliores*.

O. Posclásico. En el derecho clásico, el pretor otorgaba diversas acciones a los titulares de una cripta contra quienes violaban una tumba; originalmente la violación de sepulcro consistía en el acto doloso de abrir una fosa y enterrar ahí a quien no tenía derecho a ser enterrado, o de habitar o construir algo encima de una catacumba.³¹ El pretor ofrecía al titular del sepulcro una acción penal, la *actio sepulchri violati* (Lenel 93) para imponer una pena pecuniaria, a estimar por el juez, hasta por cien mil sestercios, en el primer supuesto o por doscientos mil en el segundo. Además, ofrecía otras acciones *in factum* contra quien, sin dolo, enterrara un cadáver donde no tenía derecho a ser enterrado (Lenel 91) o impidiera que alguien sepultara donde tenía derecho a hacerlo (Lenel 92).³²

Las penas que por la acción de violación de sepulcro se imponían a los violadores se fueron agravando paulatinamente. Por una parte, los mismos fundadores de sepulcro establecieron nuevas penas fiscales, como lo atestiguan numerosas inscripciones sepulcrales del segundo siglo.³³ Por otra parte, diversas disposiciones imperiales establecieron nuevas penas contra ellos. Una muestra de estas disposiciones es el edicto que emitió Augusto, encontrado en Nazareth,³⁴ éste castiga con pena capital a quien destruyese un sepulcro, desenterrara lo sepultado, trasladara los restos haciendo injuria, quitara piedras o dañara las inscripciones sepulcrales; quizá fuera ésta una disposición de aplicación meramente local.

31 Estos son los dos supuestos a que se refería el Edicto (Lenel'93), según refiere Ulpiano 25 *ad ed D 47,12,3 pr*; en el § 3 explica que se viola el sepulcro.

32 Sobre estas acciones véase *infra* 1,21,6 *sub O*.

33 Véase D'Ors, A, *Código de Eurico*, Roma-Madrid, 1960, p. 129; Biondi, B., *Il diritto romano cristiano II*, 1952, p. 250.

34 Puede verse en Fira I, p. 415.

Una disposición más general al respecto se dio en la ley *Julia de vi privata*,³⁵ ésta castigaba diversos actos violentos, y castigó como acto de violencia privada el impedir la inhumación de un cadáver (*quive fecerit quo minus sepeliatur*), el dispersar o disolver el cortejo fúnebre (*quo magis funus diripiatur distrahat*) (Marciano 14 *Inst* D 48,6,5); la pena que preveía esta ley parece haber sido originalmente (PS 5,19a) la pena de muerte para los *humiliores* y la deportación a una isla (*in insulama deportatio*) para los *honestiores*, que posteriormente (como lo insinúa la frase final de PS 5,190 y lo declara PS 5,26,3) se transmutó en condena a trabajos forzados en una mina (*in metallum damnatio*) para los *humiliores* y relegación a una isla (*in insulam relegatio*) y confiscación de un tercio de sus bienes para los *honestiores*.³⁶

Parece que el supuesto previsto originalmente en la ley citada se fue ampliando poco a poco para comprender otros actos que aunque no consistieran en impedir directamente los funerales o la inhumación de un cadáver, venían de hecho a tener el mismo resultado. Por eso Macro (1 *publicorum* D 47,12,8) llega a afirmar como regla general que quien viola un sepulcro incurre en los supuestos de la ley Julia, pues su acción frustra la sepultura del cadáver. Con esta interpretación, los actos que anteriormente podrían dar lugar a la *actio sepulchri violati* generan ahora lugar a una acción criminal pública llamada por el mismo Macro crimen *sepulchri violati*. A partir de entonces, la acción criminal, que en un principio concurre con la *actio sepulchri violati*,³⁷ poco a poco desplaza la antigua acción formularia. Una muestra significativa de esta evolución es que el título sobre violación de sepulcros (9,7) del Código Teodosiano,

35 Hubo dos leyes Julia, una *de vi privata* (D 48,7) y la otra *de vi publica* (D 48,6); pero todavía no está muy clara la distinción de las materias que cubrirían una y otra. Respecto de los actos de impedir los funerales o la exhumación, Marciano 14 *Inst.* D 48,6,5 y Macro 1 *iud. publ.* D 47,12,8 dicen que los contemplaba la ley de *vi publica*; en cambio PS 5,26,3 dice que era la ley de *vi privata*; Lenel (*Palingenesia I* cols. 565 y 671) considera que los citados textos de Marciano y Macro están interpolados donde dice *vi publica*, porque considera que debe prevalecer el texto de PS 5,26,3 que habla de *vi privata*.

36 La distinción de penas para los *humiliores* y *honestiores* aparece expresamente en varias sentencias de los títulos 5,22 y 5,23 de PS. Ordinariamente la pena de muerte o condena a trabajos forzados con pérdida de la libertad (*in metallum*) para los *humiliores*, se correspondía con la *in insulam deportatio* con pérdida de la ciudadanía para los *honestiores*, y la condena a trabajos forzados sin pérdida de la libertad (*opus metalli*) con la *in insulam relegatio* sin pérdida de la ciudadanía para los *honestiores*, D'Ors *DPR*, 8a. ed., 1991, p. 360; Mommsen, *Derecho penal romano*, pp. 585, 594 y ss.

37 El mismo Macro (2 *publicorum* D 47,12,9) dice que por la violación de sepulcro también se da la *actio pecuniaria*, esta es la *a. sep. violati* que imponía una pena pecuniaria.

no obstante que lleva la rúbrica edictal *De sepulchri violati*, no muestra ya ningún rastro de la acción edictal ni referencia alguna a los supuestos clásicos de violación del nicho: el enterramiento doloso de un cadáver que no tenía derecho a ser enterrado en el panteón o el habitar o construir dolosamente algo profano en una tumba.

Los supuestos y las penas previstas en la sentencia no son los contemplados en las acciones *in factum*, ni en la *actio sepulchri violati*, pero están cercanos a lo que disponía la ley *Julia de vi*, pero contempla un supuesto diferente al de la ley: el exhumar un cadáver y dejarlo expuesto a la luz. Es posible que a los supuestos previstos en dicha ley, el impedir los funerales o la inhumación, se asimilara el caso distinto de exponer al sol un cadáver, lo cual también implica una violencia que frustra el entierro. Esta asimilación explicaría que Ulpiano (9 de *omnibus tribunali-bus*, D 11,7,38) reúna en un mismo texto el supuesto previsto en la sentencia con los previstos en la ley, donde dice que corresponde al gobernador de provincia impedir que se toquen o vejen los cadáveres o huesos humanos, o que se obstaculice el paso de los funerales o el entierro de los cadáveres. La sentencia podría reflejar esa extensión del supuesto original previsto en la ley *Julia de vi*.

Sin embargo, la sentencia manifiesta una razón diferente para castigar el hecho de la que podría tener la ley *Julia*: la sentencia lo castiga, no por constituir una violencia ilícita, sino por ser un sacrilegio o *piaculum*. Esta calificación del hecho parece más cercana a las disposiciones que dieron los emperadores Constancia y Juliano respecto de la violación de sepulcros: el primero (CT 9,17,2 pr [349]) dice que tocar los objetos sepulcrales es algo contrario a la religión (*nefas*) y que por lo tanto comete sacrilegio (*piaculum*) quien los compra; por su parte Juliano (CT h.t 5 [363]) castiga el retirar objetos de los sepulcros porque constituye una acción sacrílega (*piaculum*).

Las penas establecidas por la sentencia son iguales a las presentadas por PS 5,26,3 (en sede de la *lex Julia de vi*), pero diferentes de las de PS 5,190, ésta afirma que originalmente las penas son la de muerte para los humiliores y la de deportación para los honestiores, aunque en su frase final señala que en otros casos las penas pueden ser las mismas que contiene la sentencia, trabajos forzados y relegación. Es interesante notar que esta sentencia, lo mismo que la frase final de PS 5,190 y PS 5,26,3 se refieren a las mismas penas indicando primero, la correspondiente a los *honestiores* y después la de los *humiliores*, en tanto, la primera frase

de PS 5,19a, referente a penas diferentes (muerte y deportación), indica primero la pena de los humiliores y después la de los *honestiores*.

Al parecer, las penas originales en la *lex Julia de vi* son las contempladas por PS 5,190 en su primera frase: la muerte y la deportación, como lo sugiere el mismo orden en que están presentadas las penas, así como el edicto de Augusto arriba citado, establece la pena capital contra quienes destruyen sepulcros, y el texto de Ulpiano (7 *de off. proc.* D 48,13,7) que también señala como pena contra los sacrílegos la muerte para los *humilliores* y la deportación para los *honestiores*. De suerte, también las penas previstas en la sentencia reflejarían derecho posclásico.

