

Derechos subjetivos en sede cementerial: la dicotomía entre lo público y lo privado*

Subjective Rights in The Cemetery: The Dichotomy between the Public and The Private Content

ERICK ORTEGA GARCÍA**
GRETHEL ARIAS GAYOSO***

RESUMEN

Desde el surgimiento de los cementerios extraurbanos, la regulación de los derechos sobre los bienes cementeriales que los integran no ha seguido una corriente doctrinaria uniforme, y se ha instrumentado por cada ordenamiento según sus propias concepciones. Este artículo está dirigido a determinar el contenido y los límites de los derechos sobre bienes cementeriales desde su tratamiento conceptual en el derecho administrativo moderno y la teoría que define la naturaleza jurídica de los cementerios. Para ello, se emplearon los métodos histórico-lógico, el inductivo-deductivo y el de análisis-síntesis, además de un conjunto de operaciones lógicas del pensamiento, como análisis, síntesis, generalización y abstracción. Como resultado, se ofrece una obra científica contentiva del análisis teórico-doctrinal de los cementerios públicos y los derechos constituidos sobre ellos. En este sentido, se limita a enmarcarlos dentro de los bienes del patrimonio público, a fin de garantizar su protección jurídica. La originalidad de la investigación se sustenta en el tratamiento del tema propuesto desde las tendencias doctrinales más actuales. De esta forma, se aborda este derecho como un servicio público

ABSTRACT

Since the emergence of extra-urban cemeteries, the regulation of rights over the cemetery assets that comprise them has not followed a uniform doctrinal trend and has been implemented by each ordinance according to its own conceptions. This article is aimed at determining the content and limits of rights over cemetery assets from its conceptual treatment in modern administrative law and the theory that defines the legal nature of cemeteries. For this, the historical - logical, inductive - deductive and analysis - synthesis methods were used as well as a set of logical operations of thought such as analysis, synthesis, generalization and abstraction. As a result, it offers a scientific work containing the theoretical-doctrinal analysis of public cemeteries and the rights constituted for them. In this sense, it is limited to framing them within the assets of public heritage, to guarantee their legal protection. The originality of the research is based on the treatment of the proposed topic from the most current doctrinal trends. In this way, this right is approached as a public service intended for private use that encourages the acquisition of rights by individuals, in accordance with their

* Artículo de investigación recibido: 28-05-2019 y aceptado el 10-11-2019.

** Jefe de Departamento Jurídico de la Dirección Provincial de la Vivienda de La Habana (Cuba). Contacto: erick@oc.dpvhab.cu. <https://orcid.org/0000-0002-6723-9716>

*** Profesora Investigadora en la Universidad de Oriente, en Cuba. Contacto: garias@uo.edu.cu. <https://orcid.org/0000-0003-0088-5892>

destinado a un uso privativo que propicia la adquisición de derechos por los particulares, de acuerdo con sus fines. Este uso se realiza según los medios establecidos por la norma del territorio específico, que engloba el permiso de uso y la concesión de uso. Así mismo, permite el pleno ejercicio de las potestades administrativas encaminadas a la protección del dominio de la administración concedente que armoniza los intereses públicos y privados que estos bienes suscitan.

Palabras clave: *cementerios, bienes cementeriales, sepultura, concesión, permiso de uso.*

purposes. This use is carried out according to the means established by the regulation of the specific territory, which includes the permit and concession of use. Likewise, it allows the full exercise of administrative powers aimed at protecting the domain of the granting administration that harmonizes the public and private interests that these assets prompt.

Keywords: cemeteries, goods of the cemeteries, sepulcher, concession, use permission.

SUMARIO: 1. La regulación de derechos sobre bienes cementeriales. Un acercamiento a su problemática / 2. El cementerio y los derechos sobre bienes cementeriales. Su concepción moderna derivada del derecho administrativo / 2.1. Entre la propiedad y la concesión: los derechos constituidos sobre sepulturas / 3. Los cementerios públicos como sujetos de derechos. Su naturaleza jurídica, ¿pública o privada? / 4. Límites y contenido de los derechos reconocidos en los cementerios públicos. Otros derechos en colisión / 5. Conclusiones / 6. Referencias

1. LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS SOBRE BIENES CEMENTERIALES. UN ACERCAMIENTO A SU PROBLEMÁTICA

La concepción de los cementerios públicos, desde la perspectiva propia del derecho, posee una destacada relevancia social y jurídica. Sobre todo cementerio, tanto público como privado, concurren potestades públicas y potestades o derechos de los sujetos particulares que son usuarios de su servicio.¹ Parte de sus contradicciones normativas, que generan lagunas en los ordenamientos, viene dada desde la evolución histórica de los camposantos. Su nacimiento junto al hombre, disponiendo sitios para in-

¹ Rodríguez Blanco, Miguel, *Régimen jurídico de cementerios y sepulturas*, Granada, Comares, 2015, pp. 71-85; Tolivar Alas, Leopoldo, *Los servicios funerarios y mortuorios*, Cano Campos, Tomás (dir.), *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo*, 7, 2009 (servicios públicos), pp. 411-428.

humar los restos humanos, en consonancia con sus creencias religiosas, produjo un retardo en su evaluación como sujeto de derechos.

