

Un posible régimen jurídico especial para los sepulcros romanos en Egipto

por José Luis MURGA
(Universidad de Sevilla)

1.

Son de sobra conocidas las discusiones y perplejidades que en su día causó la lectura del *Gnomon* del *idioslogos* sobre todo por la aparente contradicción que parecía ofrecer el papiro, al menos en algunos aspectos con la doctrina jurídica general mantenida por la tradición. Muchos han sido desde entonces los estudios, especiales o no, que sobre el *Gnomon* han venido apareciendo y muy diversas y sugestivas las hipótesis que en torno a él se han explicado, enriqueciendo a la ciencia romanística con un abundante y variada bibliografía (1).

(1) PLAUMANN, *Der Idioslogos. Untersuchungen zur Finanzverwaltung Aegyptens*, en *Abhandlungen Berliner Akad.*, 17 (1918); LENEL y PARTSCH, *Zum sogenannten Gnomon des Idioslogos*, en *Sitzungsb. Heidelberger Akademie* 1 (1920), p. 10 ss.; REINACH, *Un Code fiscal de l'Égypte romaine, le Gnomon de l'Idiologue*, en *RH* 43 (1919), p. 583 ss. y 44 (1920), p. 5 ss.; JONES, *Fresh light on Roman Bureaucracy*, Oxford 1920; ARANGIO-RUIZ, *Un liber mandatorum da Augusto ad Antonino Pio*, en *Atene e Roma* (1922), p. 220 ss.; SCHÖNBAUER, *Beiträge zur Geschichte des Liegenschaftsrechts im Altertum*, Leipzig 1924; BONFANTE, *Corso di Diritto Romano*, 2, Roma 1926; WEISS, *De nonnullis locis papyri illius, qui Gnomon inscribitur, praesertim de iure sepulcrorum in Aegypto*, en *Aegyptus* 13 (1933), p. 299 ss.; ZANCAN, *Il diritto di sepolcro nel Gnomon*, en *Aegyptus* 16 (1936), p. 148 ss.; TAUBENSCHLAG, *The Law of Greco-Roman Egypt in the light of the Papyri*, Oxford 1944, p. 209; DE VISSCHER, *Le caractère religieux des tombeaux romains et le § 2 du Gnomon de l'Idiologue*, en *RIDA* 1 (1948), p. 199 ss.; RICCOBONO, Jr., *Il Gnomon dell'Idiologo*, Palermo 1950.

Cuando a través de una fuente epigráfica o papiroológica llegan a nosotros noticias del ordenamiento romano, suele ser frecuente que estas confirmen lo que ya sabíamos añadiendo en todo caso algún nuevo matiz que puede ser útil para enriquecer aún más nuestro conocimiento sobre alguna institución. Sin embargo, no pocas veces también los testimonios que aportan esas fuentes ofrecen curiosos datos desconocidos e incluso no es raro que en algún caso su testimonio pueda estar en contradicción con determinados principios que entendíamos como básicos para el ordenamiento romano provocando entonces confusión y perplejidad.

Estas situaciones, por otra parte no muy infrecuentes, plantean incluso desde el punto de vista teórico algunas interrogantes no siempre fáciles de resolver: ¿Qué debe tener más valor para nosotros, la común doctrina, no obstante haber llegado hasta nosotros a través de una larga tradición textual en la que tantas veces se ha podido comprobar la alteración tardía o, por el contrario, el dato innovador e incluso desconcertante que puede aportar un nuevo hallazgo inesperado?

En parte es comprensible que, dada la propia tendencia conservadora que casi siempre manifiesta la investigación —y la investigación romanística no constituye en ese punto ninguna excepción—, nos sintamos inclinados a mantener a toda costa la doctrina tradicional, siempre en nuestra opinión más segura, contemplando el nuevo testimonio, sobre todo si es muy discordante, como un simple caso anómalo, cuando no como una peculiaridad provincial o como un extraño supuesto meramente fáctico o político que así en nada afectaría a la norma admitida por la *communis opinio*. Creo, sin embargo, que no siempre deben infravalorarse los testimonios aportados por las fuentes arqueológicas o papiroológicas por muy especiales que estas puedan ser ya que, al fin y al cabo, los datos que estas nos suministran serán por lo menos, mucho más vivos y reales que los que nos lleguen a través del *corpus iuris civilis*, sobre todo si tenemos en cuenta las graves alteraciones y cambios a los que estuvo sometida la tradición textual hasta llegar al siglo VI.

2.

Algo de esto ocurrió tras la definitiva lectura del *liber mandatorum* conocido con el nombre de *Gnomon* del *idiologos* ofrecida por vez primera por Schubart y Seckel en 1913, al año siguiente de su hallazgo (2). Como es sabido, el papiro, escrito todo él en grafía griega muy cuidada, contenía todo un reglamento administrativo (3) dirigido al *idiologos* (4), viejo cargo existente ya en época tololámica y que fue mantenido por la organización imperial romana. El *idiologos* fue una especie de procurador fiscal encargado entre otras cosas de la administración y búsqueda de bienes vacantes que pudieran revertir en el fisco, y que estaba, desde el punto de vista jerárquico, bajo las ordenes inmediatas del prefecto de Egipto. Al *idiologos* también se le atribuía la legitimación procesal en todos aquellos litigios donde se ventilara cualquier tipo de intereses patrimoniales propios de una organización fiscal que ya, antes de la época romana, tenía en todo el Imperio y muy particularmente en Egipto un carácter rapaz y depredador (5).

(2) Los primeros datos sobre las novedades que aportaba el papiro aparecieron en 1913 en los *Amtliche Berichte* del Museo de Berlin, vol. 35. El texto que había sido traducido al alemán por SCHUBART estaba comentado por SECKEL.

(3) El papiro fue encontrado en Theadelphia (Batn Harit) en los alrededores de El Fayum. El documento aparecía escrito por ambas caras y el texto con la normatividad dirigida al *idiologos* ocupaba precisamente el reverso del mismo. La parte anterior nos presenta un estado de cuentas de los encargados de la administración de Berniks, población cercana a Theadelphia. Dado que estas cuentas aparecen fechadas el año 12 de Antonino Pio (año 149 d.C.), este dato puede servirnos como fecha *post quem* para precisar la época del documento.

(4) El cargo de *idiologos* del cual nos habla Estrabón (17.1.12) aparece con tal denominación en multitud de inscripciones. Tal calificativo de *idiologos* deriva de una metonimia en virtud de la cual se designa al titular del cargo con el nombre de su propio departamento administrativo. Cfr REINACH, *loc. cit.*, p. 7.

(5) No obstante la gran amplitud de atribuciones del *idiologos*, se le añadieron al cargo nuevas funciones administrativas ya en el siglo II de nuestra era, en época de los emperadores Antoninos. Una de estas funciones y por supuesto bien trascendental para los egipcios fue precisa-

El documento, además de otras muchas noticias, nos aporta curiosísimos datos sobre las clases sociales que como recuerdo de tantas culturas superpuestas en el viejo solar egipcio, habían venido conviviendo todas juntas desde tiempos faraónicos y tolmáicos: romanos, griegos alejandrinos tan cercanos en educación y derechos políticos a los ciudadanos de Roma, griegos patricios y educados pero oriundos de otras *poleis*, griegos de origen plebeyo, gente del litoral líbico, del Paretonio y de las islas, y finalmente sirios, allófilos y otros extranjeros, todo ello como es natural sin olvidar a los propios egipcios, tan divididos a su vez en sectores y clases, absolutamente separados y sin intercomunicación entre ellos, restos de una vieja población siempre sometida pero nunca sojuzgada del todo por asirios, saitas, persas, griegos y romanos (6).

Sin embargo, de todas las novedades que el *Gnomon* nos suministra, muchas de ellas curiosas, sugestivas e incluso novedosas, ninguna seguramente tan interesante como las contenidas en los dos primeros párrafos (7) de este fascinante

mente la de policía de cultos con la misión especial de atender la complicada liturgia hierofántica. Vid. PLAUMANN, *ob. cit.*, p. 53 ss.

(6) Dentro del abigarrado mosaico que constituye la población del Egipto romano se encontraban gentes de multitud de razas, idiomas y culturas. Sobre todo en las grandes ciudades portuarias se concentraban sin mezclarse nunca diferentes tipos de personas. En primer lugar los romanos, militares, intelectuales y esa gran multitud de individuos con misiones auxiliares que traía consigo el gobierno de las provincias. Luego, cercanos en mentalidad y cultura, habría que colocar a los griegos alejandrinos cuya ciudadanía llevaba consigo muchos privilegios y que en cierto modo constituía como un paso previo para la concesión de la ciudadanía romana. Lógicamente también fueron frecuentes en Egipto otros elementos de población griega y muchos extranjeros residentes en las grandes ciudades. La población nativa que desde hacía siglos venía sometida a tan diversos invasores —salvo los sacerdotes que casi siempre supieron mantenerse en cargos con poder— ocupó más bien cargos ínfimos y de escasa trascendencia social. Con gran prolijidad el *Gnomon* parece interesarse por mantener todos estos estratos de población en sus respectivos encuadramientos evitando en lo posible los desplazamientos de clase y sancionando por supuesto la usurpación de una categoría social superior. Vid. REINACH, *loc. cit.*, en *RH* 44 (1920), p. 15 ss.

(7) El orden que se ha seguido para la enumeración de los preceptos

extracto normativo del Derecho imperial para la provincia de Egipto. Ambos párrafos, en cuyo contenido se manifiesta un prevalente interés fiscal, son para nosotros de una gran novedad sobre todo a causa de las inesperadas consecuencias que podrían deducirse del planteamiento de los mismos. La libre traducción de los preceptos podría ser la siguiente ⁽⁸⁾:

1. — « Cuando el patrimonio de un particular queda sometido a confiscación, el fisco solía despreocuparse normalmente de las sepulturas. Sin embargo el divino Trajano, habiendo tenido noticia de que algunas personas simplemente por defraudar al fisco y a sus acreedores destinaban gran parte de su patrimonio con un lujo exagerado a la erección de su propio sepulcro, decidió no exceptuar de la posible ejecución más que al monumento funerario propiamente tal, permitiendo en cambio la venta de los jardines funerarios y de otras instalaciones semejantes. Sin embargo, como el emperador no pretendía ser severo mas que con los deudores del fisco, dejó a los otros deudores ordinarios la propiedad integral de sus sepulturas en la misma situación que estas se encontraban ».

2. — « Las tumbas (hereditarias?) afectadas de inalienabilidad podrán ser vendidas, pero exclusivamente por los romanos ya que el emperador Adriano decidió que entre los romanos no hubiera nada que fuera inalienable ».

Sin duda alguna ambos preceptos son absolutamente novedosos y hay que reconocer que al menos a primera vista, parecen contrarios a las normas generales que conocemos sobre el régimen

del *Gnomon* no supone ni mucho menos una sistemática perfecta. Por el contrario mas bien llama la atención la aparente estructura caótica que se ha seguido en ella. Se diría que mas que de una ordenación sistemática del Derecho imperial para Egipto se trata de un conjunto de preceptos que se han ido sedimentando por sí solos por el puro acarreo aluvial de una cierta praxis administrativa. Tal vez de modo semejante, salvadas naturalmente las distancias, a lo que ocurrió con el propio edicto pretorio cuya sistemática mas o menos técnica no obedecía a una previa elaboración doctrinal.

(8) Utilizo en el presente artículo la traducción de REINACH. *Cfr* REINACH, *loc. cit.*, en *RH* 43 (1919), p. 589 ss.

de los monumentos funerarios y sobre el estatuto jurídico propio de las *res religiosas*. Sobre todo el párrafo segundo resulta absolutamente curioso y revolucionario causando incluso a la doctrina una gran perplejidad por aquella afirmación contundente de que entre los romanos nunca existió nada que fuese inalienable. Para mayor confusión, según el anónimo compilador del *liber mandatorum*, esta ausencia de cosas no vendibles procedería nada menos que de una decisión imperial de Adriano, seguramente un rescripto del cual por supuesto no tenemos ninguna noticia.

Cuando una fuente, con la seriedad que parece tener el *Gnomon del idiólogos*, nos aporta un dato, tan claramente contrario a lo que ha venido sosteniendo la doctrina y la *communis opinio*, se suelen buscar explicaciones aunque desgraciadamente no siempre resulten éstas convincentes. A veces, incluso han sido necesarios verdaderos equilibrios del pensamiento jurídico para coordinar la doctrina general y el nuevo dato con resultados casi siempre poco exitosos.

Igual que en otros casos parecidos, también en el caso del *Gnomon* se intentaron en su momento explicaciones diversas que pudieran justificar las extrañas afirmaciones de aquellos preceptos del papiro tan contrarias a la doctrina general de los juristas contenida en el Digesto.

a) Siempre se ha entendido —y esta sería la primera defensa de la autenticidad de los primeros párrafos del *Gnomon*— que el Derecho romano que ha llegado hasta nosotros, por proceder casi exclusivamente de la compilación, es en definitiva un derecho culto y científico y por lo mismo no debe considerarse como una normativa paralela al ordenamiento aplicable en la vida real que, como sabemos, incluso en época clásica, manifestaba ya síntomas de vulgarización como puede comprobarse a través, por ejemplo, de la epigrafía funeraria. Tal vez en las afirmaciones que pudieran parecernos chocantes en el *Gnomon* nos encontremos también ante una de esas divergencias entre el Derecho estudiado y comentado por los jurisconsultos y la práctica diaria del mismo, siempre menos meticulosa para respetar unos principios que nosotros hoy, por influencia de un

cierto dogmatismo, hemos venido a considerar como axiomas clásicos del ordenamiento romano⁽⁹⁾. Algo parecido seguramente pensaron los primeros comentadores del papiro⁽¹⁰⁾ al intentar explicar las anomalías del documento, viéndolas como posibles consecuencias de una praxis excepcional introducida en el régimen de sepulturas de los romanos residentes en Egipto.