Au. B. La atribución que hace la sentencia de consecuencias jurídicas al acto de exponer un cadáver a los rayos del sol por su sola calificación religiosa como *piaculum* (*piaculum committit: atque ideo...*) demuestra una mentalidad más preocupada por consideraciones religiosas que jurídicas, esto no se encuentra por lo general en los textos jurídicos del siglo III, pero sí en los del siglo IV.

De acuerdo con *VIR* la palabra *piaculum* no aparece en el *Digesto* únicamente en un texto de Ulpiano (60 *ad ed.* D 28,8,7,3), éste trata sobre los gastos excepcionales que puede realizar con cargo a la herencia, el llamado a heredar que todavía no la acepta; entre esos gastos están los gastos funerarios, cuya erogación se justifica porque el no efectuarlos sería *piaculum*, una ofensa a la religión. Pero en este texto, a diferencia de la sentencia, se menciona el hecho considerado como *piaculum* no para imponerle una pena jurídica, sino como una causa que excusa de responsabilidad jurídica el llamado a heredar que hace los gastos funerarios con cargo al haber hereditario. Lo que interesa a Ulpiano no es determinar qué acto constituye un *piaculum*, lo cual sería una preocupación religiosa como la del autor de la sentencia, sino en qué casos se puede excepcionalmente disminuir la herencia.

La palabra *piaculum* no aparece, aparte de esta sentencia y de la sentencia 12 de este título, en las fuentes doctrinales contemporáneas de A,³⁸ pero sí en diversas constituciones imperiales del siglo IV recogidas en el Código Teodosiano, éstas definen ciertas conductas como *piaculum* e imponen una pena consecuente. Así Constancio (CT 9,17,2 [349]) señala que comprar objetos de un sepulcro es algo contrario a la religión (*nefas*) y quien lo hace comete *piaculum*, por lo que merece ser castigado con

38 De acuerdo con *Ergänzungindex* s.v. *piaculum*.

la misma pena de quien sustrae los objetos. Juliano (CT *h.t.* 5[363]) dice que cometen *piaculum* quienes quitan cosas de los sepulcros por lo que merecen la pena de sacrilegio (*poena manium vindice*). Valentiniano, Valente y Graciano (CT 9,14,1 [374]) consideran que el infanticida comete *piaculum* y merece pena capital.³⁹ La sentencia tiene el mismo espíritu que estas constituciones. Las penas previstas por la sentencia son otro indicio de la autoría de *B*. La sentencia de *A* podría haberse referido, como la primera parte de PS 5,190 a las penas de muerte y deportación.⁴⁰

5. 1,21,5 (*Ex Vesontino*) *Qui sepulchrum violaverint aut de sepulchro aliquid sustulerint, pro personarum qualitate aut in metallum dantur aut in insulam deportantur*

S. Quienes violaran un sepulcro o sustrajeran algo de él eran condenados, según fuera su condición personal, a trabajos forzados en una mina o deportados a una isla.

O. Posclásico. Esta sentencia, al igual que la anterior, no está concebida en función de la *actio sepulchri violati*, sino en relación con un proceso cognitorio criminal, como lo demuestra el tipo de penas prescritas, éstas no son las que se imponían por la acción de violación de sepulcro.

Contempla dos supuestos: la violación del sepulcro y la sustracción de algún objeto del sepulcro. El supuesto de la violación de sepulcro lo explica la siguiente sentencia (6) diciendo que consiste en romper o abrir un sepulcro y enterrar ahí un muerto propio o ajeno. Arriba se vio que en el siglo III, mediante interpretación extensiva de la *lex Julia de vi* se llegó a afirmar (Macro *1 publicorum*, D 47,12,8) que quien violaba un sepulcro incurría en el *crimen sepulchri violati* y quedaba sujeto a las penas previstas en esta ley, éstas son precisamente las penas contempla-

39 En Constituciones de fines del siglo IV se muestra una mayor intencionalidad religiosa al definir ciertas conductas como *piaculum* pero sin atribución de una pena jurídica, como Valentiniano, Teodosio y Arcadio (CT 12,1,122 [390]) que señalan que los curiales por nacimiento, que no tengan encargo público, deben permanecer en su ciudad de origen, cuidar una especie de culto civil, y que si lo abandonan cometen *piaculum*. Teodosio, Arcadio y Honorio (CT 16,10,12 [392]) dicen que es *piaculum* adorar a los ídolos. Y Teodosio y Valentiniano (Nov. Theod. 3,13) dicen que es *piaculum* no reconocer a Dios viendo las criaturas que son sus obras.

40 Las sentencias 1,21,5 y 1,21,12 que mencionan las mismas penas que PS 1,21,4 también pueden atribuirse a *B* por otros motivos.

das en esta sentencia: relegación o deportación a una isla para los *honestiores*, y trabajos forzados en las minas para los *humilliores*.

El otro supuesto que contempla, la sustracción de algún objeto sepulcral, en el derecho clásico era considerado un daño a un inmueble, que daba lugar al *interdicto quod vi aut clam*,⁴¹ y no parece haber sido considerado en el siglo III como un caso de violación de sepulcro, pues no se conocen disposiciones imperiales de ese siglo, agravantes de las penas contra quienes sustraen objetos sepulcrales.⁴² Además, tal sustracción no implica la apertura del sepulcro, ni puede interpretarse fácilmente como un acto que frustra la sepultura.

Un supuesto semejante es el despojo de cadáveres, es decir la sustracción de sus ropas u objetos, a lo cual se refirió un rescripto de Septimio Severo (citado por Ulpiano 25 *ad ed.* D 47,12,3,7) éste previene contra quienes despojan cadáveres (*cadavera spoliant*) la pena de muerte, si lo hacen armados, o la de trabajos forzados en una mina si lo hacen sin armas. Pero la sentencia no parece estar en correspondencia con esta disposición, el supuesto que contempla es diferente: la sustracción de objetos sepulcrales, a diferencia del despojo, no implica la apertura del sepulcro, además las penas contempladas por la sentencia son diferentes de las del rescripto.

Otro supuesto similar al de la sentencia fue el de la sustracción de dinero u objetos de los templos o lugares públicamente consagrados. Al respecto, en el *Digesto* (48,13) se cita una *Lex Iulia peculatus, et de sacrilegis, et de residuis* ésta castigaba, entre otras cosas, el abuso de dinero público (*peculatus*) o sagrado (*sacrilegium*). Comentando esta ley, Ulpiano (7 de *off. Proc.* 7 D 48,13,7 *pr*) dice que la pena por sacrilegio debe establecerse atendiendo a la calidad de las personas y las circunstancias, y que si bien algunos sacrílegos han sido condenados a las fieras, a ser quemados vivos o a la horca, la pena debe moderarse de modo que sean echados a las fieras los sacrílegos que emplearon violencia, irrumpieron en el templo y sustrajeron los donativos; pero añade: si alguno durante el día sustrajo alguna pequeña cosa del templo, debe ser condenado a trabajos forzados en las minas, o deportado de una isla si es persona de

41 Véase *infra* PS 1,21,8 *sub O*.

42 Ferrini, *Diritto penale romano* 414. Aunque sí se contempla en el edicto que dio Augusto que prescribía castigar más severamente, a quienes atentaran contra los sepulcros por medio, entre otras conductas, de la sustracción de objetos sepulcrales; pero esta puede ser una disposición de aplicación local. Véase nota 29.

buena condición (*honestior*), es decir a las mismas penas contempladas por la sentencia.

No obstante, la sentencia no se refiere al robo de objetos de un templo, consideradas cosas sagradas (*res sacra*), pública⁴³ (y de ahí que el *sacri-legium* se trate paritariamente con el peculado) sino a la sustracción de objetos de un sepulcro, cosa religiosa privada (*res religiosa*). En atención a esta diferencia, Paulo (*liber sing. de iud. publ.* D 48,13,11 pr y 1) dice que son sacrílegos, y merecen pena capital (es decir muerte, deportación con pérdida de la ciudadanía o condena a trabajos forzados con pérdida de la libertad), quienes roban cosas públicas sagradas (*publica sacra*), pero quienes roban cosas privadas sagradas (*privata sacra*) merecen otra pena: mayor que la de los ladrones comunes, pero menor que la de los sacrílegos.