Todo ello ha generado que una de las principales dificultades a las que se enfrentan los operadores jurídicos al tratar las cuestiones que afectan a cementerios es la complejidad y dispersión del régimen jurídico de cementerios, de las fuentes,² De esta forma, surgen arbitrariedades que perjudican los derechos de los administrados, y que pueden generar responsabilidad de la administración por ejecución de actos absoluta o relativamente nulos. Esta situación exige una labor de exégesis en la que el ámbito competencial y las atribuciones de los sujetos intervinientes queden fijados con precisión.³

Metodología. En la presente investigación se utilizaron los métodos: histórico-lógico, que permitió enfocar el objeto de estudio, el régimen jurídico de los cementerios públicos, en un decurso evolutivo, destacando los aspectos generales de su desarrollo; inductivo-deductivo, mediante la ilustración de los diferentes fenómenos jurídicos trascendentes a los derechos y las características definitorias de la propiedad cementerial; y de análisis-síntesis, que permitió distinguir las particularidades del régimen jurídico de los cementerios públicos, además del conjunto de operaciones lógicas del pensamiento, como análisis, síntesis, generalización y abstracción.

Marco teórico. Se parte de los conceptos y doctrinas evolucionadas desde la modernidad, sobre el régimen jurídico constituido en los cementerios públicos y los bienes incorporados a éstos, conjugados con las más actuales corrientes teóricas en la materia.

Núcleo conceptual. Se ofrece una caracterización del régimen jurídico de los cementerios públicos y los derechos constituidos sobre ellos, que permite enmarcarlos dentro de los bienes del patrimonio público, a fin de garantizar su protección jurídica.

² Tolivar Alas, Leopoldo, Los servicios mortuorios locales: cementerios y servicios funerarios, Muñoz Machado, Santiago (dir.), *Tratado de derecho municipal*, volumen II, 2da edición, Madrid, Civitas, 2003, pp. 1745-1748.

³ Rodríguez Blanco, Miguel, *op. cit.*, p. 2.

2. EL CEMENTERIO Y LOS DERECHOS SOBRE BIENES CEMENTERIALES. SU CONCEPCIÓN MODERNA DERIVADA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.

Europa constituyó el escenario propicio para el surgimiento de los cementerios modernos, tal como los conocemos en la actualidad. Los sistemas monárquicos europeos advirtieron las profundas afectaciones que a la salud generaba la concentración de cadáveres en las ciudades.⁴ En este contexto, los cambios político-jurídicos en la Francia de finales del siglo XVII permitieron el desarrollo del cementerio francés contemporáneo. La insalubridad de sus ciudades provocó el debate del estado de los cementerios por parte de la Corte del Parlamento francés en 1737. Así, mediante un edicto de 1763, se decidió su traslado a las afueras de las ciudades.⁵

Otro tanto sucedió en España, cuya situación de salubridad era semejante. En 1784, el rey Carlos III decidió la construcción de un cementerio para el Real Sitio de San Idelfonso, dotado de un reglamento propio. Sin embargo, no fue hasta la promulgación de la Real Cédula del 3 de abril de 1787 cuando se materializó la prohibición de enterramientos intramuros.⁶ Para la sociedad inglesa, la solución a la insalubridad provocada por los enterramientos parroquiales estuvo en la autorización de cementerios privados.⁷ Sin embargo, la situación requirió que en 1848 se sancionara la Ley de Salud Pública, que sentó las bases de la salubridad pública e inició el proceso legislativo de los cementerios británicos.

Alemania atravesó esta situación de manera menos angustiosa. A raíz de la quiebra de los movimientos liberales de 1848, fueron sensibilizados por los problemas de las reformas sociales y políticas sucedidas. En este contexto, se forjó la necesidad de una regulación para los nuevos cementerios extraurbanos.⁸ Italia, siguiendo esta línea, ponderó la Ley del 20 de

⁴ Bertrand, Russell, Estudio de los cementerios franceses contemporáneos. Los problemas de método, *Revista Trace*, número 58, diciembre 2010, pp. 71-81.

⁵ Ariés, Philip, *El hombre ante la muerte*, Madrid, Taurus, 1984, p. 180.

⁶ González, A., El cementerio español de los siglos XVIII y XIX, *Archivo Español de Arte*, número 171, España, 1970, pp. 289-320.

⁷ Keith-Lucas, B. y Richards, P. G., *Historia del régimen local inglés en el siglo XX*, Colección Administración y Ciudadano, trad. Joaquín Hernández, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1980, p. 51.