Desgraciadamente, sin embargo, esta explicación no llega, al menos en nuestro caso, a satisfacernos del todo. ¿Puede entenderse que cualquier romano, simplemente por residir en Egipto, quedaba ya sin más sometido a una eventual *venditio bonorum* universalmente extendida a todos sus bienes incluidos los sepulcros o —lo que resultaría sin duda mas extraño— que hubiese sido suprimida para ellos la inalienabilidad de las tumbas?. Evidentemente no es muy convincente que un estatuto jurídico tan excepcional que borraba incluso la nota mas típica de las *res religiosae* haya podido darse sin que de él haya llegado ni siquiera la mas mínima noticia.

b) Algunos otros⁽¹¹⁾ trataron de explicar la extraña negación de la inalienabilidad que aparece en el *Gnomon* aduciendo el hecho de que tal vez el estatuto peculiar de las *res religiosae*, según la expresión gayana⁽¹²⁾, constituyese simplemente como una regla propia del *ius civile*, no aplicable por tanto dentro

(9) No son raras las divergencias que en ocasiones parecen descubrirse entre el lenguaje mas puro y cuidado de los juristas y el léxico vulgarizante e impreciso de las inscripciones epigráficas, casi siempre reflejo de un vocabulario mas llano, normal entre personas corrientes sin gran pericia técnica. Así, nada menos que como titular habitacionista de un edificio construido en un terreno público y por tanto inalienable y *extra commercium*, aparece un tal Adrasto, liberto imperial asignatario de una vivienda que le otorgaron los *curatores operum publicorum* en el monumento dedicado a la heroización de Marco Aurelio y Faustina (*OIL.* VI. 1585). Como podemos comprobar los datos que la propia vida romana nos ofrece tanto en esta inscripción como en otras parecidas difieren bastante de los planteamientos que muchas veces mas técnicos que reales nos proporcionan los juristas.

(10) *Vid.* UXXULL-GYLLENBAND, Comentario al *Gnomon* en la *Berliner Griechische Urkunden*, V,1, p. 13 ss.

(11) *Vid.* WEISS, *De nonnullis*, *loc. cit.*, p. 299.

(12) Gayo, 2.4.

del ámbito del Derecho honorario ni mucho menos a unos sepulcros situados en suelo provincial como sucedería en nuestro caso. En otras palabras, si bien las tumbas y los monumentos funerarios anexos nunca podrían ser objeto de *mancipatio* ni de *in iure cessio* al no ser posible siquiera pronunciar las fórmulas rituales precisas —sería impensable el *hunc meum esse aio* referido a un sepulcro—, sí en cambio, según esta opinión, siempre sería factible la transmisión de una sepultura por medio de la *traditio*, no existiendo tampoco dificultad especial en poderlas defender procesalmente con cualquiera de las vías edictales propuestas por los pretores.

Tampoco tuvo mucha fortuna entre los estudiosos este segundo intento de explicar unas aparentes contradicciones del *Gnomon*. El estatuto normativo general de las *res religiosas* de tan arcaicos fundamentos prejurídicos fué desde sus orígenes tan radical, al colocar los sepulcros fuera del alcance humano, que hacía impensable *ex natura rei* cualquier acto de transmisión incluso aquellos puramente fácticos que pudieran derivarse de la *traditio*. Es más, la propia posesión como fenómeno protegible interdictalmente se hacía imposible desde el momento que la *possessio* requiere siempre un *animus* y éste nunca podría incidir sobre una *res extra commercium*. Por otra parte, el propio Gayo parece oponerse a este posible enfoque del carácter impediendo de las *res religiosas*, visto tan solo como un simple óbice para la adquisición *iure civili* de los sepulcros, ya que para el autor de la *instituta* la inalienabilidad es algo que deriva siempre de algo mucho más profundo: la propia *separatio* del comercio humano que afecta en cualquier caso a los sepulcros. Así, de un modo que no deja lugar a dudas, nos plantea la no comercialidad de los sepulcros como algo connatural a los mismos con base incluso en el *ius gentium* y por tanto muy por encima del *ius civile*.

Es cierto que Gayo, quizá entendiendo que la calificación de *locus religiosus* no es al fin y al cabo más que una categoría jurídica romana, dice también que *in provinciali solo placet plerisque locum religiosum non fieri*. Sin embargo, ben claro se ve que se trata tan solo de un modo de expresar una califica-

ción jurídica ya que en lo que concierne al carácter de algo separado, tan religiosos serían los sepulcros romanos como las sepulturas provinciales, gozando ambas igualmente de inalienabilidad. Por otra parte estas últimas, aunque no lleguen a constituir estrictamente un suelo religioso, vendrían a tener un carácter análogo, *pro religioso habetur* ⁽¹³⁾.

c) Algún otro estudioso ⁽¹⁴⁾, intentó dar marcha atrás poniendo en duda incluso la posible autenticidad de aquellas afirmaciones tan contundentes del papiro, basándose en el propio carácter defectuoso del documento cuyas numerosas lagunas han hecho realmente muy hipotética su reconstrucción. Mucho más si tenemos en cuenta que en el escueto párrafo segundo que es seguramente el que mas problemas ha planteado, faltan nada menos que las trece letras iniciales haciendo así mucho mas dudosa la exacta interpretación del precepto. Con todo, la expresión sepulcro, *τάφος*, aparece perfectamente legible en el documento y dada su colocación dentro de la frase, es bastante probable que la palabra o palabras que se encuentran en primer lugar y cuya lectura resulta imposible, no contengan mas que algún calificativo relativo a esas tumbas. No hay, pues, motivo para dudar de que el legislador se refiere precisamente a los sepulcros romanos cuando alude al viejo precepto de Adriano. El interrogante en todo caso podría trasladarse a otra palabra mucho menos clara y esta vez realmente esencial para la intelección de todo el párrafo. Esa palabra sería *πωλεῖν* (vender) que, al no aparecer del todo clara en el papiro, podría cambiar incluso absolutamente el sentido de toda la frase llevándonos a otra reconstrucción, por supuesto igualmente hipotética, de la que resultaría que no era precisamente el vender los sepulcros lo que Adriano había permitido a los romanos residentes en Egipto sino cualquier otro tipo de actuación jurídica o negocio sobre los mismos.

d) Poniendo en relación los dos párrafos del *Gnomon* del *idiologos* que daban pié para dudar del carácter inalienable de

(13) Gayo, 2.7.

(14) Sobre todo REINACH, *Un code fiscal*, loc. cit.

los sepulcros, Reinach⁽¹⁵⁾, uno de los primeros autores que dedicaron su atención al papiro, pensó que tal vez lo que el legislador autorizaba a poner en venta no fuera propiamente el sepulcro sino tan solo los anexos funerarios, siempre tan complejos y muchas veces monumentales y ricos, como sin duda deja entender el § 1 al recordar al emperador Trajano que permitió la venta de tales pertenencias funerarias en las que, en ocasiones y con intención de defraudar al fisco, los dueños vertían gran parte de su patrimonio. Sin embargo, sería oportuno recordar que esta posibilidad de enajenar jardines, dependencias y elementos ornamentales de los recintos sepulcrales no supone propiamente una innovación trajanea ya que posiblemente debía ser por aquellos años una opinión bastante extendida al menos entre los proculyanos, según podemos deducir de Celso para quien el único lugar *religiosus* y por tanto el único también inalienable era exclusivamente aquel donde estaba enterrado el cuerpo, *quatenus corpus humatum est*⁽¹⁶⁾. Según Reinach tal vez el párrafo aquel donde se hace la tajante afirmación de que entre los romanos no existen cosas inalienables, quisiera referirse igualmente tan solo a esos elementos de lujo cuya relación con lo propiamente religioso no derivaba propiamente de una *sacratio* ni de una *dicatio*⁽¹⁷⁾ sino que provenía más bien de una

(15) Cfr REINACH, *Un code fiscal*, RH 44 (1920), p. 5 ss.

(16) Esta opinión de Celso aparece recogida por Ulpiano, 25 *ad ed.*, D. 11.7.2.5.

(17) Como es sabido no solo el ordenamiento jurídico sino la cultura romana toda entera estuvo sometida a un proceso de secularización ya desde los tiempos mas remotos de la temprana República. Como consecuencia de tal secularización fue apareciendo un nuevo sentido de lo sacro que en lugar de apoyarse ya en las viejas y arcanas ceremonias verbales de la *consecratio* empezó a gravitar en el mero destino divinal que pudiera afectar a ciertos bienes. Sin embargo en esta *dicatio* —no obstante no desaparecer nunca del todo las formas rituales, *certa verba, carmina*— quien en definitiva tenía la última palabra en la separación *extra commercium* de las *res dicatae* era ya el *populus* a través de la autorización previa que toda *dicatio* requiere. Sin duda fue este hecho el que incluyó a MOMMSEN a pensar que tal vez, bajo el *substructum* de las *res religiosas*, fuera el *populus* el auténtico titular de las mismas. Ese permiso previo del *populus* para la *dicatio* tuvo que seguir los avatares propios de la vida política romana pasando de los comicios al senado, de la *lex* al *senatus*

accesión normal de los elementos secundarios —útiles y de lujo o *voluptuaria*— que al unirse al principal, lógicamente el lugar de enterramiento, asumían todos de alguna manera el carácter de cosa religiosa.

Tampoco esta interpretación de lo inalienable resulta totalmente satisfactoria, al menos para el precepto segundo del *Gnomon*, donde ya como se dijo, la palabra menos dudosa es precisamente *τάφος*, cuya traducción por otra parte no parece admitir ninguna ambigüedad.

e) Finalmente, entre los diversos y sugestivos estudios llevados a cabo por De Visscher sobre los problemas jurídicos y las cuestiones dudosas que puede plantearnos el derecho funerario romano⁽¹⁸⁾, cabría recordar aquellos en los que más directamente este autor dedica su atención a la aparente contradicción que sobre la inalienabilidad de las tumbas romanas en Egipto nos aporta el *Gnomon*⁽¹⁹⁾. Para De Visscher la explicación podría centrarse no en una restitución de la lectura que pudiera conducirnos a una explicación inesperada sino en el concepto mismo de inalienabilidad o mejor en la significación exacta

consultum, para llegar, por fin, en la época imperial más tardía, a quedar sometida al arbitrio del príncipe. Tal vez por ello en un texto de Valente (KRÜGER lo cree de Venuleyo) en el que se habla de esta consagración, aparece una glosa explicativa que concreta históricamente la misión del emperador: *aut quid publice consecraverit permissu scilicet imperatoris...* (Valente, 7 *act.*, D. 36.4.15) que ha sustituido ya, con su autorización, el antiguo papel del *populus* en la República.

(18) Existe una abundantísima bibliografía sobre las *res religiosas*. Sin olvidar las aportaciones antiguas de FERRINI, *De iure sepulchrorum apud Romanos*, en *Opere* 4, p. 33 ss. y de MOMMSEN, *Zur römischen Grabrecht*, en *ZS* 16 (1895), p. 203 ss., recordamos los estudios más recientes: DÜLL, *Studien zur römischen Sepulkraltrecht*, en *Festschrift Schulz* 1, p. 191 ss.; DE VISSCHER, *Locus religiosus*, en *Studi Verona* 3, p. 179 ss.; *Id.*, *Le droit des tombeaux romains*, Milán 1964; LONGO, *Sul diritto sepolcrale romano*, en *IURA* 15 (1964), p. 137 ss.; STEIN, *Some reflections on the «ius sepulchri»*, en *Studi Biondi* 2, p. 111 ss.; FABBRINI, *Dai «religiosa loca» alle «res religiosas»*, en *BIDR* 73 (1970), p. 197 ss.; MURGA, *Una «actio in factum» para la venta de sepulcros*, en *RIDA* 21 (1974), p. 299 ss.

(19) *Cfr* DE VISSCHER, *Le caractère religieux*, *cit.*, p. 199 ss.

del término griego ἀκαταχρημάτιστοι. Tal vez la correspondencia de este término con la idea de imposibilidad de comercio propia del ordenamiento romano no sea muy exacta. Piensa De Visscher que, entre los griegos del mundo helenístico, tal apartamiento de las cosas lejos del mundo negocial procedía no de la propia naturaleza religiosa de las tumbas sino que era mas bien la consecuencia normal de ciertos actos jurídicos cuya efectividad conducía a colocar cualquier tipo de cosas y patrimonios fuera del comercio. Así, gracias a esta condición jurídica de algún modo sobreañadida a los bienes, estos se hacían inalienables, unas veces tratando de lograr una especial garantía en favor de algún acreedor y otras veces, como quizá sucedía en el caso de los τάφοι con el fin de mantener el sepulcro en manos de una determinada familia y para que ningún miembro de la misma pudiera ceder los enterramientos a personas extrañas.

Evidentemente si este fuese exactamente el significado de ἀκαταχρημάτιστος, se explicaría que la norma adrianea, incorporada en el *liber mandatorum*, recuerde que la existencia de tales « manos muertas » no era posible dentro de la normatividad romana. La inalienabilidad conseguida a través de un negocio jurídico que siempre sería factible para la población greco-egipcia no lo sería en cambio para los residentes romanos de Egipto a los cuales se les aplicaría su propia normativa, dado el principio general de personalidad del Derecho del cual nunca quiso separarse el ordenamiento romano clásico. Si por cualquier causa algún romano quisiese añadir por medio de cláusulas adicionales al modo griego el carácter de ἀκαταχρημάτιστος para inmovilizar patrimonialmente el conjunto funerario nunca podría este quedar afectado de la correspondiente situación de inalienabilidad ni nunca tampoco podrían los propietarios de los anexos y jardines sepulcrales oponerse al fisco cuando éste intentara la confiscación con el fin de satisfacer sus créditos cuya ejecución, como es sabido, tuvo en el Imperio un carácter prevalente y privilegiado.