El agravamiento de la pena contra los que roban objetos de los sepulcros parece haber sido una repetida intención de la legislación del siglo cuarto, cuando tal robo parece haber sido muy frecuente como medio para conseguir materiales de construcción en un tiempo de escasez.⁴⁴ El emperador Constancio (CT 9,17,1[340]) emitió una ley que castigaba a quien⁴⁵ se sorprendía demoliendo un sepulcro, imponiéndole la pena de trabajos forzados en una mina, si lo hacía sin consentimiento del dueño del sepulcro,⁴⁶ o la de relegación si lo hacía con autorización del dueño u obedeciendo alguna orden; disponía además que si se había sustraído algún objeto o material del sepulcro, la casa o villa donde se encontrara el objeto podía ser reivindicada por el fisco. En esta disposición la intención principal parece haber sido el castigo de la demolición misma del sepulcro, más que la sola sustracción de objetos y materiales. Nueve años después, el mismo emperador (CT *h.t.* 2[349]) estableció la pena de pagar una cantidad de oro contra quienes sustrajeran piedras, columnas o mármoles de los sepulcros, o demolicieran o dañaran sus ornamentaciones, e igualmente contra quienes

43 Respecto de la sustracción de un templo de cosas de los particulares, un rescripto de Severo y Antonino, citado por Marciano (5 *reg.* D 48,13,5) afirma que es robo ordinario y no sacrilegio.

44 Véase Pharr, *The Theodosian Code*, New Jersey, 1952, núm. 1, p. 239.

45 El texto de la ley en CT dice: *si quis... fuerit adprehensus*; en el texto que da CJ 9,19,2 dice: *si servus... fuerit adprehensus*, con lo cual parecería que se castiga únicamente al esclavo, lo cual contradice la intención de la ley de reprimir fuertemente el robo de objetos y materiales del sepulcro.

46 En el texto de CJ (véase nota anterior) como se dice que el sorprendido es un esclavo, se puede pensar que el *dominus* al que se refiere el texto es el dueño del esclavo, pero esta lectura daría lugar a interpretar que se castiga al esclavo, con menos severidad cuando lo hace con conocimiento de su dueño, pero no al dueño, lo cual resultaría absurdo.

vendieran o compraran esos materiales. Esto parecía suavizar las penas contra quienes se aprovechaban del material de los sepulcros, pero luego el mismo emperador Constancio, asociado ya con Juliano (CT 9,17,3 [356]), dice que quienes cometían tales actos deberían sufrir la penas previstas en las antiguas leyes (*animadversionem priscis legibus definitam*) sin precisar cuáles penas y que leyes eran esas, aunque al parecer se trata de penas corporales, pues en una constitución contemporánea de Juliano (CT *h.t.* 4[356 o 357]) menciona el castigo a quienes sustrajeran de los sepulcros piedras, mármoles, columnas o cualquier material con el pago de una cantidad de diez libras de oro y que pena se añade a las establecidas por las antiguas leyes, todavía no derogadas, contra los violadores de sepulcros (*sepulchra violantibus*), muy probablemente fueron las penas previstas en la *lex Julia de vi*. Poco después, Juliano (CT *h.t.* 5[363]) dice que quienes quitan cosas de los sepulcros merecen la pena de sacrilegio (*poena manium vindice*), ésta incluía la muerte. Noventa años después, el emperador Valentiniano (NVAL. 23, 3 [447]) volverá a legislar contra los *violatores* de sepulcros, comprendiendo entre ellos a quienes sustraen materiales de los sepulcros, estableciendo diversas penas en razón de la calidad de las personas: para los siervos o colonos, la pena de muerte; para los ingenuos pobres, misma pena; para las ingenuos ricos, confiscación de la mitad de sus bienes y nota de infamia; para los clérigos, la pérdida del estado eclesiástico⁴⁷ y la deportación perpetua.⁴⁸ La sentencia parece estar en relación con la disposición de Constancio (CT 9,17,1[340]) ésta castiga con trabajos forzados o relegación a quienes se sorprendía demoliendo un sepulcro.

Au. La regla de que quienes violaran sepulcros y eran castigados con muerte o deportación podría ser de *A*, en el siglo III se extiende la aplicación de la Ley Julia de violencia privada contra los violadores de sepulcros. La siguiente sentencia (6) explica que la violación de sepulcros consiste en abrir un sepulcro y enterrar ahí un cadáver sería el complemento lógico de ésta.

47 La novela dice que se pierde el nombre de clérigo (*clerici nomen amittat*), lo cual significaría perder, si no el estado, al menos el oficio clerical; es una disposición claramente abusiva, pues el emperador no podía decidir por sí un asunto propiamente eclesiástico, como es el ejercicio del sacerdocio y los efectos del sacramento del orden.

48 Posteriormente, los visigodos, en un momento de expansión bélica que propiciaba el pillaje de las sepulturas, mitigarán las penas por este delito. Véase D'Ors, *El Código de Eurico*, Roma-Madrid, 1966, p. 128 y ss.

En cambio, la referencia a la sustracción de objetos sepulcrales (*aut de sepulchro aliquid sustulerit*) sugiere la autoría de *B*. Un dato interesante nos ofrece Paulo (27 *ad ed.* D 47,12,4) cuando dice que los sepulcros de extranjeros no son para los romanos cosas religiosas, por lo que la sustracción de objetos de esos sepulcros no da lugar a la *actio sepulchri violati*, de lo cual puede inferirse, a contrario, que en tiempo de Paulo (primera mitad del siglo III) la sustracción de objetos de sepulcros de romanos no se consideraba un caso incluido en el *crimen de vi*. Además, la razón que da Macro (*I publicorum* D 47,12,8) para incluir en dicho crimen el supuesto de violación de sepulcro, el de frustrar la sepultura de alguien, no parece aplicable al acto de sustraer algo del sepulcro, éste no afecta necesariamente la sepultura.

Es también indicativo de la autoría de *B* el modo como la sentencia expresa la diferenciación de las penas. En vez de referirse, como el texto de la ley Julia (PS 5,26,3), expresamente a los *honestiores* y los *humiliores*, dice que las penas se aplican según la calidad de las personas (*pro qualitate personarum*); bajo esta expresión también cabría la distinción hecha en la citada disposición de Constancio para el caso de demolición de un sepulcro entre quien lo hace con consentimiento del dueño del sepulcro y quien lo hace espontáneamente. El mismo criterio abstracto de la calidad de las personas está presente en la citada novela de Valentiniano (NVAL. 23, 3 [447]) la cual fija nuevas penas para quienes sustraen objetos de los sepulcros, atendiendo a su condición personal, ya no de honestiores o humilliores, sino de colonos, siervos o ingenuos, ricos o pobres, eclesiásticos o civiles.

La pena de deportación referida por la sentencia, al igual que la citada ley de Constancio, parece ser otro indicio de la autoría de *B*. La ley Julia se refería a la *deportatio* para los *honestiores* y la muerte para los *humiliores*. En cambio, la sentencia y la ley imperial se refieren a la *deportatio*, ésta es una pena más grave, incluye la pérdida de la ciudadanía, la confiscación de bienes y la amenaza de pena de muerte en caso de quebrar el confinamiento, equivalente a la pena de muerte para los humilliores.

6. 1,21,6 (*Ex Vesontino*) *Qui sepulchrum alienum effregerit vel aperuerit eoque mortuum suum alienumve intulerit, sepulchrum violasse videtur*

S. Qui rompía o abría un sepulcro ajeno y sepultaba ahí un muerto suyo o ajeno cometía violación de sepulcro.

O. Clásico. El texto se refiere al caso típico de violación de sepulcro: el enterrar a quien no tiene derecho de ser enterrado ahí. En época clásica existieron básicamente dos tipos de sepulcros: los familiares, en los cuales sólo podían ser enterradas personas con cierto nombre familiar, y eran los que mejor se adaptaban a las creencias religiosas romanas, y los sepulcros hereditarios, en los que podían ser enterradas las personas, familiares o no, dispuesto por el fundador del sepulcro. En ambos tipos de sepulcros, el entierro de una persona sin derecho a ser enterrada se consideraba una violación de la tumba, tanto desde el punto de vista religioso, pues se profanaba el culto del fundador del sepulcro, como desde el punto de vista jurídico porque se hacía un uso ilícito de un bien ajeno.⁴⁹

En el derecho clásico, el pretor otorgaba diversos recursos a los titulares de una cripta. Tenían una acción *in factum* contra quien enterrara en el panteón a quien no tenía derecho a ser enterrado ahí, con el objeto de obtener la reposición del sepulcro al estado anterior o el pago de una indemnización pecuniaria;⁵⁰ otra acción *in factum* contra quien impedía injustificadamente hacer un entierro, con el objeto de obtener una indemnización equivalente al mismo interés en que no se le impidiera hacerlo;⁵¹ otra, contra quien comprara un sepulcro (*locus religiosus*) ejercitable también contra el heredero del comprador.