⁸ El mayor exponente de estos escritores es relativamente tardío, su nombre es Lorenz van Stein, al cual se debe un enorme *Verwaltungslehre* en 10 volúmenes, que se comenzó

marzo de 1865, denominada “Ley sobre la unificación administrativa del reino”; con ella, se levantaron los cimientos del ordenamiento administrativo que perfiló la regulación administrativa de los cementerios.⁹

A partir del siglo XIX,¹⁰ la mayoría de los antiguos cementerios parroquiales europeos se convirtieron en plazas, mercados o instalaciones eclesíásticas. Surgió así la segunda generación de nuevos cementerios modernos, caracterizados por su aislamiento de la población. Sus concepciones y tipologías fueron posteriormente expandidas al mundo entero, adoptando los diversos estilos modernos que sobre su constitución hoy existen.¹¹

2.1. Entre la propiedad y la concesión: los derechos constituidos sobre sepulturas

Para las sociedades civilizadas, el derecho del hombre a que su cadáver reciba sepultura y no quede expuesto a la intemperie o al abandono constituye un atributo o prerrogativa inherente a la personalidad.¹² Al resultar el objeto de los cementerios la inhumación de cadáveres humanos, las sepulturas devienen en su concreción. Desde las primeras culturas, la determinación de lugares de enterramientos alentó la constitución de derechos subjetivos sobre los sepulcros.

Las sepulturas españolas se concedieron en el régimen de *propiedad a perpetuidad*, lo que las hizo susceptibles de enajenación. Así estipulado en

a publicar en 1865. Giannini, Massimo Severo, *Derecho administrativo*, trad. Luis Ortega, vol. 1, Madrid, Ministerio de las Administraciones Públicas, 1991, pp. 61-62.

⁹ Alessi, Renato, *Sistema istituzionale di diritto amministrativo*, Milano, Dott. A Giuffrè-Editore, 1960, p. 20.

¹⁰ Esta etapa discurre desde el siglo XIX a nuestros días, y se caracteriza por la idea del derecho reduciendo cada vez más la facultad discrecional del Estado. Sin embargo, a partir de 1914 se ha intensificado la actividad del Estado, que podría hablarse de una nueva etapa, caracterizada por la intervención administrativa en la vida de las naciones. Monacelli, Gualterio, *Elementos de derecho administrativo y legislación fiscal y aduanera*, 9a edición, Buenos Aires, El Ateneo, 1961, p. 11.

¹¹ Cabarrou, N., Cementerios parque: un espacio para la ilusión, *Revista de Arquitectura SCA*, Buenos Aires, número 194, 1999, pp. 66-73.

¹² Ortega García, Erick, *El derecho a la sepultura y su contextualización normativa en el ordenamiento jurídico cubano*, tesis presentada en opción al grado académico de Máster en Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad de Oriente, Cuba, 2016, pp. 35-42.

la ordenación de los cementerios municipales del siglo XIX,¹³ se establecieron en diversos reglamentos de cementerios aprobados por los Ayuntamientos.¹⁴ Esta condición permitió su libre disposición, en consonancia con las regulaciones civiles. Los derechos otorgados a perpetuidad, en virtud del principio de confianza legítima, prevalecen con el respeto a las garantías reconocidas a favor del administrado. De esta forma, no cabe la aplicación retroactiva de las nuevas ordenanzas municipales que fijan un límite a la duración de las concesiones.¹⁵

Francia, por su parte, tuvo una similar concepción de los sepulcros. Entre el periodo de 1850 a 1870 y el de 1920 a 1950, se sitúa la edad de oro de los cementerios franceses. Estas etapas estuvieron marcadas por la aparición de tumbas fuera de lo común por el tamaño, los materiales, las esculturas y características del desarrollo de la propiedad entre las clases medias.¹⁶ Los cementerios franceses se constituyen ampliamente por fosas comunes y tumbas simples en provecho de las concesiones temporales y a perpetuidad.¹⁷

Otro sentido diametralmente opuesto tomó la regulación de los derechos sobre las sepulturas alemanas, al enmarcarlos en el ámbito privado. Desde finales del siglo XIX, la privatización de tareas públicas transforma al derecho administrativo alemán. Su concepción se basa en la idea de que los particulares, con su iniciativa y sus recursos, pueden cumplir los

¹³ Durante el periodo de 1813 a 1870, muchas fueron las vicisitudes de los Ayuntamientos ante la resistencia eclesiástica a todo intento secularizador en la municipalización de las necrópolis, todo lo que condicionó la evolución del municipalismo funerario hasta las modernas medidas liberalizadoras, los nuevos intentos de reglamentación estatal y la incidencia de la Ley de la Memoria Histórica. Tolivar Alas, Leopoldo, Ayuntamientos, Registro Civil y Municipalismo Funerario, Madrid, Justel, 2008, pp. 115-190.

¹⁴ Rodríguez Blanco, Miguel, *op. cit.*, pp. 103-108; Tolivar Alas, Leopoldo, *Dogma y realidad en el derecho mortuario español*, Madrid, Instituto Nacional de la Administración Pública, 1983, pp. 168-171.

¹⁵ Ballesteros Moffa, Luis Ángel, Los principios de irretroactividad y confianza legítima en el derecho funerario: el régimen transitorio de los derechos de sepultura en la jurisprudencia, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, número 129, 2006, pp. 173-197.

¹⁶ Bertrand, Russell, Que de vertus... Les épitaphes édifiantes des débuts du XIX e siècle, Bertrand Russell, Anne C. y Jean-Noël P., *Les narrations de la mort*, Aix-en-Provence, Publications de l'Université de Provence, 2005, pp. 241-255.