Esta tesis de De Visscher, de algun modo y en su día, había sido ya propuesta por otros autores ⁽²⁰⁾ igualmente remisos desde

(20) Vid. LENEL-PARTSCH, *Zum sogenannten*, cit., p. 15; PREISIGKE,

el principio en analogar el término griego de ἀκαταχρημάτιστος con el equivalente romano de *res extra commercium*. En su opinión, mientras que este último concepto jurídico clásico es el de las cosas separadas de todo comercio humano y que ni siquiera el Derecho puede reglamentar la posible disposición de las mismas, el término griego conserva un matiz especial en donde la base de la situación de inembargable e inalienable procede sobre todo de un acto jurídico-administrativo que podría recaer tanto sobre cosas sagradas y sepulcros como sobre cualquier otro tipo de cosas⁽²¹⁾.

3.

Entiendo, sin embargo, que aunque pueda haber algo de cierto en el especial matiz que pudo tener el término griego, en parte ambiguo y amplio, equivalente a algo así como no sometido a normas jurídicas de transmisibilidad negocial, y también en parte con un significado más concreto y preciso que lo que viene a significar el término romano de *res religiosa extra commercium*, siempre quedarían, en la interpretación de nuestros párrafos griegos de Derecho imperial para Egipto, cosas difíciles de explicar ya que en ellos no se nos habla de bienes en general ni de patrimonio sino sólo de las sepulturas y es precisamente refiriéndose a ellas cuando el precepto del *Gnomon* nos recuerda que nunca podrían declararse ἀκαταχρημάτιστος.

Siendo esto así, ¿qué utilidad sobreañadida podría suponer esta afectación de inalienabilidad sobre unos bienes que, por tener la categoría de *res religiosae*, ya eran sin más inalienables?. Por otra parte, y con relación a los anexos de las tumbas

Wörterbuch der griech. Papyrusurkunden, s.v.; WEISS, *De nonnullis, cit.*, p. 302; ZANCAN, *Il diritto di sepolcro, cit.*, p. 152 ss.

(21) Piensa ZANCAN que el término de ἀκαταχρημάτιστος que para este supuesto utiliza el texto de la ley, si se compara con otros términos equivalentes que aparecen en diferentes papiros, tiene un significado al mismo tiempo más vago y más amplio que el de cosa inalienable. Equivaldría a algo así como «cosa sustraída» a relaciones jurídicas o algo semejante. *Cfr* ZANCAN, *Il diritto di sepolcro, cit.*, p. 161.

considerados en el §1 como bienes confiscables, ¿porqué el precepto imperial interpretó restrictivamente la ejecución patrimonial reduciéndola solamente a aquellos casos en los que el fisco fuese el acreedor? Sin duda parece un verdadero contrasentido que el *Gnomon* haga referencia a los deudores que para defraudar al fisco o a otros acreedores (particulares) vierten grandes sumas en sus propios recintos funerarios simplemente para convertirlos en inalienables y que, no obstante la indudable *scientia fraudis*, la ley permitía sin embargo sólo al fisco salir al paso de la maniobra fraudulenta confiscando al *fraudator* los tales bienes funerarios, sus pertenencias y jardines. ¿Es que acaso, si se cometía el fraude contra aquellos acreedores ordinarios esta actitud dolosa debía en cambio quedar impune? Por otra parte, si en realidad los anexos de los enterramientos no se entendían propiamente sacros, según la opinión de aquellos que intentaron de algún modo salvar la dificultad de este párrafo, ¿qué interpretación podría tener entonces la redacción misma del precepto donde sin duda se trasluce un sentido de privilegio para con el fisco cuyos deudores deberán ser tratados « con mayor severidad »?.

Estos y otros muchos interrogantes podría plantearnos tan espinosa cuestión. A veces, cuando, como en nuestro caso, un dato jurídico o un precepto positivo del ordenamiento romano nos llega directamente a través de una fuente inmediata, inscripciones epigráficas (22) o papiros, no siempre coincide con las

(22) Muchas son las noticias que recibimos duplicadamente del ordenamiento romano, por un lado a través de hallazgos arqueológicos y por otro las referencias que los juristas nos dan y que encontramos en la compilación. Tal sucede, por ejemplo, con el senadoconsulto Hosidiano (*FIRA I*, p. 288; DESSAU, 6043) promulgado el año 44 d.C. y encontrado en las ruinas de Herculano. De esta norma senatorial, además de ese conocimiento directo, nos han llegado también noticias a través de Paulo, 54 *ad ed.*, D. 18.1.52 y Marciano, *de delat.*, D. 39.2.48. No deja de ser interesante el comprobar gracias a esta doble vía cognoscitiva la evolución sufrida por el senadoconsulto sometido lógicamente a una interpretación jurisprudencial como el resto del ordenamiento jurídico. *Cfr* MURGA, *Protección a la estética en la legislación urbanística del alto Imperio*, Sevilla 1976.

noticias que ya teníamos y que habíamos logrado a través de la compilación. El Derecho fue siempre en Roma algo muy vivo y muy dinámico y no es infrecuente esta aparente duplicidad sobre una misma institución jurídica. Ello muchas veces podrá deberse a una transformación del propio ordenamiento, sufrida como consecuencia de una adaptación de aquel a un ambiente local o provinciano y de cuyas características a lo mejor no teníamos muchas noticias. Esta ignorancia podría ser debida a nuestro siempre parcial y limitado conocimiento del Derecho romano, contemplado casi siempre desde una metodología que partiendo de los juristas clásicos sobre todo de los últimos juriconsultos severianos con su visión centralista y oficial pasa luego a una visión uniforme, compilatoria y bizantina todavía mucho mas centralizada que la de aquellos maestros tardíos.

Otras veces la aparente contradicción no será sino una consecuencia más de las muchas mutaciones y duplicaciones debidas al vulgarismo precoz que, como se sabe, ya empezó a darse en el alto Imperio en muchas zonas y ambientes populares. Al menos, a través de los textos no es mucho lo que podemos deducir de esta duplicación o desdoblamiento de las instituciones jurídicas: por un lado, las que estudiaron y recogieron los juristas en sus textos y que luego pasaron al Digesto y por otro aquellas que la praxis vulgar hizo hacer en la vida diaria del Derecho. Solamente alguna noticia del peculiar *ius militare* del cual a veces los juristas se hacen eco y los datos más o menos dispersos que pueden deducirse de las fuentes literarias y de la epigrafía funeraria es lo que constituye la escasa base de nuestro conocimiento sobre la misteriosa realidad jurídica provincial.

Por tanto quien sabe si también en nuestro caso aquella posibilidad de poder incluir los sepulcros en la *venditio bonorum* universal del deudor insolvente o aquella otra de que los romanos (no en cambio, los griegos ni los egipcios) pudieran transmitir libremente sus propios monumentos funerarios no fuera sino la consecuencia de una lenta vulgarización o simplemente un modo de entender la apariencia fenoménica de lo que al menos en un sentido estricto y técnico sería un imposible: la venta de una *res extra commercium*.

Seguramente no hará falta recurrir a la artificiosa e hipotética explicación de un *ius peculiare* propio de la provincia de Egipto si recordamos que en la propia metrópoli el estatuto jurídico de los *loca religiosa* sufrió también tremendos cambios y muy diversos tratamientos. Como es sabido, durante muchos siglos el ordenamiento romano respetó la situación especial de las *res divini iuris* cuya reglamentación venía dada desde la más remota antigüedad precívica por medio del *fas*. Mas tarde, fundada ya la *civitas*, el *ius civile* consideró prudente inhibirse en todo aquello que pudiera tener alguna relación con el derecho funerario limitándose a confirmar lo que el ordenamiento pontifical —continuador del viejo *fas* en lo puramente religioso— tuviese previsto para cada caso. Fueron siempre los pontífices los encargados de hacer cumplir las ya escasas normas del ordenamiento sacral, interpretando los supuestos dudosos, decidiendo en los litigios y conflictos y sancionando, generalmente con multas u ofrendas vinculantes, las posibles contravenciones de los viejos preceptos arcanos:

Iam tanta religio est sepulchrorum ut extra sacra et gentem inferri fas negent esse, idque apud maiores nostros A. Torquatus in gente Popilia iudicavit (23).

Desde un principio, tanto los juristas como los pretores abandonaron cualquier intento de reglamentación de las sepulturas y enterramientos limitándose a un discreto reenvío a un ordenamiento antiguo y arcaico pero lo suficientemente completo como para ocuparse de todas las cosas divinas, tanto de los templos como de los sepulcros « abandonados » a los manes, *diis manibus relictis*. Era lógico que al haberse producido esta « dejación », ya desde tiempos inmemoriales, fuera la religión y los tribunales gentilicios y familiares y más tarde los colegios pontificales quienes únicamente tuvieran la oportuna jurisdicción de algo tan comprometido y a la vez tan alejado del comercio humano.

Es una pena que sea tan poco lo que hoy sabemos del Derecho pontifical romano que como verdadera secuela de un ordena-

(23) Ciceron, *de legibus*, II.55.

miento antiguo logró llegar hasta tiempos clásicos con una normatividad y un fuero propio, no obstante las escasas competencias que aun le estaban reservadas frente a un *ius civile* totalmente secularizado⁽²⁴⁾. En esta inhibición del *ius profanum* ante una materia regulada por el *fas*, solo algunas normas prohibitivas del *ius civile* de origen muy antiguo y recogidas en las XII tablas y un remedio procesal que los pretores incluyeron en el edicto, la *actio de sepulchro violato*⁽²⁵⁾ venían como a reforzar al menos externamente y en sus puras repercusiones jurídicas, el carácter divino de las tumbas. Sin embargo, ni en el código decenviral ni en la rúbrica edictal donde se insertaba la acción para proteger el misterioso descanso de los muertos se hablaba para nada de inalienabilidad.

El derecho sacral primitivo no obstante permitía unos ciertos usos y destinos para los sepulcros e impedía también ciertos abusos. Fue precisamente para asegurar el uso normal de aquellos y para evitar los abusos por lo que aparecieron las acciones funerarias del edicto, pensadas inicialmente para supuestos arquetípicos, —*ne quid in loco sacro religioso sancto fiat; de mortuo inferendo; de sepulchro aedificando*— y extendidas mas tarde, gracias a la analogación pretoria, a casos de

(24) Todavía en tiempos del alto Imperio podemos descubrir en las fuentes algunas huellas sobre determinadas competencias que aun entonces aparecían reservadas a los pontífices, si bien ignoramos totalmente el *modus operandi* de aquellos para resolver los conflictos jurídicos dentro del ordenamiento religioso que aún pervivía en una Roma casi totalmente secularizada. Tal vez los tribunales, probablemente en forma de órganos colegiados, dirimiesen los contenciosos a través de un procedimiento verbal y solemne quizá no muy lejano del viejo *sacramentum*, núcleo primigenio de toda la tramitación procesal arcaica. De las posibles sentencias, recogidas en decretos, que estos tribunales seguramente emitían aun se hacen eco en época clásica los textos de algunos juristas. Ulpiano, 25 *ad ed.*, D. 11.7.8 pr.; Papiniano, 6 *quaest.*, D. 5.3.50.

(25) *Vid.* LENEL, *Das edictum perpetuum*, § 93, nos ofrece una hipotética reconstrucción de la fórmula propia de la *actio de sepulchro violato* según datos obtenidos de varios juristas, entre otros Juliano, 10 *dig.*, D. 47.12.6; Ulpiano, 25 *ad ed.*, D. 47.12.3 y 11.7.12.1; Paulo, 27 *ad ed.*, 47.12.4 y 47.10.27.

menor importancia pero que seguramente suponían también un desvío abusivo en el propio destino del monumento funerario ⁽²⁶⁾.

El ordenamiento romano civil y pretorio, pues, salvo este reforzamiento exterior del carácter divinal de las sepulturas, no reglamentaba para nada lo que como hemos dicho venía a ser competencia exclusiva del Derecho pontifical. Las tumbas estaban fuera de las cosas humanas y el Derecho profano, siendo consecuente, no podía hacer otra cosa que recordar aquel carácter peculiar de las *res divini iuris* que las hacía imposibles para cualquier intento de apropiación individual. Hay que tener en cuenta además que, dada la concepción materialística normal en el ordenamiento romano arcaico y que los derechos se solían identificar con sus propios objetos, era absolutamente impensable *ex natura rei*, que pudiera darse un derecho de dominio sobre los sepulcros así como tampoco sobre los templos. De la misma manera, el edicto, cuya misión todo lo más era el impedir por medio de acciones populares el abuso delictivo de los recintos funerarios, tampoco podía lógicamente ofrecer ninguna vía procesal para plantear la reivindicación del sepulcro en cuanto tal, al no ser este un objeto idóneo para el proceso vindicatorio: *sepulchrum nullum vindicare posse* ⁽²⁷⁾.

Igualmente y también como una consecuencia puramente procesal nacida de la imposibilidad de ser reclamados en litigio, las sepulturas aparecían como desprovistas de todo valor patrimonial desde el momento que, al no ser posible su reivindicación, tampoco podían naturalmente quedar sujetas a la *litis aestimatio* y como se sabe siempre fueron los criterios estimativos de las sentencias formularias los que abrieron las puertas a la valora-

(26) La *actio de sepulchro violato* contemplaba la responsabilidad de todo aquel que destruyese o abriese una sepultura ajena, *qui sepulchrum alienum effregerit vel aperuerit*. Mas tarde la interpretación jurisprudencial fue admitiendo nuevas formas de «violación» de los sepulcros en los cuales también sería posible la utilización de la acción prometida en el edicto. Sobre esta materia *vid.* sobre todo DE VISSCHER, *Le droit des tombeaux romains*, *cit.* y KASER, *Zum römischen Grabrecht*, en *ZS* 95 (1978), p. 15 ss.