Aparte de esas acciones *in factum*, el pretor ofrecía al titular de una fosa y a cualquier persona (acción popular) la *actio sepulcri violati* (Lenel 93) contra quien dolosamente violaba una sepultura. La cláusula edictal (citada por Ulpiano 25 *ad edictum* D 47,12,3 pr) preveía una acción contra quien violase el sepulcro para imponerle el pago una pena pecuniaria, de cantidad variable por lo que el juez considerara equitativo, en favor del titular del sepulcro; pero si éste no reclamaba, el pretor daba la acción a cualquier persona que lo solicitara y para imponer una pena de cien mil sestercios. Además, preveía otra acción contra quien dolosamente habitara o edificara algo sobre un nicho para imponerle una pena de doscientos mil sestercios. Hay pues dos supuestos específicos para esta acción: habitar o construir algo sobre un sepulcro, y otro genérico: la violación del mismo. El supuesto típico de violación de sepulcro era romper o abrir el sepulcro ajeno y enterrar ahí el cadáver de una persona

49 Kaser, SZ 95 (1978) p. 37 y ss.

50 Lenel EP'91.

51 Lenel EP'92.

sin derecho a ser ahí enterrada, como lo expresa esta sentencia.⁵² La diferencia entre el supuesto contemplado por la *actio sepulchri violati* y la *acción in factum* por enterrar en un sepulcro ajeno es que la primera exige que el enterramiento sea doloso, lo cual significa que el enterrador sabe que no tiene derecho de enterrar en ese sepulcro, en tanto, acción *in factum* solo necesita que el enterramiento sea de alguien sin derecho a ser ahí enterrado.

El supuesto contemplado por la sentencia, el enterrar en un sepulcro ajeno, en tanto no exige el dolo, no daría lugar a la acción de violación de sepulcro, sino a una acción *in factum*, con el objeto de deshacer lo hecho o se pague un precio por el lugar. En cambio, la sentencia 9 de este título se refiere al caso de que alguien sepulte en donde ya hay otro cuerpo sepultado, lo cual implica dolo, en el cual sí procedería la acción de violación de sepulcro.

Au. A Califica el supuesto como violación de sepulcro sin necesidad de tener en cuenta la distinción entre la *actio sepulchri violati* y la acción *in factum*.

7. 1,21,7 (ex *Vesontino*) *Vendito fundo religiosa loca ad emptorem non transeunt nec in his ius inferre mortuum habet*

S. Al venderse un fundo en el cual hay sepulcros (*loca religiosa*), éstos no se hacen propiedad del comprador, ni adquiere el derecho de enterrar en ellos.

O. Clásico. El sepulcro era considerado *res religiosa*⁵³ y por lo tanto inalienable. Si se vendía un sepulcro, la venta en principio era nula; pero si el objeto de la venta era un fundo en el cual había un sepulcro que ocupaba una porción del fundo, la venta era válida si el vendedor expresamente exceptuaba el sepulcro por medio de la cláusula *si quid sacri vel religiosi est, eius venit nihil* (Ulpiano 28 *ad Sab.* D 18,1,22).⁵⁴ En

52 En el comentario de Ulpiano a la cláusula edictal (D 47,12,3,3) se dice que quien enterra en un sepulcro el cadáver de una persona que era heredera del dueño del sepulcro, y que por consiguiente tendría ordinariamente derecho a ser enterrada ahí, comete violación de sepulcro si lo hiciera contra la voluntad del testador. PS 1,21,8 considera violación de sepulcro otros supuestos: borrar las inscripciones sepulcrales, tirar las estatuas que hubiera, extraer algo del sepulcro o llevarse una columna; pero esto parece ser obra de B; véase *infra*.

53 Propiamente era *res religiosa* el lugar donde yacía el cadáver, es decir el sarcófago o la urna y el lugar donde éstos estaba depositados, véase Kaser SZ 95 (1978), p. 64.

54 La venta sin cláusula de reserva se considera nula en dos inscripciones sepulcrales citadas por Kaser, *op. cit.*, 36 n. 4.

la última época clásica llegó a considerarse que la venta era válida aunque no hubiera cláusula de reserva si el sepulcro sólo ocupaba una parte pequeña (*modica*) del fundo (Ulpiano 28 *ad Sab.* D 18,1,24).⁵⁵

El titular de un sepulcro que hubiera sido vendido, se consideraba que tenía derecho de paso a través del fundo para llegar al sepulcro (Ulpiano 25 *ad ed.* D 11,7,10, Pomponio 6 *Plaut.* D 47,12,5). Además el pretor le daba una acción *in factum* contra el comprador y contra su heredero presumiblemente para recuperar el sepulcro (Ulpiano 25 *ad ed.* D 11,7,8,1), y otra acción *in factum* contra quien le impidiese enterrar en su sepulcro (Ulpiano 25 *ad ed.* D 11,7,8,5).

La sentencia, sin distinguir si la venta es nula o válida, simplemente afirmaba que el lugar sigue siendo de su titular así como el derecho de sepultar ahí.

Au. A.

8. 1. 1,21,8 (*ex Vesontino*) *Qui monumento inscriptos titulos eraserit vel statuam everterit vel quid ex eodem traxerit, lapidem columnamve sustulerit, sepulchrum violasse videtur*

S. Quien borrara las inscripciones de un sepulcro, tirara la estatua, arrancara algo del sepulcro o quitara las piedras o columnas, comete violación de sepulcro.

O. Posclásico. En el derecho clásico, los supuestos que contempla esta sentencia no eran un caso de violación de sepulcros, por lo que no procedía la *actio sepulchri violati*, sino un caso de daños cometidos sobre un bien inmueble que daba lugar al interdicto *quod vi aut clam* (Ulpiano 18 *ad ed.* D 47,12,2 y 71 *ad ed.* D 43,24,11,2).⁵⁶ La calificación de estos actos como violación de sepulcro parece estar relacionada principalmente con el agravamiento de las penas presentadas en el siglo IV contra los que sustraían objetos sepulcrales, al que se ha hecho referencia arriba en el comentario a la sentencia 5.

Au. B. Presenta un texto conforme con la legislación imperial del siglo IV. La frase que indica el último supuesto (*lapidem columnamve sustulerit*), aparte de que no está coordinada por la partícula *vel* como las an-

⁵⁵ El texto de Ulpiano dice que el comprador puede reclamar por la acción de compra por la porción del fundo que, por ser lugar religioso, no puede adquirir. Véase Kaser *op. cit.*, p. 37.

⁵⁶ Si simplemente se apedreaba una estatua sepulcral tenía lugar la acción de injurias, paulo 27 *ad ed.* D 47,10,27.

teriores, se refiere precisamente al acto más preocupante de la legislación del siglo IV: la sustracción de material de construcción.⁵⁷

9. 1,21,9 (ex Vesontino) *In eo sarcophago vel solo, ubi corpus iam de positum est, aliud corpus inferri non potest, et qui intulerit reus sepulchri violati postulari potest*

S. En el sarcófago o suelo donde yace un cadáver, no puede sepultarse otro; quien esto hiciera, puede ser demandado por la acción de violación de sepulcro.

O. Clásico. En la sentencia 6 de este título se dice, reflejando el derecho clásico, que quien sepulta un cadáver en un sepulcro ajeno (*sepulchrum alienum*) es responsable de violación de sepulcro. Esta otra sentencia se refiere a enterrar un cadáver en un sarcófago o suelo donde ya está depositado otro cadáver, pero no dice que se trate de un sarcófago o suelo ajeno. Podría entenderse que la sentencia tiene implícito que el sarcófago o el suelo es ajeno, pero en tal caso esta sentencia simplemente repetiría lo dicho en la sentencia 6.