¹⁷ Bertrand, Russell, *op. cit.*

cometidos públicos de mejor manera que las autoridades administrativas. Así, las sepulturas se conceden por particulares, dentro del régimen privado de administración de cementerios.¹⁸

Las influencias europeas encontraron asidero en América con similar proyección. En Estados Unidos de América, durante la segunda mitad del siglo XIX, el estado de Nueva York fue uno de los lugares mejor y más extensamente codificado. Como resultado, el Código Político de 1860¹⁹ constituyó un manual de derecho público administrativo que especificó el desenvolvimiento del Estado. A partir de su artículo 1106, ofreció una clara ordenación de los cementerios. De acuerdo con sus posturas, la adquisición de los cementerios debía realizarse a nombre del pueblo, siendo inenajenables, salvo resolución de autoridad comunal.²⁰

Más controversial ha sido el tratamiento de los sepulcros en Argentina. Importantes autores como Barraquero sostuvieron que el sepulcro constituye un bien de naturaleza civil. Para ello, se fundamentaron en el decreto argentino del 3 de septiembre de 1823, en el que se enunciaron términos como *venta* y *compra* de sepulturas. Ello significó que se trataba de bienes privados, criterio que también siguió la Ley Orgánica de la Municipalidad de Buenos Aires, No. 1260. En efecto, estos términos, en unión a otros como *propiedad de las sepulturas*, *venta de nichos*, *panteones particulares* y *comprador de terreno para sepulcro*, se emplearon con otras expresiones que se contradecían entre sí.²¹

De la regulación administrativa de los camposantos modernos a partir del siglo XVIII se evidencia que, a pesar de ser doctrina aceptada su sometimiento al servicio público,²² los derechos que sobre sus bienes se

¹⁸ Ibler, M., Los nuevos retos y tendencias del Derecho administrativo en Alemania, *Revista IUSTA*, Bogotá, número 45, 2016, pp. 165-182.

¹⁹ New York Field Codes Series, volume v, State of New York, The Lawbook Exchange, Ltd.- Clark, New Jersey-Biblio.com [consulta: 2 de noviembre de 2018]. Disponible en: https://www.biblio.com/bookstore/the-lawbook-exchangeldclark&usg=AOvVaw0T64rKbVlfZY7l_NMsAXH.

²⁰ Miguens, A. M., Se pulcro, *XXXII Jornada Notarial Argentina*, Buenos Aires, 24-26 de agosto de 2016.

²¹ Barraquero, Carette, Attwell, Ocantos, Requena, *Diccionario de Legislación Nacional y Provincial*, tomo II, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1912, pp. 295, 298 y 300.

²² Fernández Ruiz, Jorge, *Servicios públicos municipales*, México, Instituto Nacional de Administración Pública, 2002, pp.258-266.

constituyeron no siempre guardaron esta misma esencia. Ello provocó su aprovechamiento individual desentendido de la unidad inmobiliaria. Precisamente, la sepultura deviene en la expresión concreta y materializada del derecho de uso público emergente, asentado sobre la dependencia demanial que resulta el cementerio.²³

3. LOS CEMENTERIOS PÚBLICOS COMO SUJETOS DE DERECHOS. SU NATURALEZA JURÍDICA, ¿PÚBLICA O PRIVADA?

A partir de la secularización de los cementerios públicos, comenzó una seria confrontación doctrinal en cuanto a su condición jurídica. Al efecto, se distinguen tres grupos que defienden posiciones doctrinarias opuestas. El primero les atribuyó carácter de bienes privados del Estado,²⁴ el segundo los consideró bienes integrantes del dominio público²⁵ y el último planteó una teoría ecléctica en la que los cementerios sólo en parte son bienes del dominio público, pues sus nichos y sepulcros constituyen bienes privados del municipio y los concesionarios.²⁶

²³ Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, tomo v, Buenos Aires, Depalma, 1960, pp. 252-271.

²⁴ Batbie, A. P., *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, tome 5, Paris, L. Larose et Forcel Libraires-Éditeurs, 1888, p. 319; Ducrocq, Th., *Cours de droit administratif*, tome 6, número 2305, Paris, Ancienne Librairie Thorin et Fils. A. Fontemoings Éditeurs, 1900, pp. 270-272; Journè, Maurice, *Précis de droit administratif*, Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1925, p. 329; Guicciardi, Enrico, *Il Demanio*, Milano, CEDAM, 1934, pp. 153-154.

²⁵ Proudhon, Pierre-Joseph, *Traité du domaine public, ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, tome premier, Dijon, Ed. Chez Victor Lagier, Libraire-Éditeur, 1833, pp. 460-462; Mayer, Otto, *El derecho administrativo alemán*, tomo III, Buenos Aires, Depalma, 1950, pp. 121-122 y 236; Hauriou, Maurice, *Précis de droit administratif*, Paris, Ed. Recueil Sirey, 1927, p. 826; Fernández de Velasco, Recaredo, Naturaleza jurídica de cementerios y sepulturas: historia y problemas jurídicos, *Revista de Derecho Privado*, 1935, pp. 203-205; De Laubadère, André, Les concessions dans les cimetières, *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, Paris, Dalloz, 1936, pp. 612- 620; Jansse, Lucien, *Les traits principaux du régime des biens du domaine public*, Paris, Dalloz, 1938, pp. 125-126.