(27) C. 3.44.4, Severo Alejandro, a. 223.

ción patrimonial de todos los derechos subjetivos en el ordenamiento litigioso clásico (28).

Siguiendo siempre dentro de una misma línea, tanto las sepulturas propiamente tales como sus anexos, al contrario de lo que sucedía con el resto de los bienes, fueron considerados indivisibles y ello también por una razón procesal ya que al ser la *actio familiae erciscundae* o la *actio communi dividundo* el único camino para lograr una partición y siendo estas acciones igual que las otras no ejercitables sobre cosas *relictæ manibus*, la división resultaba imposible y por ende los sepulcros eran necesariamente indivisibles atribuyéndoseles *in solidum* a todos los posibles beneficiarios: *religiosa loca in iudicium non deduci eorumque ius singulis heredibus in solidum competere* (29).

4.

Al quedar así los sepulcros y los huertos funerarios fuera del ámbito de las acciones, no resultaban ni judicialmente reclamables, ni partibles, ni transmisibles. Sin embargo, no obstante su excepcional situación jurídica, es indudable que en sus titulares tuvo necesariamente que darse al menos una apariencia parecida al dominio, manifestada no solo en la terminología popular como puede comprobarse en cientos de casos gracias a la epigrafía funeraria donde « dueños » humanos disponen libremente de los sepulcros sino también en la propia terminología más culta de los juristas en cuyos textos, cuando viene al caso, se admite por lo menos la apariencia fenoménica del dominio tanto en relación con las cosas divinas como con las cosas religiosas, de un modo análogo y bastante parecido a como acontece con el resto de las *res humani iuris* patrimoniales.

(28) Recientemente me he ocupado de la influencia que al menos indirectamente ejerció la *litis aestimatio* atribuyendo un indudable valor patrimonial a los derechos subjetivos. Vid. MURGA, *La litis aestimatio y el pretium rei*, en prensa.

(29) Modestino, 6 *resp.*, D. 10.2.30.

Por otra parte, los sepulcros —y en esto radica su principal diferencia con los templos cuya custodia venía atribuida a los colegios sacerdotales— se mantuvieron siempre dentro del « dominio » o soberanía de una familia. Es posible incluso que durante los primeros siglos, cuando aún estaban sin formar del todo las categorías jurídicas, no hubiera mucha diferencia entre esa protección-disponibilidad de los templos siempre en manos de los sacerdotes (luego, tras el acelerado proceso secularizador, sería en definitiva la propia República quien se arrogaría la misteriosa titularidad sobre las cosas sacras y santas) y aquella otra extraña y *sui generis* « propiedad » de los grupos gentilicios y familiares sobre sus propios recintos funerarios.

Sin embargo, mientras que la titularidad de los templos se iba introduciendo más y más en el intrincado campo del *ius publicum*, con los sepulcros y huertos funerarios la evolución fue de alguna manera divergente ya que, aun partiendo de una realidad extracomercial paralela o al menos análoga a la de los templos, al ser aquellos grupos arcaicos los encargados de velar y proteger los enterramientos, el proceso evolutivo de estos fue necesariamente distinto. Es de sobra conocido que, al crecer y extenderse políticamente la *civitas* y perdido el primitivo carácter político de la organización familiar, fue esta acercándose al *ius civile*. Esta aproximación al área iusprivatística, tras la superación del viejo *fas*, tuvo que producir sus efectos y bien pronto aquella titularidad de las familias sobre sus sepulcros, originariamente desprovista de toda connotación humana, fue analogándose más y más a lo que, tanto en el lenguaje vulgar como en la terminología jurídica, se venía entendiendo por dominio. Todavía durante mucho tiempo, los recintos funerarios fueron considerados como algo común a toda la familia⁽³⁰⁾ quien en definitiva, como sucedía con los colegios sacerdotales y los templos, era la que aparecía como su titular bien logicamente esta titularidad iba siendo cada día mas cercana al normal derecho de dominio sobre las cosas comunes.

(30) *Magnum est eadem habere monumenta maiorum, iisdem uti sacris, sepulchra habere communia.* Ciceron, *de officiis*, I.17.54,55.

También era lógico que no solo se diera esta proximidad fenoménica o de apariencias sino que el propio modo de transmitirse el sepulcro, dentro siempre del grupo familiar, exigiese un constante reenvío al *ius civile* que había asumido, ya desde la época de las XII tablas, la definitiva reglamentación de la familia y de los modos de entrar a formar parte de ella. Evidentemente, los dioses manes seguían velando por la utilización correcta de los sepulcros y desde el más allá trataban a su modo de impedir el abuso sobre ellos. Sin embargo, eran ya muchos los siglos transcurridos desde aquellos años primeros del *fas* y del Derecho sacral y en una sociedad normalizada los pontífices no tenían ya más remedio que acudir al ordenamiento jurídico para poder resolver los frecuentes conflictos que diariamente se planteaban sobre la posible utilización por los parientes del sepulcro comun en un regimen por supuesto idéntico al de la propiedad indivisa.

5.

De aparición mas tardía que las sepulturas familiares pero tambien muy antiguas, existieron otros enterramientos, las sepulturas hereditarias, igualmente inalienables y *loca religiosa* como los sepulcros familiares si bien para ellos siempre fue posible la transmisión a través de la institución de heredero por parte del testador⁽³¹⁾. En estos monumentos funerarios hereditarios, el derecho a la inhumación no pasaba comunalmente a todos los familiares como sucede en los sepulcros antiguos y tradicionales sino solamente al heredero instituido que se convertía de este modo en titular del sepulcro por obra de un acto *mortis causa* traslativo del dominio. Así, a la vez que se transmitían al *heres* instituido los derechos y obligaciones propios de la *hereditas*, pasaba tambien a él, como consecuencia de la formal institución de heredero⁽³²⁾, el « derecho » por

(31) Vid. ALBERTARIO, *Sepulchra familiaria e sepulchra hereditaria*, en *Studi* 2, p. 1 ss.

(32) Tal es la opinión de Ulpiano, 25 *ad ed.*, D. 11.7.6.

llamarlo de alguna manera a la utilización del sepulcro. Para la reglamentación de este tipo de sepulturas, mucho mas « humanizadas » que las antiguas tumbas familiares, el Derecho hereditario romano fue siempre quien tuvo la última palabra y en cualquier tipo de conflictos, tanto sobre la discutible titularidad como sobre la problemática adquisición de los sepulcros se hacía necesario un reenvío al testamento que como tal negocio *mortis causa* había de ser técnicamente válido.

Por su parte y como consecuencia inmediata de la reinserción de los monumentos funerarios dentro de la normativa jurídica propia de la *hereditas*, bien pronto comenzaron estos a adquirir un cierto valor patrimonial aunque no fuera mas que por exigencias de la propia *lex Falcidia* que obligaba a valorar tambien el sepulcro dentro de la masa de bienes del patrimonio hereditario a fin de poder calcular la cuarta exigida por la ley. Igualmente habría que patrimonializar de alguna manera al sepulcro ante una eventual anulación del testamento por obra de la *querela inofficiosi testamenti* que lógicamente tenía que incidir en el heredero del sepulcro cuya misteriosa titularidad se desvanecía a la vez que, con la anulación del testamento, se abría el *ab intestato*.

No cabe duda que, cuando el propio colegio pontifical tuvo que acudir al *ius civile* para reglamentar la transmisión de las sepulturas para resolver luego, seguramente por medio de decretos, todos los posibles conflictos de adjudicación del sepulcro a uno o varios herederos, el remitirse a las humanas reglas jurídicas tuvo como contrapunto inevitable que fuera formándose sobre las *loca religiosa*, al menos sociológica y fenoménicamente, una especie como de espectro de la propiedad. Esta extraña sombra del dominio que se proyectaba sobre los sepulcros de un modo *sui generis* pero con la misma efectividad que sobre las cosas ordinarias permitía al heredero ostentar una titularidad sobre el recinto funerario no muy distinta de la que él mismo pudiera disponer sobre los restantes bienes de su patrimonio. La propia naturaleza especial y el carácter arcaico de la propiedad como señoría soberana primitiva hacían posible esta aplicación analógica del dominio sobre los sepulcros en donde el heredero

de alguna manera se convertía en « dueño » sin que por ello perdieran aquellos su carácter divino y de cosa separada del comercio.

Por supuesto que el curioso y extraño titular del sepulcro por título hereditario no podría nunca cambiar el uso del mismo ni ningún acto de disposición borraría jamás su carácter religioso. Sin embargo, ese destino superior e inexorable no resultaba totalmente chocante en una época como la quiritaria donde el heredero, aún siendo titular de todos y cada uno de los bienes de la herencia, tampoco se desprendía nunca del huerto familiar ni podía cambiar el destino o función de aquella sede material del grupo originario. Lógicamente, una vez abierto el portillo de la herencia como medio normal para convertirse en « dueño » de un sepulcro, no debió repugnar demasiado el poder utilizar también cualquier otro medio jurídico como podía ser, por ejemplo, la donación para transmitir la peculiar titularidad sobre el sepulcro ⁽³³⁾.

Nuevamente tuvo que ser otra vez el ordenamiento jurídico civil quien debió ocuparse de los requisitos de aquella posible

(33) Lógicamente esta posibilidad de transmisión *inter vivos* no podía darse en los sepulcros familiares ya que por su origen más arcaico la titularidad de tales sepulturas aparecía rigidamente vinculada al grupo familiar o gentilicio sin que ningún extraño pudiese jamás ser enterrado en ellas. Son frequentísimas las inscripciones funerarias recordando la imposibilidad de enterrar en esta clase de sepulcros a nadie que no tuviese el vínculo agnaticio correspondiente. La frase estereotipada, abreviada en cinco letras y convertida casi en cláusula de estilo se repite hasta la saciedad de la epigrafía funeraria: *H.M.H.N.S.* (*Hoc monumentum heredem non sequatur*). Tal reserva del sepulcro, exclusivamente construido para los parientes, no estaba reglamentada por el *ius* sino por la *familiaris religio* que como tantos otros supuestos regulados por el antiguo *fas* nos resultan prácticamente desconocidos. Algo semejante ocurre con las ceremonias del culto familiar —los *sacra*— que aunque lograron permanecer muchos siglos, resistiendo la erosión continua de la secularización, estuvieron siempre regulados por la más antigua normatividad religiosa sin que al parecer llegaran nunca a interesar del todo a los juristas clásicos. *Vid.* sobre todo DE VISSCHER, *Le conflit entre la succession testamentaire et le régime des tombeaux de famille*, en *RIDA* 3^e série, 1 (1954), p. 283 ss.

donación, determinar si en su caso podría ésta quedar afectada por la ley Cincia e incluso decidir si sería admisible o no una tal donación entre los conyuges, no obstante la prohibición general de donaciones entre marido y mujer⁽³⁴⁾. Por su parte, la donación, al operar como acto traslativo de una titularidad que por muy anómala que fuese se manifestaba de un modo parecido al menos en su comportamiento externo al de la propiedad tradicional, requería un negocio con efectividad jurídica y al no poder utilizarse para ello ninguno de los actos jurídicos-civiles como la *mancipatio* o la *in iure cessio*, sin duda por la propia falta de idoneidad en el objeto, hubo necesariamente que remitirse a la *traditio* que por ser una institución de Derecho de gentes podía adaptarse más fácilmente a cualquier tipo de adquisición.

A su vez, la *traditio* suponía unos requisitos jurídicos de *corpus* y de *animus tradendi* y *accipiendi* que de nuevo volvían a exigir una atención e incluso una interpretación jurisprudencial para decidir en cada caso los posibles conflictos sobre la efectividad de la transmisión⁽³⁵⁾. Esta aproximación al ámbito del Derecho humano siempre completivo y necesario frente a la parvedad y rudeza primitiva del *fas* debió contribuir aun más

(34) Durante muchos siglos la evidencia del carácter religioso y divinal de los sepulcros fue tan clara que nadie vaciló jamás en considerarlos como no patrimoniales. Tal vez por esa razón y quizá tomando demasiado literalmente esa lejanía de todo baremo valorativo, pensaron los juristas que estas donaciones de monumentos funerarios, por tratarse de unos bienes separados del comercio humano, no enriquecían propiamente al donatario y por lo mismo debían permanecer fuera de la prohibición de donaciones que afectaba a los conyuges: *non videtur accipiens locupletior in ea re quam religioni dicavit*. Ulpiano, 32 *ad Sab*, D. 24.1.5.8.

(35) Según parece desprenderse de Ulpiano en sus comentarios *ad Sabinum*, D. 24.1.5.9, el momento decisivo en el cual se entendería perfeccionada la transmisión de un sepulcro sería aquel en que tuviera lugar la *inhumatio corporis*. Seguramente que al igual que sucedió con la vieja *traditio* real, convertida poco a poco en una *traditio* simbólica, cuando no *ficta*, también en las transmisiones de sepulturas la praxis vulgar exigiría al menos en un principio la entrega de alguna cosa siquiera fuese a modo de símbolo o señal como elemento visible de la transmisión de tan insólita titularidad.

a. la definitiva separación entre las dos clases de recintos funerarios romanos: los mas arcáicos, el propio de las tumbas familiares realmente separadas del mundo de los vivos y en donde tan solo la base primitiva de la agnación desempeñaba el papel de conducir la titularidad comunal del sepulcro, y el otro conjunto funerario el de las tumbas hereditarias que aunque tambien de base muy antigua nunca tuvieron lógicamente el remotísimo origen de los *sepulchra familiaria*.