Me parece que el contenido de esta sentencia se explica teniendo en cuenta la diferencia entre el sepulcro (*sepulchrum*) y el lugar donde yace un cadáver (*sarcophagus, solum*).⁵⁸ El sepulcro es un espacio de terreno que contiene los monumentos funerarios levantados en memoria de los difuntos y en el que hay lugares para ser enterrados varios cadáveres, sea de los familiares (*sepulchrum familiare*), sea de los designados en testamento por el fundador del sepulcro (*sepulchrum hereditarium*), y por eso Ulpiano (25 *ad ed.* D 47,12,3,2) puede decir que la palabra sepulcro comprende todo el lugar de la sepultura (*omnem locum sepulturae*). El *sarcophagus* es propiamente la caja mortuoria donde yace el cadáver pero también designa el lugar (*locus*) donde se deposita. Esta distinción permite afirmar a Celso (citado por Ulpiano 25 *ad ed.* D 11,7,2,5) que no todo el sepulcro es propiamente una cosa religiosa (*res religiosa*) sino solo el lugar donde yace el cadáver o sus restos. De acuerdo con Biondi⁵⁹

57 Cfr. Constancio CT 9,17,2 pr [349] y 4 [357(356)] que se refieren a sustraer *saxa vel marmora vel columnas*.

58 Escévola (20 *dig.* D 34,1,18,5) refiere una cláusula de un fideicomiso en que el testador encomendaba a unos libertos, a quienes les dejaba un legado de alimentos, que moraran cerca del sepulcro (*ad sepulchrum*) y cada año fueran al sarcófago a celebrar su memoria.

59 Biondi, *Il Diritto Romano Cristiano* II, pp. 250 y ss.

esta costumbre de inhumar en cada sepultura solo un cadáver debió de terminar por el influjo del cristianismo que, partiendo de las catacumbas, estableció el sistema de cementerios donde se enterraban cadáveres procedentes de muy diversas familias y orígenes sociales.⁶⁰

La sentencia se refiere entonces a no enterrar más de un cadáver en un mismo sarcófago o lugar, aun cuando se trate de cadáveres de personas con derecho a ser enterradas en el mismo sepulcro.

Au. A.

10. *1,21,10 Qui alienum mortuum sepelierit, si in funus eius aliquid impenderit, recipere id ab herede vel a patre vel a domino potest*

S. Quien hubiera enterrado un muerto que no estaba obligado a enterrar, puede recuperar todo lo que hubiera gastado en ello de los herederos del difunto, de su padre, si el difunto estaba sometido a la potestad paterna, o de su dueño, si era esclavo.

O. Clásico. Quien enterraba un muerto ajeno tenía la *actio funeraria* (Lenel 94) para recuperar lo que hubiere gastado. La acción, aunque era *in factum*, tenía una condena referida a lo que al juez le pareciera equitativo (*bonum et equum*), por lo que quedaba a su consideración determinar en concreto los gastos que debían ser resarcidos. En el comentario de Ulpiano a este título del Edicto (Ulpiano 25 *ad ed.* D 11,7, 14) se refleja la discusión que había entre los juristas respecto de qué gastos eran resarcibles y cuáles no; se considera, por ejemplo, que deben resarcirse los gastos de transporte del cadáver, los de adquisición de un lugar, o los de vigilancia del cadáver, aunque no fueran estrictamente gastos de entierro (3 y 4), pero se considera que el monto de esos gastos debe ser proporcional a la dignidad del difunto, de modo que lo que se gasta inmoderadamente no es resarcible (6); también se advierte que el gasto puede no ser resarcible, cuando se hace por piedad, y no con la intención de recuperarlo (7). La misma referencia a la equidad hacía, según Lenel,⁶¹ que la fórmula de la acción no precisara quién era la persona que debía resarcir el gasto, por lo que se dejaba a la discusión de los juristas. En principio, son responsables de enterrar, y por consecuencia de los gastos

⁶⁰ Biondi *op. cit.*, refiere como punto intermedio en esta evolución una inscripción funeraria (CIL VI, 13078 = Dessau *Inscriptiones latinae selectae* [Chicago 1979] 8109) quien habla de un *locus duplex*, es decir de un lugar donde caben dos cadáveres.

⁶¹ Lenel, *EP* 231.

correspondientes, los herederos legítimos o testamentarios, el padre del hijo alieni iuris difunto, el esposo de la mujer *in manu* difunta y el dueño del esclavo difunto; luego, al considerarse que los gastos de entierro de mujer casada gravan la dote (Ulp. 25 *ad ed* D h.t. 16), se afirma que responde por los gastos el padre, si recupera la dote, o el marido, si la lucra.

La sentencia se refiere a esta acción funeraria. Las personas que nombra como pasivamente legitimadas (heredero, padre o dueño) son básicamente las que mencionan los juristas clásicos. Arnò afirmó⁶² que la inclusión del dueño del esclavo como pasivamente legitimado en la acción funeraria era efecto de influjos cristianos y no de derecho clásico; de acuerdo con esto, la sentencia sería posclásica en este punto; pero la opinión de Arnò ha sido rebatida por De Francisci...⁶³

La regla clásica de que el marido sólo responde por los gastos funerarios de su mujer en caso de que haya lucrado la dote, será superada por Justiniano quien, movido por la moral cristiana, que considera un deber moral u obra de misericordia el enterrar a los muertos, determina que el marido responde por los funerales de la mujer, aunque no haya lucrado la dote, cuando ella no deja herederos y su padre no es solvente (D 11,7,28 itp.).⁶⁴

Au. A. Con su estilo epitomizante expresa con las palabras *alienum mortuum* al difunto que no se está obligado a enterrar. No hace ninguna explicación de los gastos que pueden resarcirse y sólo afirma que lo gastado en el funeral puede recuperarse. Respecto de las personas pasivamente legitimadas, menciona únicamente a las personas que ordinariamente eran las responsables, pero no menciona al esposo; sin embargo, en la siguiente sentencia se trata de él; tampoco toma en cuenta, siguiendo su estilo generalizante, casos particulares, como el del hijo con *peculio castrense* que nombró herederos, por cuyo funeral responden los herederos y no el padre (Ulp. 25 *ad ed.* D h.t. 31 pr).

62 Citado por Perozzi, *Istituzioni di diritto romano* I 200 n.1.

63 Francisci de, *Azione funeraria* 36.

64 Biondi, *Il diritto romano cristiano* II, pp. 256 y ss.

11. *1,21,11 (ex Vesontino) Maritus id quod in funus uxoris impendit ex dote retinere potest*

S. El marido puede retener de la dote, cuando le sea exigida, bienes equivalentes al valor de lo que gastó en los funerales de su mujer.

O. Clásico. En el derecho clásico, al terminar el matrimonio por muerte de la mujer, si la dote era *profecticia*, el padre que la constituyó podía exigirla al marido; si la dote era *adventicia*, el marido se quedaba con ella. Como los gastos de funeral se conciben como carga de la dote, pueden ser exigidos, mediante la *actio funeraria*, de quien se quede con la dote, sea el marido sea el padre (Ulpiano 25 *ad ed.* D 11,7,16; Juliano 10 *dig.* D. h.t. 18).

La sentencia contempla un caso de dote *profecticia* en que el marido hizo gastos por los funerales de su mujer y luego el padre le pide la devolución de la dote. La solución que da la sentencia, que el marido puede retener bienes de la dote equivalentes al valor de lo gastado en los funerales, coincide con lo que dice Gayo en un caso similar, cuando alguien hizo gastos en el funeral de la mujer y luego el marido reembolsa esos gastos, de modo que cuando el padre le exija la dote, el marido puede retener bienes suficientes para cubrir lo que él pago por los funerales de la mujer (19 *ad. ed. prov.* D 11,7,29,1).⁶⁵

Au. A. Es notable que ni esta sentencia, ni la anterior se refieren a los casos en que el marido debe responder por los gastos del funeral de su mujer.

12. *1,21,12 (ex Vesontino) Neque iuxta monumentum neque supra monumentum habitandi ius est: attactu enim conversationis humanae piaculum admittitur: et qui contra ea fecerit, pro qualitate personae vel opere publico vel exilio multatur*

S. No es lícito habitar o edificar sobre o junto a un sepulcro, pues es una ofensa a los dioses (*piaculum*) el hacer algún aprovechamiento humano de un lugar sagrado; quien esto hiciere será castigado, según su condición personal, con trabajos forzados o exilio.

⁶⁵ Kaser *RPR* I 339, y D'Ors *DPR* 345 dicen que el marido puede retener de la dote bienes suficientes para resarcirse de los gastos necesarios que hubiere hecho respecto de los bienes doctales, pero no se refieren a los gastos funerarios.