²⁶ Salvat, Raymundo, *Tratado de derecho civil argentino (derechos reales)*, tomo 1, número 1436, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1923, p. 751; Pérez Gálvez, Juan Francisco, *El sistema funerario en el derecho español*, Pamplona, Aranzadi, 1997, pp. 335-348.

El fundamento privado de los cementerios se sustentó en que, al resultar estas fuentes de recursos para las comunas, pueden otorgarse concesiones onerosas que permitan al Estado recibir un beneficio económico. Tal análisis partió de la existencia de cementerios privados sobre los que se ejerce la afectación al servicio de inhumaciones y el poder de policía, por lo que estas potestades no resultan incompatibles con la propiedad privada.²⁷

Para Guicciardi, el carácter privado de los cementerios se debió a que la actividad del Estado respecto a los cementerios no es exclusiva de él, pues también existen cementerios particulares. Pero como la exclusividad de las respectivas funciones del Estado es uno de los requisitos que deben concurrir para que la cosa pueda considerarse demanial, debe negarse esta condición a los cementerios. Por su parte, Barraquero le atribuyó este carácter, basado en las leyes dictadas al respecto, que disponían la venta de las parcelas para construir sepulcros, al considerarlas una desafectación del respectivo bien público.²⁸

En los aspectos referidos, debe valorarse que los bienes demaniales no requieren necesariamente la improductividad o que las concesiones de uso sean gratuitas. Además, en el caso de los cementerios privados, no puede hablarse de dominio público al no concurrir uno de sus elementos indispensables: el elemento subjetivo. A ello se suma que la condición del cementerio ha de encontrarse en sí mismo. No es público o privado porque pertenezca o uno u otro sujeto, pues la realidad jurídica positiva no distingue, refiriendo simplemente cementerio. Por eso, el poder de policía se manifiesta sobre toda clase de actividades, ya sean públicas o privadas.²⁹

La teoría ecléctica, que hizo distinción entre el régimen de dominio público sobre el cementerio y de dominio privado sobre los sepulcros, dio lugar a un considerable número de corrientes doctrinales que intentaron justificar su naturaleza jurídica. Algunos autores pretendieron resolver esta cuestión sosteniendo que los sepulcros constituyen una propiedad

²⁷ Ducrocq, Th., *op. cit.*, p. 271; Batbie, A. P., *op. cit.*, p. 319.

²⁸ Barraquero, referenciado en Marienhoff, Miguel S., *op. cit.*, pp. 255-256.

²⁹ Villegas Basavilbaso, Benjamín, *Derecho administrativo*, tomo IV, Instituciones fundamentales (segunda parte) Dominio público, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1952, p. 403.

sui generis,³⁰ criterio que siguieron algunos tribunales. Otros expositores consideraron al derecho de sepulcro como un contrato innominado celebrado entre el Estado y el particular. Por último, se suma la opinión que igualó al sepulcro con un bien de derecho civil,³¹ estableciendo una propiedad común sobre el sepulcro.³²

Se impone entonces la doctrina del dominio público. El cementerio, como parte del dominio público,³³ aparte de consentir su uso —común o especial— por los administrados, presta el servicio público de inhumaciones. Sobre la base de un bien demanial, cuyo uso tienen los administrados, existe, además, prestación de un servicio público.³⁴ Este servicio mortuario o funerario ha estado tradicionalmente a cargo de las entidades locales, al entenderse que, por su prestación continua, es el municipio quien ostenta también la responsabilidad y, en su caso, titularidad sobre el resto de servicios prestado ante el fallecimiento. Por tanto, es el cementerio un servicio público, en tanto que la sepultura se traduce en el uso de ese servicio.³⁵

4. LÍMITES Y CONTENIDO DE LOS DERECHOS RECONOCIDOS EN LOS CEMENTERIOS PÚBLICOS. OTROS DERECHOS EN COLISIÓN

La esencia demanial de los cementerios públicos atribuye igual naturaleza jurídica a las sepulturas incorporadas a ellos. Tal situación pondera un servicio público destinado a su uso privativo, que deviene en el acto jurídico en cuyo mérito los particulares pueden adquirir derechos. Así, se garantiza que la sepultura sea únicamente utilizada de acuerdo

³⁰ Esta doctrina plantea la diferenciación entre el derecho de acceso al servicio (cementerio) y el uso privativo sobre el bien de dominio público (sepultura), por lo que la naturaleza de las sepulturas privadas en los cementerios municipales no consisten en derechos reales administrativos, sino en una propiedad *sui generis*. Salvat, Raymundo, *op. cit.*, p.751; Pérez Gálvez, Juan Francisco, *op. cit.*, pp. 335-348.

³¹ Igual criterio sigue la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina. Citada en Marienhoff, Miguel S., *op. cit.*, p. 260.

³² Bielsa, Rafael, *Derecho administrativo*, tomo III, 5ta edición, Buenos Aires, Depalma, 1956, p. 444.