En tan peculiar divergencia, mientras que los antiguos *monumenta quae heredem non sequantur* de alguna manera se aproximaban a una especie de extrañas *res nullius* no ocupables, las tumbas hereditarias, por el contrario, al poder ser adquiridas por extraños por medio de un simple acto jurídico *mortis causa* o *inter vivos*, se hacían de algún modo análogas al resto de las *res humani iuris* ⁽³⁶⁾. Sin duda por esta razón, tanto en el lenguaje jurídico como en aquel otro modo natural de hablar propio de las fuentes no técnicas, se utilizan con toda normalidad las expresiones que suelen ser habituales en las adquisiciones ordinarias. Así, del mismo modo que un edificio se hace nuestro por la transmisión civil o sencillamente por el transcurso del tiempo, también los sepulcros « se hacen » del nuevo titular por la simple ceremonia del enterramiento: *ita demum locum fieri intellegi mulieris cum corpus humatur* ⁽³⁷⁾.

6.

Esta duplicación del tipo de sepulcros, el familiar, comunitario, arcáico y sometido directamente a viejos preceptos religiosos y prejurídicos, y el hereditario algo mas moderno que el anterior y escapándose en parte del régimen pontifical para quedar sujeto

(36) En el Digesto aparecen recogidas dos definiciones de los *sepulchra hereditaria*. Segun Gayo, 19 *ad ed. prov.*, D.11.7.5, son aquellas sepulturas *quae quis sibi heredibusque suis constituit*. Ulpiano, 25 *ad ed.*, D. 11.7.6, por su parte, entiende que tales enterramientos son aquellos *quae pater familias iure hereditario adquisiit*.

(37) Ulpiano, 32 *ad Sab.*, D. 24.1.5.9.

mas directamente al régimen civil de la *hereditas*, constituyeron como dos mundos de alguna manera en pugna. Mientras que las viejas familias de rancio linaje se afanaban muchas veces esterilmente en conservar sus antiguas sepulturas tratando por todos los medios de alejar a aquellas personas extrañas que sin otro título que el de *heres* reclamaban la *illatio mortui*, las nuevas familias de los *equites* y las mas advenedizas de los *novi homines*, en una línea mas progresista y moderna, preferían en cambio aquel otro tipo de sepulcros que sin dejar de ser inalienables y *extra commercium* iban adquiriendo como una especie de valor supletorio de indudable caracter patrimonial.

Esta rivalidad y este doble punto de vista con relación a los monumentos funerarios explica también que muchas de las familias de más tradición, quizá temerosas de lo que pudiese suceder en el futuro con sus propios sepulcros familiares, dentro de una sociedad donde la pérdida de los valores antiguos era ya un hecho triste y comprobado, se defendiesen de tan temible patrimonialización no solo con aquella cansina y seguramente inutil constatación del carácter no hereditario de sus panteones con la sigla, tan frecuente en cientos de inscripciones funerarias, *HMHNS, hoc monumentum heredem non sequatur*, sino incluso con específicas prohibiciones de enajenar y con multas sepulcrales ⁽³⁸⁾ a cobrar en última instancia por el colegio pontifical, órgano religioso bajo cuya protección jurisprudencial estuvieron siempre los sepulcros familiares ⁽³⁹⁾.

Con razón temían las familias romanas que aun disponían de estas sepulturas, las únicas realmente intransmisibles, que pronto los criterios liberales y modernos que regían los sepulcros hereditarios terminaran finalmente por imponerse. Aquel reenvío al ordenamiento jurídico a causa del cual la sepultura podía ya transmitirse, al principio solo *mortis causa* y luego también *inter vivos*, y aquella sutileza jurisprudencial de que el monu-

(38) Vid. GIORGI, *Le multe sepolcrali*, Bologna 1910.

(39) Segun DE VISSCHER, *Les défenses d'aliéner en droit funéraire romain*, en *SDHI* 13-14 (1947-1948), p. 278 ss. estas prohibiciones nunca aparecen en las tumbas hereditarias sino siempre en las de carácter familiar.

mento y el recinto funerario, conservando siempre su carácter religioso, pudiesen pasar a otras manos sin quedar por ello desafectados, era lo suficientemente peligroso, al menos según la mentalidad de las familias tradicionales, como para no ver con buenos ojos las intervenciones de los juristas manipulando el propio destino de los sepulcros. La situación sin embargo en lo que se refiere a los monumentos funerarios era ya totalmente irreversible y el sepulcro, al menos ante los ojos más liberales de la nueva sociedad, aparecía ya como uno de tantos posibles valores patrimoniales apetecibles por los recién llegados a la clase dirigente romana, los *equites* de la alta burguesía y las nuevas familias enriquecidas tras la guerra con Cartago.

Logicamente, con los años, el viejo reducto del *ius sepulchri* donde todavía imperaban los criterios arcaicos y religiosos de las viejas familias se fue eclipsando frente a un nuevo modo de contemplar jurídicamente, *more humano*, la transmisión de las tumbas. La jurisprudencia clásica, al menos en el Imperio, frente a una reglamentación pontifical que seguramente aparecía en aquellos años como algo ya caduco y obsoleto, entendía que cualquier sepultura, incluidas aquellas de carácter común y familiar, podían considerarse como elementos perfectamente transmisibles predominando en todo caso la voluntad testamentaria por encima incluso de aquellas siglas que en el propio monumento hubieran hecho inscribir los antiguos titulares para alejar al heredero no pariente (40).

Seguramente a partir del siglo II d.C., el ordenamiento jurídico romano permitía ya siempre la posibilidad de disponer de cualquier tipo de sepultura tanto familiares como hereditarias,

(40) En época clásica, la transmisibilidad de los sepulcros era ya un hecho consumado. Solamente si constaba de un modo claro en el testamento la voluntad del testador en sentido contrario, la sepultura no sería incluida dentro de la *hereditas*. La prevalencia de la voluntad testamentaria era, por otra parte, tan clara para los juristas clásicos que si el testador disponía que algún familiar no fuese sepultado en el monumento y no se cumpliera tal deseo, podría actuarse judicialmente contra el responsable de la *illatio* nada menos que con la *actio de sepulchro violato: si contra voluntatem testatoris intulit, sepulchri violati teneri*. Ulpiano, 25 *ad ed.*, D. 47.12.3.3.

no sin provocar todavía una cierta resistencia por parte de las familias de ideología mas reaccionaria. Así al menos parece desprenderse de las fuentes epigráficas en donde se manifiesta el ingenio jurídico de los propios dueños de sepulcros comunes y familiares o el de sus inmediatos acesores jurídicos ideando distintos sistemas a fin de evitar la temida desvinculación de las sepulturas, bien por medio de estipulaciones normales como aquella *cautio ne quis eo inferatur*, praxis común de la que también se hace eco una constitución de Antonino Caracalla ⁽⁴¹⁾, bien organizando artificialmente una especie de comunidad de libertos adjudicatarios de las viviendas edificadas en el propio recinto funerario con la obligación de cuidar de los jardines y sepulcros. Este sistema que tuvo una extraordinaria difusión en la época antonina y severiana, según podemos comprobar por la epigrafía funeraria, provocó multitud de cohesiones patrimoniales —*iura sepulchrorum*—, auténticas « manos muertas » con capacidad para actuar como verdaderos entes jurídicos. Incluso, los propios sepulcros, como extraños sujetos de atribución de derechos subjetivos, adquirirían y retenían los bienes conservando la unidad ficticia del conjunto funerario como verdaderos y reales titulares subyacentes por debajo de aquel conjunto de libertos, simples herederos oficiosos nombrados tan solo para cumplir una mera función de guardianes ⁽⁴²⁾.

Sin embargo, no obstante esa desconfianza ⁽⁴³⁾ y aquella

(41) Vid. DE VISSCHER, *Le conflit*, cit., p. 283.

(42) Curiosamente al tratar los testadores de encontrar una fórmula eficaz para la continuidad en la protección y cuidados a los recintos funerarios, el Derecho clásico mas tardío estuvo casi a punto de intuir la teoría de la personalidad jurídica como conjunto de bienes afectados a un fin fundacional, descubierta en cambio por el ordenamiento muchos siglos después. La conjunción de libertos ideada por el « fundador » como grupo humano instrumental para proteger y cuidar del jardín funerario se proyectaba así hacia el futuro como una especie de extraña persona fungible, pretendiendo durar indefinidamente. Sobre estas curiosas fundaciones vid. LE BRAS, *Les fondations privées du Haut Empire*, en *Studi Riccobono* 3, p. 20 ss.; DE VISSCHER, *Le Droit des tombeaux romains*, cit.

(43) No deja de ser curiosa la relativa frecuencia que en la epigrafía funeraria suele aparecer el aviso de « juristas abstenerse », *iurisconsultus abesto*. También hay constancia de frecuentes intervenciones por parte

inquietud que parecen manifestar las familias propietarias de tumbas antiguas, la suerte y la disponibilidad sobre los monumentos funerarios era ya cosa clara entre los juristas. El sepulcro podrá siempre transmitirse, aunque ello no suponga la pérdida de su carácter religioso ni de aquella naturaleza suya inicial protegida siempre por el *fas* y los pontífices. Como consecuencia de esta evolución en el modo de entender las sepulturas se produjo una especie de duplicidad en la titularidad o si se prefiere una superposición de « dueños » sobre el sepulcro. En principio, los dioses manes como siempre y en su nombre los pontífices eran en realidad los verdaderos titulares de unos lugares y construcciones fúnebres que por su especial naturaleza escapaban de cualquier disponibilidad humana. Sin embargo, por encima de esa titularidad inalcanzable se superponía otra peculiar « propiedad », al menos fenoménica y vulgar, que o bien pertenecía de modo indiviso a una familia (los antiguos sepulcros) o bien pasaba a los herederos simplemente por el llamamiento hereditario: *quod paterfamilias iure hereditario adquisiit*. Era en estos sepulcros donde cualquier heredero tendría derecho a ser inhumado, por pequeña que fuera la cuota que le hubiese correspondido en el testamento, incluso aunque a ello se opusieran los restantes herederos: *sed in utroque hereditibus quidem ceterisque successoribus qualescumque fuerint licet sepeliri et mortuum inferre, etiamsi ex minima parte heredes ea testamento vel ab intestato sint, licet non consentiant alii*. Ulpiano, 25 ad ed., D. 11.7.6 pr.

Evidentemente con el acto jurídico de la transmisión lo que desaparecía del sepulcro no era su carácter indeleble de *res religiosa* sino el concreto derecho a la *illatio mortui* que pudieran tener los antiguos « propietarios » e incluso, si se quiere, la

de los emperadores con el fin de solucionar los cientos de problemas que la doble manera de entender el sepulcro, con enfoque religioso y enfoque jurídico, planteaba a los posibles titulares de los enterramientos. Existen testimonios, también gracias a la epigrafía funeraria, de la frecuencia de ciertos conflictos entre herederos y familiares sobre los recintos funerarios. Suele a veces el testador constructor del sepulcro recordar a los posibles y futuros titulares que eviten dichas controversias: *sine ulla controversia* (CIL. III.2856).

propia *religio familiaris* que adscribía el enterramiento a un grupo determinado de parientes⁽⁴⁴⁾ que también podría anularse quedando sin embargo siempre a salvo el destino funerario de la sepultura y excluyéndose siempre cualquier otro uso distinto.

Solo si tenemos en cuenta lo que acabamos de decir puede explicarse que se califique de *locus purus* a un enterramiento que según la inscripción⁽⁴⁵⁾ fue donado a un tal Lucio Celio Victor sin haberse previamente desafectado. El sepulcro al parecer había sido objeto tan solo de una restauración importante, nueva pavimentación y revestimiento de las paredes pero sin previa exhumación de los cadáveres en él sepultados desde antiguo. Sin embargo, el donatario que enterró allí a sus propios familiares y libertos recibía el monumento como si fuera totalmente nuevo: *purus, virgo*. ¿Quiere esto decir que el calificativo de *locus parus* podía entenderse tanto en un sentido amplio —recinto o lugar donde nunca se inhumaron cadáveres— como en un sentido mas restringido y tal vez vulgar de sepulcro simplemente desvinculado de la anterior *religio familiaris* que excluía a cualquier persona extraña a la parentela?

Si esto fuese así y si el lenguaje ordinario, el modo de hablar de la calle —quizá no tanto el de los juristas ni el de los textos que han llegado hasta nosotros—, admitía también este otro

(44) Según parece confirmarse a través de ciertas inscripciones, y lógicamente tenía que ser así, la vinculación del sepulcro a una determinada familia no procedía propiamente de un efecto jurídico ordinario sino de una afectación religiosa derivada precisamente de la propia *religio* del grupo familiar. Como es de sobra sabido, tanto la *gens* como la *familia* actuaron desde épocas bien remotas como verdaderos centros emisores de normas, si bien esta normatividad quedase reducida, ya en época histórica, exclusivamente a preceptos religiosos. Todavía en época clásica, algunas familias como, por ejemplo, los Lolios creen prudente recordar en el propio sepulcro la exclusiva pertenencia de este al grupo familiar, así como el muro que cierra el recinto: *Hic locus ita uti maceria clusus est ad religionem sepulturae Lolliarum* (Dessau, 8336).