O. Posclásico. En el derecho clásico, el pretor daba la *actio sepulchri violati* contra quien dolosamente habitara o construyera algo encima de un sepulcro, con ello se le imponía una pena pecuniaria de hasta doscientos mil sestercios.⁶⁶ Sin embargo, el mismo Edicto del pretor aclaraba que no se castigaba cualquier edificación, sino sólo aquella que fuera ajena a los fines del sepulcro.⁶⁷ Desde aproximadamente al año 100 d.C. se generalizó la costumbre de constituir amplios recintos funerarios en los que además del sepulcro propiamente dicho, se tienen terrenos de cultivo (*horti coharentes*) cuyo rendimiento se destina al cuidado de la sepultura.⁶⁸ Esta práctica pudo haber suavizado de hecho la prohibición pretoria y permitido que hubiera personas que vivieran dentro de esos recintos, aunque no habitaran en el sepulcro propiamente dicho.⁶⁹ Esto explicaría la expedición de un senadoconsulto (citado por Ulpiano 25 *ad ed.* D 11,7,12,1) el cual ordena que no se contamine (*ne... polluat*) el uso de los sepulcros, es decir, que no se haga de ellos un uso distinto del que tienen por su propia finalidad. No dice Ulpiano que se dieran penas nuevas por este senadoconsulto, por lo que parecería que su finalidad era reforzar la prohibición ya prevista en el edicto del pretor o quizá ampliarla a supuestos que no fueran comprendidos en el habitar o construir algo encima del sepulcro previstos en la cláusula edictal, como podría ser la realización de cualquier actividad (arar, jugar, dormir, etcétera) que no estuviera ligada con los fines religiosos.

La sentencia coincide con la cláusula edictal sólo en cuanto prohíbe el habitar encima de un sepulcro, pero la razón de la prohibición y las penas que impone son totalmente distintas. La sentencia califica el habitar encima o incluso cerca de un sepulcro como un sacrilegio o *piaculum*, lo cual es ajeno al derecho clásico, pero conforme con la legislación imperial del siglo IV, como se mencionó arriba⁷⁰ al analizar la sentencia 4 de este título que también habla de *piaculum*. Las penas que contempla son completamente diferentes de las correspondientes a la *actio sepulchri violati* y más cercanas a las previstas en la acción criminal derivada de

66 Lenel *EP* 93. Véase *supra ad PS* 1,21,4 *sub O*.

67 La cláusula edictal (Ulpiano 25 *ad ed.* D 47,12,3 pr) se refería a tener una edificación ajena a los fines del sepulcro: *aedificiumve aliud, quam quod sepulchri causa factum sit, habuerit*.

68 D'Ors *DPR* 341.

69 Esta situación es la que parece indicar Escévola (18 *dig.* D34,1,18,5) en un fideicomiso en favor de unos libertos a quienes se les encargaba morar junto al sepulcro (*ad sepulchrum morari*) y realizar periódicamente las ceremonias funerarias.

70 *Supra ad PS* 1,21,4 *sub O (in fine)* y *Au*.

Ley Julia *de vi* que, ya se mencionó en el comentario de la misma sentencia 4, también procedía contra quien violaba un sepulcro. Hay, sin embargo, algunas diferencias entre las penas previstas en la sentencia y las consideradas en la Ley Julia. Esta última, según nos refiere PS 5,190, castigaba con la muerte o la deportación, mientras que esta otra sentencia señala penas más leves: el exilio (*exilium*) y los trabajos forzados en obras públicas (*opus publicum*), que son penas semejantes a las que se establecieron en el siglo IV contra los que violaban sepulcros.⁷¹ Por otra parte, el exilio no es una pena típica, ya que por *exilium* suele designarse cualquier forma de relegación, incluso la deportación (con pérdida de la ciudadanía);⁷² *como aquí la pena de exilio se halla en correspondencia con la pena de trabajos forzados en obras públicas, ésta era una pena menos grave que la de trabajos forzosos en las minas por no implicar la pérdida de la ciudadanía, cabe pensar que se refiere a una relegación sin confinamiento, es decir, sin obligación de residir en determinado territorio, ya que la relegación con confinamiento suele darse como equivalente de la condena in metallum.*⁷³

Au. B. Como lo sugiere su preocupación religiosa, acorde con la legislación imperial del siglo IV, de calificar como *piaculum* el hecho de habitar, sin excepción alguna, junto o sobre un sepulcro. Es notable también que la sentencia no se refiera, como la prohibición edictal, a construir algo sobre un sepulcro; esta omisión podría estar relacionada con la costumbre cristiana, aprobada por la legislación, de construir templos sobre el suelo donde están depositados restos de mártires (Graciano, Valentiniano y Teodosio CT 9,17,7 [386]).

Otro indicio de la autoría de *B* es el tipo de penas previstas así como la diferenciación de la imposición de las mismas, no en razón de la distinción específica entre humilliores y honestiores, sino en razón de una referencia abstracta a la calidad de las personas.⁷⁴

Pudo haber existido una sentencia del estrato A relacionada con el senadoconsulto arriba citado, éste ordenaba no alterar el uso de los sepulcros. Pero el espíritu de este senadoconsulto, que sólo propone que no se

71 Véase arriba PS 1,21,4 *sub O*.

72 Mommsen, Derecho penal romano, pp. 594 y 595.

73 Así en PS 5,19A y 5,23,14. En cambio, en PS 5,4,8 se habla de *exilium* en correspondencia con la pena *in metallum* o *in operas publicas*: en PS 5,21A,1 se da *poena exili* con *poena metalli*.

74 Véase supra *ad* PS 1,21,5 *sub Au*.

altere el uso de los sepulcros, no muestra la preocupación religiosa de la sentencia.

13. *1,21,13 (ex Vesontino) Parentes et filii maiores sex annis anno lugeri possunt, minores mense; maritus decem mensibus et cognati proximioris gradus octo. qui contra fecerit, infamium numero habetur*

S. A los ascendientes y a los hijos mayores de seis años debe⁷⁵ guardárseles luto por un año; a los hijos menores de seis años, un mes: al marido diez meses, y a los cognados de grado próximo ocho. Quien no guarde esto será tenido como infame.

O. Posclásico. Hubo en el derecho clásico ciertas reglas que limitaban la capacidad jurídica de las personas libres como consecuencia de su conducta. Las personas que quedaban comprendidas en ellas eran llamadas, en general, primero *ignominiosi* y posteriormente *infames*. En el Edicto del Pretor había varias listas de personas cuya capacidad procesal quedaba limitada, y en dos de ellas se hacía referencia al luto por los difuntos; una en el Edicto 16 (*qui nisi pro certis personis ne postulent*) limitaba la capacidad para ser representantes de otras, y la otra lista en el Edicto 25 (*qui ne dent cognitorem*) restringía la capacidad para nombrar representantes judiciales.

En el edicto 16⁷⁶ se limita la capacidad del padre de familia que da a su hija viuda en matrimonio antes de que concluya el tiempo acostumbrado de luto por él, o la de quien se casa con ella o autoriza la boda de su hijo con ella en ese tiempo. La conducta que el edicto castiga no es simplemente el no guardar el luto, sino el contraer matrimonio antes de que concluya el tiempo de guardar el luto al marido; la razón de esta disposición es evitar la *turbatio sanguinis*, es decir, la posible confusión sobre la paternidad del hijo que pariera la viuda durante los diez meses posteriores al fallecimiento de su marido.

En cambio, el edicto 25⁷⁷ limita la capacidad para dar representante judicial a las mismas personas a que se refiere el edicto anterior, pero además a la mujer que no guarda luto el tiempo acostumbrado (*uti moris*

⁷⁵ Literalmente la sentencia dice que tales personas difuntas pueden (*possunt*) ser lloradas cierto tiempo; pero quienes guardan el luto son los vivos que deben hacerla, so pena de ser tenidos como infames.

⁷⁶ Lenel 77, con base en Ulp. 6 *ad ed.* D 3,2,1.

⁷⁷ Lenel 89, con base en FV 322 y 320.

est, non eluxerit) a su marido, padres o hijos difuntos, así como a la viuda *sui iuris* que se casa antes de concluir el tiempo de guardar luto. Aquí ya se sanciona claramente la omisión del luto acostumbrado.

La sentencia, que también se refiere a la omisión del luto, podría estar relacionada con ese último edicto; pero difiere de él en cuanto fija unos tiempos determinados para el mismo, menciona el luto para los parientes cognados, dice expresamente que no son las mujeres quienes deben guardar el luto y, además, no indica la incapacidad procesal que reciben las personas que no lo guardan debidamente, sino únicamente señala que tales personas serán tenidas como infames.

El tiempo de guardar luto y las personas por quien guardarlo fue originalmente definido por las costumbres, hasta que el rey Numa lo reglamentó.⁷⁸ Él fijó que no debía guardarse luto a un niño menor de tres años, que a los niños mayores de esa edad se les debía guardar un mes por cada año de edad que hubieran cumplido hasta un máximo de diez meses, en tanto debía guardarlo por su marido difunto durante diez meses.⁷⁹ Esta reglamentación parece haber continuado vigente pues Ulpiano (8 *ad ed.* FV 321) coincide en general con ella, aunque aclara que el luto debe guardarse a los ascendientes de uno y otro sexo, a los menores de tres años no se les guarda luto pero sí Asubluto⁸⁰ (*sublugere*), y a los menores de uno no se les guarda ni luto ni subluto.