³³ Ochoa Monzó, Josep, *La actualización del derecho mortuario y la liberalización de los servicios funerarios*, Barcelona, Universidad de Alicante-Planet Press, 1998, pp. 138-158.

³⁴ Fernández de Velasco, Recaredo, *op. cit.*, p. 248.

³⁵ Ochoa Monzó, Josep, *op. cit.*, p. 29.

con su fin, por personas con facultad para ello. Su materialización se lleva a cabo a través de los medios que al efecto establezca o reconozca la normativa vigente en el lugar.³⁶ En tal sentido pueden ser el permiso de uso³⁷ aplicado por la Administración para que los usuarios aprovechen y usen los cementerios; y la concesión de uso,³⁸ para actividades de importancia jurídica-económica-social.³⁹

Cabe entonces delimitar los tipos de sepulturas en los que serán utilizados uno u otro medio de uso. Por un lado, el uso de fosas u osarios comunes y nichos será autorizado a través de un permiso. En cambio, el uso de la tierra como sepultura y sepulcros, entendidos como bóvedas, panteones, mausoleos, será autorizado mediante un acto concesional. En este entorno, baste significar que la concesión, a diferencia del permiso, no es el otorgamiento de un derecho precario. Al contrario, se otorga un verdadero derecho subjetivo para su concesionario, conformándose como un derecho real administrativo.⁴⁰

El derecho de los permisionarios se enmarca en uso exclusivo y excluyente. Ello conlleva a que desde el momento de su otorgamiento, para la custodia, guarda y depósito de cadáveres, se excluye cualquier otro fin para el cual pudiera destinarse. No obstante, bajo la nota de precariedad, la Administración se reserva el derecho de establecer un término de duración y extinguirlo unilateralmente. Esta situación justifica que, para la utilización de fosas comunes y nichos, es la Administración quien asume su edificación y emplazamiento. Por tanto, a pesar de que su uso pueda disponerse de forma gratuita u onerosa, este derecho no genera la posibilidad de transmisión a terceros.⁴¹

³⁶ Fernández de Velasco es claro cuando reconoce los usos privativos temporales y a perpetuidad como medios de expresión de derechos sobre sepulturas, criterio al que se afilia la investigación. Fernández de Velasco, Recaredo, *op. cit.*, pp. 210-211.

³⁷ Garrido Falla, Fernando, *Tratado de derecho administrativo*, volumen II (parte general: conclusión), 7a edición, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 471.

³⁸ Matilla Correa, Andry, *Fundamentos del régimen jurídico de las concesiones administrativas. Una visión cubana*, tesis en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad de La Habana, 2005, p. 36.

³⁹ Fernández de Velasco, Recaredo, *op. cit.*, p. 162.

⁴⁰ Mayer, Otto, *op. cit.*, p. 248; González Pérez, Jesús, *Los derechos reales administrativos*, Madrid, Civitas, 1975, p. 106.

⁴¹ Fernández de Velasco, Recaredo, *op. cit.*, p. 210.

Por otro lado, el derecho de los concesionarios implica, además del descrito uso exclusivo y excluyente, la atribución de levantar la construcción o monumento funerario. Esta facultad deviene en un derecho inherente al uso mismo de la concesión. En estos casos, debe conllevar la posibilidad de construir los elementos indispensables para la consecución del fin para el cual se otorgó; además, genera la posibilidad de su transmisión a terceros por acto *inter vivos* o *mortis causa*. Esta transmisión se puede ejecutar siempre que la concesión no lo prohíba y se respeten sus condiciones, o esté permitido según los reglamentos municipales. Pueden constituirse a título gratuito u oneroso; cuando se pacta algún precio, éste será un simple canon, que no debe confundirse con impuesto o tasa.⁴²

Otra cuestión que resalta es el otorgamiento de concesiones temporales o perpetuas; al respecto, existen dos corrientes, que si bien coinciden en la temporalidad de las concesiones, sus opiniones se bifurcan en cuanto a su perpetuidad.⁴³ El primer grupo plantea que la perpetuidad del derecho de uso equivale a una enajenación de la cosa respectiva, chocando con el carácter de los bienes públicos.⁴⁴ La existencia de un plazo cierto prorrogable, a decir de Parada,⁴⁵ constituye un requisito estructural de la concesión, que asegura la continuidad de la prestación del servicio y garantiza los derechos del concesionario.

Los seguidores de esta corriente se basan en la significación del plazo para el cumplimiento y extinción de la concesión, que puede concretarse con el señalamiento de un límite temporal de ejercicio de los derechos

⁴² Marienhoff, Miguel S., *op. cit.*, pp. 187-189.

⁴³ Existe una corriente doctrinaria que excluye a las sepulturas del régimen concesional. En ella se enfatiza que la concepción de la sepultura se resuelve con el servicio público. Por lo tanto, al considerarla como un servicio, su naturaleza de cosa sagrada no le permite ser objeto de contrato ni de legado, ni susceptible de prescripción, embargo o hipoteca. Entonces, su otorgamiento constituye una prestación singular de un servicio público que se identifica con la utilización excluyente del bien. Zanobini, Guido, *Curso de derecho administrativo*, volumen I, parte general, Buenos Aires, Ayadú, 1954, p. 106; Alessi, Renato, *Instituciones de derecho administrativo*, tomo II, Barcelona, Bosch, 1970, p. 411. Al alejarse de la concepción de uso privativo, a este criterio no se acoge el presente artículo.