(45) Según DE VISSCHER, un sepulcro es calificado de *locus purus* en la necrópolis de Isola sacra simplemente por haber sufrido un nuevo revestimiento interior aun sin la previa exhumación de los enterramientos que en el panteón comunal habían sido hechos. Cfr DE VISSCHER, *Locus religiosus, cit.*, p. 185.

sentido de *purus* al referirse a un sepulcro, ello podría explicar las innumerables prohibiciones de enajenar, las multas sepulcrales y las medidas caucionales que para evitar la *illatio* de extraños estuvieron tan en boga durante toda la época clásica. En otro caso, no tendrían mucho sentido unas prohibiciones que extrañamente vendrían a prohibir unas enajenaciones que ya previamente habían sido calificadas de imposibles por el propio ordenamiento romano y en donde el tal vendedor no quedaría nunca obligado por tratarse de un contrato cuya prestación sería imposible *ex natura rei*.

Claramente con este modo de entender las *res religiosas* se facilitaba la posibilidad de disponer de los panteones en favor de otras familias y de otras personas, al principio a través de negocios gratuitos y luego, superados ciertos escrúpulos lógicos, también por medio de transmisiones onerosas. El sepulcro adquiría así un clarísimo valor económico y con tal de no desviarlo de su inalterable destino religioso se convertía en un bien patrimonial ordinario perfectamente transmisible y objeto de las apetencias de cualquier familia desprovista de sepulcro propio (46).

(46) Muchas debieron ser las transformaciones que los ciudadanos romanos del alto Imperio llevaron a cabo en los sepulcros de sus antepasados sin duda movidos por el lujo y el bienestar propios de la época. Atenuado ya en aquellos años el temeroso respeto a los propios antepasados, las sepulturas se renovaban o se transformaban con obras muy importantes, bien para adecentar su utilización por parte de la propia familia usuaria, bien incluso para transmitirías a un adquirente nuevo y rico. ¿Hasta que punto esa transformación era lícita desde un punto de vista jurídico y religioso? A esta pregunta nos contesta el propio Ulpiano, 25 *ad ed.*, D. 11.7.12.1, cuando se refiere a una desconocida disposición senatorial que prohibía cualquier transformación en los sepulcros que pudiera suponer una alteración de su normal destino funerario. Si esto fuese así, puede deducirse *a sensu contrario* que sería lícita cualquier obra, restauración o incluso transformación del recinto mortuario si ello no suponía la desviación total o parcial de su destino, *ne sepulchrum aliae conversationis usum accipiat*.

7.

En estas circunstancias y salvadas oportunamente las posibles dificultades jurídicas para « vender » un sepulcro, bien pronto los pretores tuvieron que hacerse eco en el edicto de tan extraños negocios que, al ser contemplados como una normal *emptio venditio*, obligó a la jurisprudencia a ocuparse del *pretium* y de la *traditio possessionis* de tan curiosa compraventa por muy insólita que pudiese resultar tanto la « traditio » como la posible « possessio » referidas a una sepultura (47).

Ya en una ocasión me ocupé de tan curiosa transmisión así como de la *actio in factum quasi ex empto* de la que Ulpiano nos habla en D. 11.7.8.1 con ocasión de la venta de un sepulcro (48). Durante mucho tiempo el texto se consideró espúreo e interpolado (49), a causa de las innumerables contradicciones que parecen darse en el pasaje. Un negocio claramente nulo como sería la venta de lo no vendible y que sin embargo producía una acción *in factum* en favor del quimérico « comprador » no es fácilmente conciliable con la sencillez del ordenamiento clásico. Además y para colmo tal acción calificada de *actio quasi ex empto*, podía utilizarse nada menos que para reclamar las posibles indemnizaciones que por el incumplimiento de su prestación cometiera el insólito vendedor.

Dos posturas de la doctrina y del pensamiento jurídico o al menos dos rastros de las mismas, como superponiéndose entre sí parecen comprobarse en las propias alteraciones sufridas por los textos que se refieren a la venta de sepulcros. Una primera postura que sería seguramente la de la doctrina tradicional y que mantiene la nulidad radical de cualquier venta que tuviera

(47) Paulo, 15 *ad Sab.*, D. 41.2.30.1.

(48) *Vid.* MURGA, *Una acción de Ulpiano para prestaciones imposibles*, en *Homenaje a Santa Cruz Teijeiro*, Valencia 1974 y *Una acción « in factum »*, *cit.*

(49) Ya en su día fue reconstruido este texto por BESELER: *Si locus religiosus pro puro venisse dicetur, 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.* *Vid.* BESELER, *Miszellen*, en *ZS*, 43 (1922), p. 543.

como objeto una *res extra commercium*: *si omne religiosum vel sacrum vel publicum venierit, nullam esse emptionem* ⁽⁵⁰⁾; ... *quas vero natura vel gentium ius vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est* ⁽⁵¹⁾. Esta doctrina, estrictamente conforme a Derecho, mantenida de modo claro y común desde la mas remota jurisprudencia veterana hasta Pomponio ⁽⁵²⁾, constituye uno de los pilares mas solidos del planteamiento clásico de la compraventa. Tal venta sería siempre nula, nunca se producirían obligaciones entre los contratantes —*impossibile nulla obligatio est* ⁽⁵³⁾—, y ni siquiera sería posible la pura transmisión posesoria ya que según Paulo: *locum religiosum aut sacrum non possumus possidere*.

Sin embargo, por encima de esta manera clásica de contemplar la imposible venta de un sepulcro que por su especial naturaleza escapaba de cualquier relación real u obligatoria ⁽⁵⁴⁾, la doctrina

(50) Ulpiano, 28 *ad Sab.*, D. 18.1.22.

(51) Paulo, 33 *ad ed.*, D. 18.1.34.1.

(52) Pomponio, 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.*

(53) Celso, 8 *dig.* D. 50.17.185.

(54) La nulidad radical de la que se parte en el Derecho clásico vino modelada seguramente por la naturaleza especial de la *stipulatio*, canal medular por donde discurrió toda la vida comercial romana durante los primeros siglos. Sin embargo, la opinión general de la jurisprudencia siguió siendo favorable a la nulidad aún en los tiempos posteriores cuando el negocio pretorio de buena fe, la *emptio venditio* comenzó a ser el molde de las nuevas enajenaciones. Esa opinión mantenida siempre por los clásicos dejó sus huellas en tiempos postclásicos, no obstante el cambio radical introducido en el enfoque de estas transmisiones inicialmente nulas. El Epítome de Ulpiano, 24.9, y las *Pauli sententiae*, 1.21.7, se mantuvieron proclives a la no producción de efectos: *Vendito fundo religiosa loca ad emptorem non transeunt nec in his ius inferre mortuum habet*. Esa misma solución pasó igualmente a las constituciones imperiales del tardío siglo III, C. 3.44.2: *Invito vel ignorante te ab alio illatum corpus in puram possessionem tuam vel lapidem locum religiosum facere non potest. Si autem voluntate tua mortuum aliquis in locum tuum intulerit, religiosus iste efficitur: quo facto monumentum neque venire*

jurisprudencial clásico-tardía fue mirando cada vez con menos repugnancia y con mas naturalidad el posible traspaso de un sepulcro que, sin quedar nunca desafectado de su religioso destino, podía sin embargo pasar de un « titular » a otro. Por otra parte, la compraventa, basada en una dogmática cuyo centro de gravedad se había ido desplazando cada vez más hacia el *consensus* y la *bona fides*, admitía, al menos como posibilidad, que la venta de un sepulcro aun siendo nula y sin efecto pudiese dar paso a una acción ejercitable incluso contra el heredero del vendedor: aquella *actio in factum quasi ex empto* del texto, una acción pretoria que cumplía el mismo papel de la acción ordinaria utilizada normalmente por el comprador.

Las dos posturas superpuestas que encontramos en los textos de los juristas tardíos de la época clásica vienen a ser como un exponente de la evolución —normalmente la historia de los textos no suele ser más que una pura manifestación de los cambios a los que se vieron sometidas las instituciones— que sufrió la doctrina jurisprudencial al enfrentarse con unas transmisiones de sepulcros donde las partes se intercambiaban el *pretium* y el *ius inferendi*.

En efecto, ningún instituto podía jugar un papel mejor para la transmisión de un objeto no idóneo y para una posesión irregular como la compraventa romana. Seguramente, mucho antes que Ulpiano admitiese la *actio in factum* en una venta como la que nos ocupa, muchas otras ventas anómalas o peculiares habían entrado ya en el edicto y de ellas se habían ocupado también los juristas y los jueces en la diaria praxis de la *cognitio*. Así, por ejemplo, la *emptio venditio*, gracias a su formidable aptitud para absorber todas las hipótesis imaginables, podía ser utilizada para enajenar no solo los objetos aun no existentes como sería el caso de una *emptio rei speratae*, sino incluso cosas muy cercanas a nuestra venta imposible de

neque obligari a quoquam prohibente iuris religione posse in dubium non venit. Antonino Caracalla, a. 216; C. 3.44.9: *Locum quidem religiosum distrahi non posse manifestum est. Verum agrum purum monumento cohaerentem profani iuris esse ideoque efficaciter venundari non est opinionis incertae.* Felipe el árabe, a. 245.

sepulcros como son los créditos inexistentes⁽⁵⁵⁾, las cosas destruidas⁽⁵⁶⁾, las herencias ficticias⁽⁵⁷⁾, los partos de esclavas estériles⁽⁵⁸⁾ y sobre todo la hipótesis tan estudiada por los juriconsultos especialistas en la *emptio venditio* como es la de la venta de un *homo liber bona fide serviens* realmente tan cercana al supuesto de venta de una *res divini iuris*⁽⁵⁹⁾.

Si lo realmente importante en un contrato de compraventa es el consentimiento de ambos contratantes y el mutuo respeto a la *fides*, era lógico que por su parte la jurisprudencia tratara de salvar del mejor modo posible las mutuas prestaciones. Ni que decir tiene que este tardío enfoque, cada vez más práctico y menos sacral de unas compraventas con objeto imposible, no supuso nunca la derogación formal del criterio arcaico siempre proclive a la nulidad radical de un contrato que por falta de idoneidad en el objeto, *ex natura rei*, se convertía en *nulla venditio*⁽⁶⁰⁾.

(55) Ulpiano, 32 *ad ed.*, D.18.4.4; Paulo, 33 *ad ed.*, D.18.4.5; Hermogeniano, 2 *iur. epit.*, D.21.2.74.3.

(56) Paulo, 5 *ad Plaut.*, D.18.1.57; Papiniano, 10 *quaest.*, D.18.1.58.

(57) Pomponio, 9 *ad Sab.*, D.18.4.1; Paulo, 14 *ad Plaut.*, 18.4.7; Javoleno, 2 *ex Plaut.*, D.18.4.8; Gayo, 10 *ad ed. prov.*, D.18.4.12; Paulo, 14 *ad Plaut.*, D.18.4.13.

(58) Paulo, 33 *ad ed.*, D.19.1.21 pr.

(59) Esta es la tesis de HAYMANN, que no ve razones para que los clásicos diesen un trato diferente al *homo liber* y a las *res divini iuris*. Entiende este autor que la nulidad en el caso del *homo liber* queda claramente manifestada en un pasaje del Digesto correspondiente al jurista Paulo, 12 *quaest.*, D.40.13.4. Cfr HAYMANN, *Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache* I, Berlín, 1912, p. 154 ss.

(60) Nunca, ni el ordenamiento romano antiguo, ni en el moderno Derecho vigente en época clásica, los nuevos planteamientos y los últimos enfoques jurídicos que la rica inventiva jurisprudencial iba aportando por muy perfectos que estos fueran, llegaron a anular los viejos criterios o las soluciones antiguas más tradicionales. Este respeto por la continuidad jurídica edictal contribuyó a que fueran introduciéndose en el *album* nuevas acciones que jamás eliminaban ni sustituían a las antiguas sino que todas, antiguas y nuevas, venían a enriquecer a las propias figuras e instituciones abriendo paso a un complejo e inteligente sistema de concurrencia de acciones. Gracias, pues, a tan flexible modo de contemplar las cuestiones y situaciones litigiosas siempre sería posible optar en el

La *actio in factum* ofrecida en el edicto y de la que se hacen eco los juristas y muy especialmente Ulpiano, venía a ser a todas luces la solución del futuro. El sepulcro seguía siendo *locus religiosus* y aunque quedase desvinculado de la *religio familiaris*, que lo destinaba a un grupo familiar concreto, seguía no obstante perteneciendo a los manes desde el momento que su destino funerario se mantenía inalterable. Sin embargo, esta separación de su anterior titular, lo convertía en un valor patrimonial y por tanto en un posible objeto de transmisión onerosa *inter vivos* del mismo modo que muchos años atrás ya venía siéndolo en las transmisiones hereditarias.

Sin duda que esta dualidad de posturas con relación a la venta de sepulcros —nulidad *ex natura rei* y posible transmisión de *ius inferendi*— es lo que explica la misteriosa retorsión de los textos con sus interpolaciones tardías que nos hablan de una *actio in factum*, que hace las veces de *actio empti* —*actio quasi ex empto*—, según el texto de Ulpiano en D. 11.7.8.1, y sobre todo la tremenda contradicción que manifestaba un texto de Modestino:

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 ⁽⁶¹⁾.

Según la redacción actual del texto, el autor afirmaría en primer lugar la inexistencia lógica de la venta, *licet emptio non teneat*, dada la falta de idoneidad del objeto (enfoque antiguo del *ius civile*), para luego decir a continuación que sin embargo siempre se podría utilizar la *actio ex empto* contra el vendedor por su interés en no sufrir engaños. La solución contractual propuesta por el jurista para la compraventa, todo lo anómala que se quiera, salta a la vista. En aquel que sin

supuesto de una venta con objeto *extra commercium* por la solución antigua de la nulidad recurriendo a la *condictio* civil nacida de una *datio indebita*, *iniusta* o *turpis* con lo cual el comprador que ya pagó podría exigir siempre la devolución del precio mal pagado, *condicere pretium*, en la venta fallida.