La sentencia tiene algunas diferencias con este fragmento de Ulpiano. Se refiere a las mismas personas que el fragmento de Ulpiano, ascendientes, hijos y marido, pero añade a los parientes cognados hasta el octavo grado; da una regla diferentes sobre el luto de los hijos pues dice que se guarda un año a los hijos mayores de seis años, mientras que el texto de Ulpiano (al igual que la reglamentación de Numa) se refiere a los mayores de tres; dice la sentencia que a los menores de seis se les guarda luto por un mes, mientras que Ulpiano de conformidad con la reglamentación de Numa, dice que un mes por cada año hasta un máximo de diez meses; hay además en el texto de Ulpiano la aclaración, no dicha en la sentencia, de que el año comprende diez meses.

⁷⁸ Plutarco, num. 12.

⁷⁹ El término de diez meses se fijó para evitar la *turbatio sanguinis*, es decir la confusión de la paternidad, considerándose que durante los diez meses posteriores al deceso del marido la viuda podría dar a luz un hijo engendrado por él; consecuentemente se prohibía a la viuda contraer nupcias mientras no transcurriera ese plazo.

⁸⁰ No tenemos otra noticia de ese Asubluto, según Kübler, *RE*, s.v. *luctus* 1701,1704.

Es posible, sobre todo después de la concesión de la ciudadanía a todos los habitantes del Imperio, dado que las costumbres del luto debían de variar de lugar a lugar, que se renunciara a poner reglas fijas respecto de ellas.⁸¹ Esto podría explicar las divergencias de la sentencia, pero también otro texto de Ulpiano, (8 ad ed. D 3,2,23) menciona que debe guardarse luto también a los parientes cognados y agnados. La misma redacción de las cláusulas edictales citadas abona esta conjetura, pues se referían al tiempo que se acostumbra (*moris est*) guardar luto sin indicar plazos fijos. La diversidad de costumbre puede haber dado lugar a que Justiniano interpolara⁸² el citado texto de Ulpiano para afirmar que cada persona guarde luto el tiempo que desee.

El que la sentencia ya no se refiera exclusivamente, como el edicto 25 al luto que deben guardar las mujeres, parece ser algo ya aceptado en el siglo III, pues Ulpiano (8 ad ed. FV 321) *refiere que Papiniano afirma, comentando el citado edicto, que los varones también deben guardar el luto, y el mismo Papiniano (2 quaest. D 3,2,25 pr) dice que aun el hijo varón desheredado debe guardar luto por su padre o su madre.* La sentencia refleja esta situación en donde el luto lo guardan varones y mujeres.

Pero el origen posclásico de la sentencia se manifiesta principalmente en su frase final donde afirma que las personas que no guardan el luto debido son personas infames; el mismo uso del término *infames*, como una categoría general de personas, se da en PS 1,2,1 (estrato A). Al no señalar la incapacidad procesal específica que contraen dichas personas, manifiesta esa tendencia posclásica de considerar la infamia como una pena determinada y no como una causa de alguna incapacidad procesal. Esta tendencia, según Kaser,⁸³ parece haber comenzado en el siglo III, cuando los jueces cognitorios amplían los supuestos de la infamia previstos en las leyes y el edicto del pretor. Justiniano la continuará e interpolará los textos clásicos, inclusive los que transmitían las palabras del Edicto, para hacerlos decir que las personas que realizan determinadas conductas quedan tachadas con infamia (*infamia notantur*).⁸⁴ En el derecho vulgar de Occidente también se manifiesta claramente en IP 1,2,1

81 Así Kübler, *RE s.v. luctus* col. 1701.

82 Interpolación ya detectada por Cuyacio, y que resulta evidente con la confrontación del texto con FV 321.

83 Kaser, *SZ* 73 (1956) 273259.

84 Lenel 77.

dice que son infames los que por alguna culpa son tachados con infamia (*qui por propter aliquam culpam notantur infamia*).

Au. A. Como lo sugiere su concordancia, en general, con el edicto 25 y las prescripciones sobre el luto definidas por Numa. Las peculiaridades de la sentencia en cuanto a las personas a quienes debe guardarse luto y el tiempo de guardarlo, pueden explicarse por una costumbre local. Es posible que el texto no interpolado de Ulpiano 8 *ad ed.* (3,2,23) fuera de un tenor muy parecido a esta sentencia y dijera que se debe guardar luto a los padres e hijos de ambos sexos,⁸⁵ así como a los parientes agnados y cognados. Es importante que todavía señale que el tiempo de guardar luto a la viuda es de diez meses, pues como los emperadores Teodosio, Graciano y Valentiniano (CT 3,8,1 [381]) prohibieron que la mujer viuda se casara en el plazo de un año, es decir doce meses en vez de diez, una sentencia de B podría haber afirmado que el tiempo de luto por la viuda era de un año. El utilizar el término infames como una categoría general, lo mismo en esta sentencia que en PS 1,2,1, es según Levy⁸⁶ una peculiaridad de A. Justiniano, en la interpolación que hizo del texto de Ulpiano anteriormente citado, suprimió la omisión del luto debido como causa de infamia (*qui... non eluxit notatur infamia*).

Dada la ubicación de esta sentencia en este título 21, preocupado principalmente por preservar el respeto por los difuntos, parece que su motivo principal es señalar las personas por las que debe guardarse luto y el tiempo de guardarlo. Ásta es una preocupación ajena al derecho clásico, en el que se consideraba el luto en relación con la capacidad para actuar en juicio por sí o por medio de un representante, por lo que se permite conjeturar que esta sentencia pudo estar en la edición de A en el título 2 de este libro (*de procuratoribus et cognitoribus*) donde se trata de los infames que no pueden nombrar representante judicial, y que su ubicación actual es obra de B.

⁸⁵ Esta referencia a los dos sexos también consta en el texto de Ulpiano ya citado y transmitido en FV 21.

⁸⁶ Levy *PS ad 1,2,1 sub O*.

14. *1,21,14 Qui luget, abstinere debet a convivis ornamentis purpura⁸⁷ et alba veste*

S. Quien guarda luto debe abstenerse de banquetes, ornamentos, de la púrpura, es decir de ropas teñidas de púrpura, y de vestidos blancos.

O. Clásico. Las prohibiciones que contiene la sentencia coinciden en general con las costumbres de época clásica, cuando se manifestaba el luto usando vestidos de color oscuro o negro, sin adornos, y absteniéndose de asistir a banquetes, como lo atestiguan numerosas fuentes literarias.⁸⁸ Lo único que llama la atención es la prohibición de usar vestidos blancos, ya que durante el Principado, se permitió que las mujeres que guardaban luto usaran vestidos blancos, según testimonio de Plutarco.⁸⁹ Es posible que tal permiso esté relacionado con un senadoconsulto que dispensó a las mujeres de llevar vestidos tristes (*tristior habitus... mulieribus remittuntur*), al que se refiere un rescripto de Gordiano del año 239 (CJ 2,11,15).⁹⁰ Como la sentencia parece referirse a una situación donde es costumbre que el luto lo guarden varones y mujeres,⁹¹ pudo haber dejado la prohibición de usar vestidos blancos.⁹²

Au. A, que por su tendencia a simplificar no se hace cargo de la autorización que dio el senadoconsulto para que las mujeres pudieran usar vestidos blancos.

Es de notar la omisión de la palabra *purpura* en la versión que nos transmite el Breviario de Alarico, la cual puede atribuirse a los propios compiladores visigóticos (V) quienes posiblemente omitieron la palabra porque estaba estrechamente ligada al emperador romano, como lo demuestra el que todas las veces que aparece la palabra *purpura* en el Código Teodosiano,⁹³ salvo una constitución que prohíbe las ventas de púrpura,⁹⁴ se refiere a las ropas del emperador y a que ciertas personas han adquirido el honor de tocarlas, venerarlas o adorarlas.

87 La palabra *purpura* está en el código Vesontino pero no en el *Breviario*.

88 Citadas por Kübler, *RE s.v. luctus* col. 1699.

89 Plutarco, *Moralia* 270. También Estacio, *Silvae* 3,3,3.

90 Así lo sugiere Cuyacio *Opera* VI 968.

91 Véase *supra ad PS 1,21,13 sub O*.

92 Kübler, *RE s.v. luctus* col. 1699 opina, para explicar que la sentencia mantenga la prohibición de usar vestidos blancos, referente exclusivamente a varones.