⁴⁴ Opinión sostenida por Dalmacio Vélez Sarsfield, seguida por varios escritores patrios. Marienhoff, Miguel S., *op. cit.*, p. 184.

⁴⁵ Parada Vázquez, José Ramón, *Derecho administrativo*, tomo I, parte general, 15a edición, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 347.

y facultades que la concesión otorga al concesionario. Su término es no sólo cierto, sino fijo o determinado (*dies certus an et quando*). Así mismo, en el aspecto jurídico constituye una garantía del respeto de la Administración hacia el ejercicio de esos derechos y facultades.⁴⁶

Visto así, la temporalidad deviene en principio estructural en la relación concesional; sin embargo, encuentra una excepción ante la posibilidad de constituirse sin un plazo o término fijado.⁴⁷ En tales casos, se configuran las concepciones perpetuas de sepulturas, acogidas por el segundo grupo de tratadistas, que reconocen la validez jurídica de la perpetuidad en las concesiones de uso.⁴⁸

La concesión de uso otorgada a perpetuidad es compatible con el régimen del dominio público. Esta aseveración se sustenta en que tal condición provee la seguridad jurídica que garantiza el bienestar y tranquilidad individuales. Al resultar constitutivas de un derecho de uso acorde a su destino, no son traslativas de dominio. Su situación jurídica se equipara al tratamiento de las concesiones temporarias susceptibles a renovaciones sucesivas. Además, a pesar de su condición, el Estado puede imponer sobre ellas las modificaciones que se deriven de nuevas necesidades sociales. Por último, la perpetuidad no impide la revocación de la concesión, cuando razones de interés público así lo requieran.⁴⁹

Desde estas opiniones debe entenderse que, en el régimen concesional de las sepulturas, la renovación tutela la voluntad de los familiares, de hacer reposar los restos de sus seres queridos en un determinado lugar. Con ella se garantizaría, a su vez, la transmisibilidad del derecho funerario y el uso privativo de construcciones como panteones y mausoleos.⁵⁰ Para el cementerio, como bien de dominio público, la renovación de una concesión, una vez expirado el plazo de duración, contribuye al cumpli-

⁴⁶ Villar Palasí, José Luis, *Concesiones administrativas*, tomo IV, Barcelona, NEJ Seix, 1952, p. 756; Albi, Fernando, *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*, Madrid, Aguilar, 1960, p. 650; López Pellicer, José A. y Sánchez Díaz, José L., *La concesión administrativa en la esfera local. Servicios, obras y dominio público*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1976, pp.189-191.

⁴⁷ Matilla Correa, Andry, *op. cit.*, p. 125.

⁴⁸ Arbus, Pacelli, Bibiloni, Lafaille. Así lo refiere Fernández de Velasco, Recaredo, *op. cit.*, pp. 243-244.

⁴⁹ *Ibid*, pp. 243-244.

⁵⁰ Tolívar Alas, Leopoldo, *op. cit.*, pp. 1745-1748.

miento de su finalidad concreta. Ésta debe tener lugar siempre que no existieran razones objetivas de interés público que lo impidan, en cuyo caso concreto la Administración tendría que acreditar.⁵¹

Así, la posesión desarrollada tanto por los permisionarios como por los concesionarios no puede ser civil, al carecerse de la intensión de apropiarse de la cosa. Tampoco puede poseerse en otro concepto que en el de tenedor que la conserva o disfruta, por encontrarse el dominio en otra persona.⁵² No obstante, se les reconoce el derecho a promover acciones posesorias contra terceros, respecto al uso de la cosa objeto del permiso o concesión. Ello se debe a que tales permisionarios y concesionarios, en relación con terceros, poseen la *quasi possessio iuris* del bien.

En el contenido de ambos medios de uso privativo se enmarcan las servidumbres administrativas que en su utilización se dispongan. Sólo se requiere para su imposición que sean compatibles con el fin que motiva la afectación de la cosa. De igual forma, se ejercen las potestades administrativas que protegen el pleno dominio de la Administración concedente, en armónica relación de intereses públicos y privados.

5. CONCLUSIONES

De manera general, la existencia de cementerios y lugares enterramientos data de la antigüedad. Durante el cristianismo, los romanos variaron las costumbres funerarias al utilizar fosas comunes llamadas catacumbas. La expansión del cristianismo en la Edad Media resultó en la construcción de iglesias y, alrededor de ellas, cementerios. En estos fue sepultada la gente común, mientras que el clérigo y la nobleza se ubicaban en el interior de las iglesias. A partir del siglo XVIII esta costumbre medieval fue criticada por los malos olores que originaron focos de enfermedades y la saturación de estos espacios. Así, a finales del siglo XVIII se establecieron los cementerios extraurbanos modernos.