(61) Modestino, 5 *reg.*, 18.1.62.1.

saberlo compró —*comparavit*— lugares sacros, religiosos o públicos en principio no existe dolo y por tanto no estaríamos ante una situación delictiva sino ante una auténtica venta donde seguramente ambos contratantes concertaron la transmisión de un recinto creyéndolo puro y luego resultó no serlo. Evidentemente, tanto en la vida diaria como ante el ordenamiento jurídico, algún valor debía atribuirsele a dicha venta y por tanto la admisibilidad de ciertos efectos a la misma se debió introducir en la práctica lo cual explica de alguna manera las transformaciones del texto.

En todo caso cabría preguntarse, por que razón Ulpiano para quien en la compraventa de sepulcros solo sería posible una incolora acción *in factum* y nunca en cambio la *actio ex empto* de la que nos habla el anónimo glosador tardío, admite por el contrario sin graves escrúpulos las acciones propias de la *emptio venditio* en algunos casos parecidos al de nuestra venta imposible (62). Tal vez la razón de esta clara disparidad de criterios estribe en que, aunque en estos tiempos de desacralización la venta de lo divino no resultaba ya tan monstruosamente inconcebible como lo había sido antes, todavía debían pesar sin embargo demasiado las viejas ideas divinales como para buscar soluciones poco estridentes. Seguramente pues, razones extrajurídicas obligaron en este caso al jurista a no excederse a la hora de buscar la acción apropiada, decidiéndose en el caso de los *loca religiosa* por el remedio despenalizado y poco comprometido de una *actio in factum*.

Ello no obsta, sin embargo, a que esta acción utilizable en los casos de venta fallida de sepulcros estuviera posiblemente

(62) En un caso nada menos que de inexistencia del objeto vendido, contemplado por Ulpiano, 32 *ad ed.*, D. 18.3.4 pr., el jurista se decide por la *actio ex vendito* —*sed iam decisa quaestio est ex vendito actionem competere ut rescriptis imperatoris Antonini et divini Severi declaratur*— con la cual se podría reclamar la responsabilidad por incumplimiento. De la redacción del texto parece desprenderse que una cierta discusión debió producirse entre los juristas hasta el punto de hacer necesaria la intervención —*quaestio iam decisa*— de Septimo Severo, difunto ya en el momento de redactarse el texto —*divus Severus*— y de su hijo Caracalla. Cfr MURGA, *Una acción de Ulpiano, cit.*, p. 126.

cumpliendo ya, incluso en época clásica, el papel de una acción contractual. Por eso, aunque la expresión concreta de *actio quasi ex empto* no sea genuina sino fruto de una ulterior alteración postclásica, el fundamento jurídico y social de dicha alteración en cambio sí estuviera al menos *in nuce*, en la mente ulpínea. Al fin y al cabo la tal acción *in factum* presentaba un « comportamiento » contractual cuando era utilizada en aquellos otros casos tan típicos del *homo liber bona fide serviens*. Ambas situaciones, enajenación de sepulcros y compraventa de una persona libre que se cree esclava, estaban en realidad muy próximas dada la imposibilidad de prestación que se da en ambos casos. Sin embargo, gracias a la formidable amplitud y flexibilidad que había adquirido la doctrina de la compraventa entre los juristas clásicos, tanto uno como otro supuesto cabían holgadamente dentro del amplio espectro del contrato. Incluso el propio Sexto Pomponio, nada sospechoso de innovador, no parece sentir demasiada repugnancia al afirmar que en las dos situaciones existe realmente una venta, *emptio intelligitur* ⁽⁶³⁾.

8.

Con el planteamiento aceptado para la venta de sepulcros y en menor grado con el que se admitió para el resto de las cosas *divini iuris*, tanto la mente romana como la jurisprudencia y la ley sufrieron un cambio radical. Podría decirse que con el paso de los años todo fue quedando mas a la medida del hombre y con ello la antigua imposibilidad jurídica de la cual derivaba la consiguiente nulidad *ex natura rei*, comenzó poco a poco a acercarse a aquel otro campo de nulidades derivadas de situaciones o prestaciones convertidas en ilícitas por prohibición legal.

(63) Así piensa Pomponio en un texto de sus *libri ad Sab.* recogido en D. 18.1.4. Según Licinio Rufino, cuya opinión se conserva en D. 18.1.70, la mayor parte de los juristas —*plerique*— se inclinaban por entonces a considerar válida la venta del *homo liber*, si bien, lógicamente, no debieron faltar opiniones, tal vez de peso, en contra de esa opinión.

Aunque desde el punto de vista práctico de la pura negación de efectos no existan muchas diferencias entre la nulidad originada por imposibilidad del objeto y la ineficacia que provoca una prohibición de la ley, algunas cosas sí que cambian en un caso y en otro ya que en una compraventa simplemente prohibida la ineficacia resultante no es tan absoluta como para no producir algún efecto procesal. Por supuesto los sepulcros no fueron nunca comerciables y siempre conservaron tal carácter incluso durante la época clásica. Sin embargo, al ser objetos de la atención protectora de la ley, de alguna manera fueron también englobados dentro del ordenamiento jurídico, desde el momento que al prohibir la *lex* su enajenación, además de imposibles *ex natura* los monumentos funerarios se convirtieron también en cosas imposibles *ex lege* (64).

Según la mentalidad jurídica clásico-tardía, racionalista y desacralizada, sería la propia ley la que interceptando, por así decirlo, el nexo existente entre el contrato y sus efectos ordinarios, podría impedir la eficacia normal de las enajenaciones prohibidas y ello como una sanción penal a la infracción mas que como una nulidad propiamente dicha: *item quod leges fieri prohibent cessat obligatio* (65). ¿Pudo ocurrir algo así en nuestro caso? ¿entendió Ulpiano y sobre todo Modestino que si se vendían sepulcros sin malicia —*qui nesciens loca religiosa comparavit*— la compraventa, técnicamente nula *ex natura rei*, producía sin embargo efectos casi normales —*quasi ex empto* según la expresión ulpiana— al no ser en este caso el comprador merecedor de la sanción legal de ineficacia?

(64) Lo imposible jurídico es el resultado del choque entre la voluntad humana y una norma ordenadora de carácter declarativo. Según FERRARA, esta imposibilidad sobreviene de diversos modos: a) El Derecho fija los presupuestos de un negocio de tal modo que se determina a sí mismo: capacidad de los sujetos, idoneidad en los objetos, etc. b) El Derecho determina la esencia de una relación jurídica que quedará para siempre como inalterable, así por ejemplo, el carácter personal del usufructo puede convertir en nulas todas las enajenaciones que se pretendan sobre él. FERRARA, *Teoria del negozio illecito*, Milán 1902, p. 13 ss.

(65) Paulo, 12 *ad Sab.*, D. 45.1.35.1.

Seguramente no es muy descabellada esta hipótesis, sobre todo si nos atenemos a la propia *sedes materiae* del curioso texto de Modestino. Según Lenel⁽⁶⁶⁾ el pasaje formó parte del libro 5 de las *regulae* del jurista que con el título *de alienatione et quaestu prohibito*⁽⁶⁷⁾, contenía un estudio de distintos supuestos en los que el propio ordenamiento vetaba ciertas enajenaciones impidiendo los normales efectos de aquellas con una sanción de ineficacia.

En todos los casos recordados por Modestino era la ley —normalmente constituciones imperiales— quién prohibía ciertas ventas como, por ejemplo, se hizo con los gobernadores de provincia a los que se le impedía adquirir las fincas sitas en su propia demarcación con el fin político de evitar el peligro de la *animadversio*. En las enajenaciones que el jurista considera prohibidas es siempre un obstáculo legal y no una imposibilidad nacida de la falta de idoneidad del objeto lo que se opone a la eficacia. Ello explica que la propia ley que en unos casos prohíbe, pueda en cambio permitir en otros la venta abriendo con ello el paso cerrado a los normales efectos del contrato. Es también Modestino quien nos aclara este extremo recordando que la

(66) Cfr LENEL, *Palíngenesia iuris civilis* 1, p. 735.

(67) Modestino estudió y reunió con una cierta sistemática en sus *regulae* diversos supuestos de ventas ilegales. Prácticamente se trata siempre de situaciones en donde la eficacia de la enajenación o de la transmisión gratuita suele tropezar con alguna dificultad normativa concretamente con una prohibición legal. Entre las hipótesis más representativas recordadas por el jurista están las siguientes: 1º Donaciones a gobernadores —incluyendo legados y procónsules— prohibidas por plebiscito (D. 1.18.18); 2º Ventas intentadas por quienes desempeñan cargos civiles o militares en una provincia, dentro de su misma circunscripción territorial (D. 18.1.62 pr.); 3º La usucapión de bienes vacantes aún no declarados tales, adquisición prohibida al parecer por una ignota constitución imperial, *idque constitutum est* (D. 41.3.18); 4º La compra de esclavos que hubieran sido adjudicados al fisco en una pública *venditio bonorum*, especialmente prohibida a los *procuratores* del emperador. Esta prohibición que debió proceder de un rescripto imperial —*rescriptum est*— es para nosotros igualmente desconocida, aunque hay algunos indicios que hacen pensar en los emperadores Severo y Antonino (D. 49.14.8).

constitución imperial que impedía comprar inmuebles a los gobernadores les autorizaba en cambio a recibir los mismos en hipoteca, no obstante la posibilidad del *ius vendendi* implícito siempre en el *pignus*: *in quorum finibus emere quis prohibetur, pignus accipere non prohibetur* (68).

A la luz de este contexto se entiende sin duda mucho mejor la lógica evolución que afectó a la venta de sepulcros, que sin perder nada de su religiosidad *ex natura* eran bienes perfectamente transmisibles según los juristas al entender estos —con aquellas sutilezas que tanto preocuparon en su día a las familias partidarias de la inalienabilidad comercial de las tumbas— que siempre sería posible transmitir *mortis causa* o *inter vivos* los recintos funerarios con tal de no cambiar nunca su superior destino (69).

(68) Modestino, 5 *reg.*, D. 20.1.24.

(69) Un caso semejante donde igualmente el centro de gravedad del problema de las ventas de las *res divini iuris* se fue trasladando desde la imposibilidad *ex natura* a la prohibición legal, se produjo también en el Derecho justiniano según podemos comprobar en la constitución C. 1.2.21 del año 529. Contempla en ella el legislador el supuesto de compraventa de vasos sagrados, vestes litúrgicas y otros objetos y exvotos donados a los templos: *donaria quae ad divinam religionem necessaria sunt*. A primera vista pudiera parecer contradictorio el planteamiento tan progresista y liberal que ofrece la constitución de Justiniano para la venta de las *res divini iuris*, superando la vieja categoría de lo imposible y sustituyéndola por la simple negativa de la ley a admitir la eficacia de este tipo de ventas. Parece contradictorio sobre todo, si tenemos en cuenta el rebrote arcaizante de toda la cultura bizantina y más aun el hecho de que estos conflictos de cosas sacras que se venden aparecían agravadas por el carácter divino y arcano que tanto condicionó al cristianismo oriental de aquella parte del Imperio. Sin embargo, los cambios sufridos por el ordenamiento romano de entonces y la tremenda evolución que había venido afectando a todo el pensamiento jurídico desde hacía siglos eran ya tan profundos que prácticamente hacían inviable la vuelta atrás hacia un planteamiento de la inalienabilidad con aquella base radical propia de la época arcaica del *fas*. Sin duda por esa razón piensa el legislador que este tipo de enajenaciones han de entenderse simplemente como prohibidas y por ende la nulidad que resulta de tales negocios será siempre una nulidad *ex lege*. Es más, la propia ley que de modo general prohíbe estas ventas puede permitir las en algunos casos si a juicio del legislador fuera útil la excepción. Tal sucedería, por ejemplo, cuando al

9.

Volviendo ahora, después de tan larga digresión a nuestros misteriosos y controvertidos preceptos del *Gnomon*, bien pudiera ser que lo que aparentemente parece innovador en el *liber mandatorum* dirigido al *idiologos* de la provincia romana de Egipto no lo sea realmente sino que tan solo se trate de unas simples disposiciones, no tan distantes del comun sentir de la doctrina jurisprudencial de su época como al principio se creyó. Disposiciones las del primer párrafo, a tener en cuenta en una ejecución que podría considerarse perfectamente normal, no obstante recaer sobre unos bienes funerarios pertenecientes a deudores del fisco cuyo patrimonio se había vertido dolosamente en gastos desmesurados con el fin de enriquecer el conjunto sepulcral defraudando de paso al erario.

El segundo párrafo, por su parte, supondría tan solo una aclaración, que había sido confirmada en un rescripto de Adriano, puntualizando que los *τάφοι* de los romanos, no debían ser entendidos nunca *ἀκαταχρημάτιστοι* ya que entre los romanos no existe ningun bien ni ningun patrimonio que tenga tal carácter.

En estas normas romanas del *ius publicum* imperial nos encontraríamos con un supuesto de calificación global de *locus religiosus* del recinto funerario con todos sus posibles anexos y dependencias: jardines, monumentos, construcciones y estatuas. Por supuesto sin olvidar que lo estrictamente religioso sería siempre el sepulcro propiamente dicho con su edículo, es decir el lugar exacto donde yace el difunto. Ni que decir tiene que esta calificación del *Gnomon* sería la correcta, coincidiendo además con la doctrina de la jurisprudencia que normalmente consideró como único lugar religioso y por ende inalienable el sitio del

vendedor le hubieran movido razones pias como, por ejemplo, la *redemptio ab hostibus*. Un planteamiento así donde la nulidad se produce en unos casos sí y en otros no, evidentemente solo puede explicarse si el baremo decisor de tal ineficacia lo ha asumido la ley que en este caso bizantino vendría encarnada en la propia voluntad imperial. *Vid.* MURGA, *La venta de las «res divini iuris» en el Derecho romano tardío*, Santiago de Compostela 1971, p. 77 ss.

enterramiento: *non totus, qui sepulturae destinatus est, locus religiosus fit, sed quatenus corpus humatum est* (70).