93 De acuerdo con *Heidelberger Index zum Theodosianus s.v. purpura*.

94 CT 10,20[436].

15. 1,21,15 *Quidquid in funus erogatur, inter aes alienum primo loco deducitur*

S. Todo lo que alguien hubiera gastado en el funeral de una persona con la cual no estaba obligada a hacerlo, constituye un crédito privilegiado en el caso de que la herencia o los herederos queden sometidos a un proceso de concurso de acreedores.

O. Clásico. En la sentencia 10 de este título se menciona que quien hizo gastos funerarios en favor de una persona a la que no estaba obligado a enterrar, puede recuperar lo gastado de los herederos o de otra persona, según sea el caso. Aquí se añade que el crédito para cobrar los gastos funerarios debe pagarse en primer lugar. Esto supone una situación en que el deudor (sea el heredero, sea otra persona) tiene que pagar a diversos acreedores siguiendo un determinado orden, lo cual sucede principalmente en una situación de concurso de acreedores.

Maeciano (8 *fideicomissorum* D 11,7,45), jurista de mediados del siglo II, afirma al igual que la sentencia que el crédito funerario es preferente respecto de todos los demás (*omne creditum solet praecedere, cum bona solvendo non sint*). Pero, Escévola (2 *quaest.* D 11,7,46,2), jurista de la misma época, y Ulpiano (63 ad ed. D 42,5,17), su discípulo, hablan de un privilegio ejecutivo (*privilegium*)⁹⁵ para cobrar los gastos funerarios, que tiene lugar incluso, según Ulpiano, aun cuando el gasto se reclame, no con la acción funeraria, sino con otra acción como la de división de herencia o la derivada de una estipulación; pero no dicen que el crédito funerario sea el primero en pagarse. Otra sentencia (PS 5,12,10), es la única que utiliza la palabra *privilegium*,⁹⁶ comenta que el fisco tiene el primer lugar entre todos los acreedores.

Puede ser que la sentencia 1,21,15 contemple una situación de concurso de acreedores particulares, como lo sugiere la referencia a la primacía *inter aes alienum*, ya que *aes alienum* suele designar deudas privadas,⁹⁷ de modo que la primacía del crédito funerario se entendería entre deudas privadas. En cambio, Escévola y Ulpiano que se refieren al privilegio

⁹⁵ Los privilegios ejecutivos se fundan en decretos del pretor o de los emperadores, Kaser, *ZPR* 313.

⁹⁶ Según *Ergänzungsindex s.v. privilegium*.

⁹⁷ Véase Heunann-Seckel, *Handlexikon s.v. aes* núm. 3, donde todos los textos citados que usan *aes alienum* se refieren a deudas privadas.

correspondiente al crédito funerario no pueden dejar de tener en cuenta la preferencia que corresponde al fisco y por eso no afirman que el crédito funerario sea el primero en pagarse. El privilegio del fisco especificado en la sentencia PS 5,12,10 se entiende como una especie de derecho de prenda o hipoteca legal que posee el fisco sobre todo el patrimonio del contribuyente, y en este sentido es preferente respecto de cualquier otro acreedor carente de tiene garantía prendaria o hipotecaria.⁹⁸

La IP dice que todo lo que se gaste en la sepultura debe pagarse de la herencia del difunto antes que a otros acreedores (*Quidquid in sepultura defuncti expensum fuerit, prius quam aliis creditoribus de mortui hereditate reddendum est*). Aquí la regla tiene otro sentido, no se refiere a un concurso de acreedores, en la que la prioridad del crédito funerario sirve para asegurar su pago aunque los bienes no sean suficientes para pagar íntegramente a los otras acreedores. La interpretatio sólo parece indicar que al pagarse las deudas hereditarias se debe pagar primero la de gastos funerarios, lo cual sólo sería una preferencia temporal sin ninguna garantía del pago íntegro en caso de que la herencia fuera insolvente.

Au. A. La expresión *aes alienum* para indicar las deudas la usan los juristas clásicos (p.e. Próculo 5 *epist.* D 50,16,125 y Paulo 53 *ad ed.* D h.t. 39,1), y aparece también, con ese sentido, en PS 4,3,3 y 4,5,6.

16. 1,21,16 (ex D 48,24,3) *Corpora animadversorum quibuslibet petentibus ad sepulturam danda sunt*

S. Los cuerpos de los ejecutados por causas criminales deben entregarse a quienquiera que los pida para darles sepultura.

O. Posclásico. Ulpiano (11 *de off. procons.* D 48,24,1), reflejando la práctica en las provincias, dice que antiguamente no se negaba a los parientes cognados los cuerpos de los condenados a muerte, pero que en su tiempo (*hodie*)⁹⁹ los cuerpos de los ajusticiados no se sepultan a menos que alguien lo pida y se dé permiso para ello, además se niega el permiso

⁹⁸ Sin embargo, la hipoteca legal del fisco, según D'Ors (*DPR'* 4217, con apoyo en Wieacker, *Festschrift Koschaker* I 224) no tiene rango privilegiado, de modo que un acreedor con una hipoteca de mejor rango puede cobrarse con la venta del objeto hipotecado antes que el fisco.

⁹⁹ La frase *hodie... damnatorum* es una interpolación según Albertario (Véase *Ind. Int.*), quien considera que el uso de la palabra *hodie* indica la intención de los compiladores de actualizar un texto. Sin embargo, como Ulpiano se refiere al principio a una situación en la época de Augusto, es decir doscientos años aproximadamente antes de que el jurista escribiera, es posible que él mismo la usara para manifestar el contraste de la práctica actual con la época de Augusto.

especialmente respecto de los cuerpos de los condenados por delitos de lesa majestad, es decir, por los delitos contra la persona del príncipe o la seguridad pública. Esta restricción es congruente con la política criminal de Septimio Severo quien estableció como pena ordinaria de estos delitos, la pena de muerte que en ciertos casos conllevaba la denegación al derecho de ser sepultado.¹⁰⁰ La práctica de pedir el cuerpo de un condenado a muerte para darle sepultura se refleja en los cuatro Evangelios a propósito del cuerpo de Jesucristo. San Mateo,¹⁰¹ San Marcos¹⁰² y San Juan¹⁰³ dicen que José de Arimatea pidió el cuerpo y que Pilatos lo concedió; San Lucas¹⁰⁴ sólo dice que José lo pidió y deja entender que Pilatos lo otorga. Todos los relatos hacen ver que Pilatos no tiene obligación de dar el cuerpo y éste lo entrega como una concesión graciosa.

La sentencia, en cambio, afirma que deben darse los cuerpos a quien quiera que los pida para darles sepultura, lo cual supone que ya no está vigente la práctica de privar de sepultura a los ejecutados por delitos de lesa majestad. Esto pudo deberse a la influencia del cristianismo, éste consideraba el enterrar a los muertos como una obra de misericordia. Justiniano, el año 537, emitió una ley (Nov. 59) acerca del financiamiento de los gastos de funeral, en ella recuerda que los emperadores Constantino y Anastasio habían establecido un sistema para que los entierros pudieran sufragarse con cargo al erario público y como tal sistema corre el riesgo de perderse, el emperador afecta nuevos bienes públicos para que puedan sufragarse debidamente los gastos funerarios. La sentencia podría corresponder al tiempo en que Constantino y Anastasio promovían, con cargo al erario público, que todos los cadáveres tuvieran sepultura.

Au. B como lo sugiere su correspondencia con la política funeraria de los citados emperadores. Es de notar que en el título del *Digesto* donde se conserva esta sentencia (D 48,24) también se encuentra el texto de Ulpiano citado, dice que no se da sepultura a los ejecutados por delitos de lesa majestad, por lo que al parecer los compiladores no repararon en la contradicción entre ambos textos ni los interpolaron para armonizarlos.

100 Mommsen, *Derecho penal romano*, p. 374.

101 Mt. 27,58: *Hic accessit ad Pilatum et petiit corpus Jesu. Tunc Pilatus iussit reddi.*

102 Mc. 15, 43-45: *Ioseph ab Arimathea... audacter introivit ad Pilatum et petiit corpus Iesu. Pilatus... donavit corpus.*

103 Jn. 19,38: *...rogavit Pilatum Ioseph ab Arimathea... ut tolleret corpus Iesu; et permisit Pilatus.*

104 Lc. 23,52: *hic accessit ad Pilatum et petiit corpus Iesu.*