Sin embargo, no obstante esta doctrina admitida comunmente por la jurisprudencia, el fenómeno jurídico de la accesión podía en algún caso alterar o al menos matizar el rigor de este planteamiento general. Así, cuando ciertas cosas accesorias quedaban definitivamente unidas a una principal de naturaleza sacra o religiosa, se producía una peculiar *accessio nominis* puramente calificativa hasta el punto que aquellos elementos accesorios integrados en su nuevo emplazamiento venían también a participar de algún modo del carácter sagrado o funerario de la cosa principal. Como es sabido, la doctrina jurídica de la accesión ofrecía varios planteamientos y supuestos y aunque el más estudiado por los juristas fuera el relativo a la adquisición de la propiedad cuando dos cosas de distintos dueños quedaban unidas por el azar o por obra de un tercero, también otras consecuencias jurídicas derivadas de la unión de cosas principales y accesorias aparecen igualmente en las reflexiones de los clásicos así como en sus obras de casuística jurisprudencial (71).

Según podemos comprobar por los textos, en multitud de casos dudosos y en cientos de conflictos testamentarios fueron necesarias reglas jurisprudenciales minuciosas para poder concretar con exactitud cuales y cuantos de los materiales componentes de los edificios y de los navíos, por considerarse incluidos dentro de su *nomen* o concepto, podían considerarse parte de ellos y cuales no. Es evidente que tal postura previa y determinante no suponía una mera bagatela o una vana curiosidad jurídica sino una auténtica y elemental base a priori para poder señalar más tarde la responsabilidad del vendedor o la del heredero cuando la cosa vendida o el objeto legado en el testamento fuese exactamente un edificio o una nave.

(70) Esta opinión de Celso —*Celsus ait*— viene recogida por Ulpiano, 25 *ad ed.*, D. 11.7.2.5. También parece conocerla Papiniano, 3 *resp.*, D. 18.1.73.

(71) *Vid.* MURGA, *El edificio como unidad en la jurisprudencia romana y en la lex*. En prensa.

Era, pues, muy conveniente tomar en estos casos decisivos tal postura previa para que los jueces pudiesen formar su opinión con vistas a posibles sentencias en asuntos litigiosos siendo en este punto precisamente donde la doctrina jurídica de la accesión vino a jugar un importante papel. Ya hacía tiempo que sabinianos y proculeyanos habían venido discutiendo sobre si la unión básica, indispensable en toda accesión, tendría que ser necesariamente física o material o si bastaría por el contrario una mera unión de destino o de simple funcionalidad. Igualmente, ambas escuelas de juristas habían discrepado también a la hora de decidir si las cosas accesorias, para pertenecer unitariamente al complejo edificado y en su caso al navío, tenían que ser consideradas como elementos necesarios para la habitabilidad de la *domus* o para la buena navegabilidad de la *navis* o si sería suficiente una simple calificación de utilidad en los mismos para poder considerarlas como partes integrantes del todo.

Aunque siempre mas estrictos y antiguos los seguidores de Sabino y mas progresistas y modernos los discípulos de Labeón y Próculo, ambas escuelas coincidían sin embargo en admitir que las cosas accesorias perdían en cualquier caso su propia individualidad al quedar unidas al conjunto principal: el solar en los edificios —*aedes*— y la estructura o carcasa —*carina*— de los navíos. También coincidían los juristas en que, a partir del momento en que se producía la accesión, toda aquella cohesión formada por la parte principal y los accesorios constituía ya una misteriosa y novedosa unidad haciéndose así posible tanto la reivindicación como la transmisión *inter vivos* y *mortis causa* de una forma unitaria y conjunta.

Ya hemos dicho antes que por una razón semejante y también como consecuencia de la accesión, el sepulcro y su recinto formaban igualmente una superior unidad comunicándose con ello a todo el conjunto el carácter propio de las *res religiosac*. Es más, ciertos elementos anexos cuya posible pertenencia a la unidad de la construcción pudo ser más o menos discutible en el caso de los edificios no plantearon en cambio ninguna duda sobre su papel de parte en el monumento funerario. Tal sucedió,

por ejemplo, con las estatuas que, no obstante su frecuencia y normalidad en los planteamientos arquitectónicos de las casas romanas hubo sus más y sus menos entre los juristas a la hora de decidir su discutible pertenencia al conjunto edificado⁽⁷²⁾ no planteándose sin embargo ninguna cuestión con relación al sepulcro en donde las estatuas cumplían la importante misión de conservar entre los descendientes la memoria del difunto⁽⁷³⁾.

Según esto, tal vez, fuera posible que con estas disposiciones imperiales para los sepulcros romanos de Egipto no se hubiera intentado innovar ni mucho menos derogar al tradicional régimen de inalienabilidad de las *res religiosas*. Quizá trataba tan solo el legislador de recordar algo que por otra parte era cosa sabida: que en cualquier caso siempre sería posible ejecutar y confiscar un recinto funerario sin que tal venta forzosa tuviera nada de escandaloso ni de irreligioso. Ello no es obstáculo sin embargo para que el concreto motivo legal alegado por Trajano y recogido en el *Gnomon* pudiera ser puramente local. El respecto a la personalidad del Derecho, tan típico en la civilización romana expansiva y anexionante, justificaría a su vez la apostilla aclaratoria añadida por el legislador de la que la *venditio* confiscadora, secuela de la *proscriptio*, no se aplicaría mas que a los sepulcros romanos y nunca a los recintos funerarios, muchas veces ricos y ostentosos de los griegos de Alejandría, así como tampoco a aquellos otros menos llamativos de los egipcios nativos.

Es bastante posible también que en esta época altoimperial, sobre todo en provincias y más tratándose de una como ésta de Egipto, no senatorial y algo insólita, el sentido de lo sacro y de lo religioso hubiera ido ya evolucionando y transformándose y que ya fuera normal y común esa manera nueva de entender lo inalienable de los sepulcros, no como algo derivado de la naturaleza arcana y remota de los mismos sino como efecto de una prohibición legal. No se nos oculta que para algunos estudio-

(72) Vid. MURGA, *Quid in statutis dicendum?*, en *Estudios jurídicos Álvarez Suarez*, p. 295 ss.

(73) *Celsus scribit sic esse (statuam) monumenti*, Ulpiano, 18 *ad ed.*, D. 47.12.2.

sos tal vez la fecha probable del *Gnomon* resulte demasiado temprana para que ya entonces se estuviera fraguando esta especie de degradación en el concepto mismo de las *res divini iuris*. Sin embargo entiendo que este desplazamiento de lo sacral y de lo religioso hacia el ámbito de la ley, que en definitiva no sería sino un sintoma más de la inminente vulgarización del ordenamiento y de la cultura, quizá no sea una hipótesis totalmente desprovista de fundamento ya que todos sabemos que tanto los fenómenos jurídicos como la propia formación del ordenamiento estuvieron en el Imperio como sometidos a una especie de fuerza centrípeta que partiendo originariamente de las provincias imperiales y mas alejadas no tardó mucho en alcanzar también al resto de las otras provincias e incluso a la misma metrópoli.

Vistas así las cosas no es del todo raro que, para aquel anónimo autor de la colección de preceptos imperiales para Egipto, la imposibilidad de vender sepulcros se hubiera contemplado de este modo más vulgar y más moderno entendiéndola mas como un negocio prohibido que como una venta aberrante. Ello explicaría que la ley —concretamente una constitución para nosotros desconocida del emperador Trajano— hubiera permitido en los casos de fraude poder vender los jardines funerarios y otras instalaciones semejantes anexas al sepulcro. La posibilidad de vender los recintos sepulcrales lujosos y los floridos y frondosos cepotafios no obedecería en el *Gnomon* a una interpolación ni a una desviación de lo que fue doctrina comun de la época. En nuestro caso la confiscación y la venta subsiguiente se admitiría en Egipto sencillamente porque un precepto legal permitía una y otra en aquellos casos en los que el propio fisco se viera defraudado. El hecho de que en otros casos en cambio —deudores que defraudan a acreedores ordinarios— no se permitió la enajenación de las sepulturas confirma una vez más que siempre sera la ley en última instancia quien admite en unos casos o impide en otros la puesta en venta de los recintos funerarios.

Esta aparente frivolidad o contradicción entre una situación y otra, —sí a la venta cuando sea el fisco la víctima y no en

cambio cuando quien se perjudique sean otros acreedores no oficiales— no sería en definitiva mas que las consecuencias de haber asumido la *lex*, tras desbancar al *ius* y a los juristas, la exclusiva reglamentación de todo lo que pueda referirse al estatuto patrimonial de las *res divini iuris*. Los intrincados móviles de la política legislativa —toda ley obedece a unas razones concretas— y que sin duda se dieron también en la constitución de Trajano decidieron al legislador por la confiscación en favor del fisco negando en cambio la posibilidad ejecutiva al resto de los acreedores. Años mas tarde de la constitución de Trajano, otra ley, esta vez de Marco Aurelio, dá marcha atrás en el asunto de la confiscación de sepulturas seguramente al cambiar de nuevo los condicionamientos políticos, las razones sociales o los intereses del fisco y vuelve a considerar no vendible ni ejecutable tanto el conjunto funerario como sus anexos cuando éstos no alcanzaran un excesivo valor patrimonial. Tal cosa parece deducirse de un rescripto recogido en un fragmento papiráceo (74) donde se nos habla de dos personas, Syro y su hermana, demandadas por el fisco y perseguidas por el *idialogos* y que sin embargo pudieron salvarse de la temida confiscación del sepulcro precisamente gracias a la nueva versión de la ley. El magistrado que entonces entendió del asunto, un tal Donato, prefiriendo una interpretación benévola en aquel caso y basándose por lo visto en la constitución de Marco Aurelio consideró que la sepultura debía quedar exenta de la enajenación.

Como es lógico no puede pretenderse que las cosas que habían tenido la consideración de religiosas desde los mas remotos tiempos dejaran de serlo en época de Trajano cuando este emperador permitió su venta, para volver otra vez a convertirse en inalienables en tiempos de los Antoninos en aquellos casos en que su valor fuera mas o menos pequeño. Es evidente que se trata de algo mucho mas serio: la ley convertida en el organo de suprema decisión admite en unos casos los efectos normales de la compraventa del sepulcro cuando a juicio del legislador existen razones suficientes e impide la venta en otros supuestos

(74) *BGU*, 4.1085.

si tales razones ya no aconsejaban las enajenaciones. Sin embargo, como ya hemos dicho, en ningún caso la nulidad o validez de las enajenaciones podrán afectar al destino definitivamente religioso del complejo funerario ya que ello iría mas allá de las posibilidades necesariamente humanas de la ley.

Una vez decretada la *proscriptio bonorum*, los bienes y pertenencias del recinto funerario podrían ser válidamente licitados en la subasta ejecutiva junto con el resto del patrimonio según las normas habituales dictadas para este fin. En dicha licitación cualquier *emptor bonorum* podría adquirir el recinto funerario del fallido y utilizarlo para sí y para su familia, siempre con aquella inalienabilidad subyacente que impedía al adquirente desviar el religioso destino de la sepultura. Esta interpretación sirve igualmente para el párrafo segundo del *Gnomon* con lo cual la afirmación adrianea, todo lo vulgarizante que se quiera, no sería más que la versión legal y positiva de una manera nueva de entender la inalienabilidad, seguramente común ya en aquel siglo II del edicto perpetuo y de la jurisprudencia antonina.

Todo sepulcro puede enajenarse —tal vez la palabra vender no sea la que mas cuadre para expresar esta transmisión— sin que exista un verdadero impedimento jurídico, siendo suficiente tan solo desvincular el sepulcro de su familia propietaria y de la correspondiente *religio familiaris*. Tal vez hacía tiempo que viniera siendo ya normal, incluso en la metrópoli, estas curiosas transferencias de sepulcros gracias a una sofisticada interpretación jurisprudencial que consideraba que en las ventas de sepulcros no era exactamente el panteón y sus anexos lo que pasaba a otras manos sino tan solo el derecho al enterramiento o *ius inferendi*. Ello explicaría la tremenda eclosión de estipulaciones, cauciones y multas sepulcrales previstas por el testador a fin de evitar lo que ya en realidad se había convertido en algo irreversible: el panteón se quisiera o no, al quedar sometido, regulado y protegido por las acciones del edicto, empezaba a tener un indudable valor patrimonial semejante al de las cosas *in commercio*.

Hasta la inscripción peyorativa y casi denigratoria de *iuris-*

consultus abesto, abstenerse los juristas, frecuente en la epigrafía funeraria, adquiere un significado bien concreto en la Roma que fue contemporánea al *Gnomon* con la recopilación del Derecho imperial para los romanos de Egipto. Por lo mismo debió ser prácticamente inútil también —si el ἀκαταχημάτιστος del párrafo segundo se refería, como piensa De Visscher⁽⁷⁵⁾, a fórmulas puramente humanas para conseguir la inalienabilidad— que los titulares intentasen por algún sistema precautorio la congelación inmobiliaria de los recintos funerarios ya que ello iría incluso en contra del liberalismo romano tan contrario a las manos muertas y al inmovilismo patrimonial. Tal clausula sería nula para los romanos aunque pudiesen sin embargo ser válidas para los griegos y para los egipcios.

(75) DE VISSCHER, *Le caractère religieux des tombeaux*, cit., p. 208 ss.