Los cementerios antiguos se mantuvieron bajo un manto religioso y mágico; concebidos como *cosa fuera del comercio*, sobre ellos no podían constituirse derechos privados. Sin embargo, la época medieval concibió

⁵¹ Rodríguez Blanco, Miguel, *op. cit.*, p. 109.

⁵² Fernández de Velasco, Recaredo, *op. cit.*, pp. 211-212.

el otorgamiento de derechos de propiedad a perpetuidad sobre espacios de enterramiento. El siglo xx trajo consigo fuertes corrientes doctrinales española, francesa, alemana e italiana, que enmarcaban a los cementerios y sepulturas en el ámbito público o privado del derecho. Estas influencias impactaron en América concibiéndose de manera similar a la doctrina europea. No obstante, cada cultura ha aplicado sus propios rituales funerarios y sus formas específicas de concebir los enterramientos.

Mucho se ha debatido sobre la naturaleza jurídica de los cementerios, pero ha sido la doctrina del dominio público la que ha primado en la concepción normativa de los cementerios. Es por ello que, aunque subsisten doctrinas que enmarcan a los derechos sobre sepulturas dentro de la propiedad, se ha impuesto el régimen demanial, cuyos medios de uso privativo resultan el permiso de uso y la concesión de uso (temporal o perpetua). En ambos medios se enmarcan tanto servidumbres administrativas como las potestades administrativas protectores del dominio administrativo, moldeando así la amplitud y contenido de estos derechos.

6. REFERENCIAS

- Albi, Fernando, *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*, Madrid, Aguilar, 1960.
- Alessi, Renato, *Instituciones de derecho administrativo*, tomo II, Barcelona, Bosch, 1970.
- Alessi, Renato, *Sistema istituzionale di diritto amministrativo*, Milano, Dott. A Giuffrè-Editore, 1960.
- Ariés, Philip, *El hombre ante la muerte*, Madrid, Taurus, 1984.
- Ballesteros Moffa, Luis Ángel, Los principios de irretroactividad y confianza legítima en el derecho funerario: el régimen transitorio de los derechos de sepultura en la jurisprudencia, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 129, 2006, pp. 173-197.
- Barraquero, Carette, Attwell, Ocantos, Requena, *Diccionario de Legislación Nacional y Provincial*, tomo II, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1912.
- Batbie, A. P., *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, tome 5, Paris, L. Larose et Forcel Libraires-Editeurs, 1888.

- Bertrand, Russell, Estudio de los cementerios franceses contemporáneos. Los problemas de método, en *Revista Trace*, número 58, diciembre 2010, pp. 71-81.
- , Que de vertus.... Les épitaphes édifiantes des débuts du XIX e siècle, en Bertrand Russell, Anne, C. y Jean-Noël, P. *Les narrations de la mort*, Aix-en-Provence, Publications de l'Université de Provence, 2005, pp. 241-255.
- Bielsa, Rafael, *Derecho administrativo*, tomo III, 5ta edición, Buenos Aires, Depalma, 1956.
- Bullrich, Rodolfo, *Curso de derecho administrativo*, tomo II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1932.
- Cabarrou, N., Cementerios parque: un espacio para la ilusión, en *Revista de Arquitectura SCA*, número 194, 1999, pp. 66-73.
- Caetano, Marcello, *Manual de direito administrativo*, tomo I, Rio de Janeiro, Companhia Editora Forense, 1970.
- De Laubadère, André, Les concessions dans les cimetières, en *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, Paris, Dalloz, 1936, pp. 612- 620.
- Ducrocq, Th., *Cours de Droit Administratif*, tome 6, número 2305, Paris, Ancienne Librairie Thorin et Fils. A. Fontemoings Éditeurs, 1900.
- Escovar, A., Vida, resurrección y muerte en la arquitectura funeraria, *Las ciudades y los muertos. Cementerios de América Latina*, 2009 [consulta: 24 de abril de 2016]. Disponible en: <http://www.museodebogota.gov.co/descargas/publicaciones/pdf/Vida.pdf>.
- Fernández de Velasco, Recaredo, *Naturaleza jurídica de cementerios y sepulturas: historia y problemas jurídicos*, *Revista de Derecho Privado*, 1935.
- Fernández Ruiz, Jorge, *Servicios públicos municipales*, México, Instituto Nacional de Administración Pública, 2002.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández, T. R., *Curso de derecho administrativo*, tomo I, octava edición, Madrid, Civitas, 1997.
- Garrido Falla, Fernando, *Tratado de derecho administrativo*, volumen II (parte general: conclusión), 7ma edición, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.
- Giannini, Massimo Severo, *Derecho administrativo*, trad. Luis Ortega, volumen 1, Madrid, Ministerio de las Administraciones Públicas, 1991.
- González Pérez, Jesús, *Los derechos reales administrativos*, Madrid, Civitas, 1975.

- González, A., *El cementerio español de los siglos XVIII y XIX*, España, Archivo Español de Arte, número 171, 1970.
- Guicciardi, Enrico, *Il Demanio*, Milano, CEDAM, 1934.
- Hauriou, Maurice, *Précis de droit administratif*, Paris, Recueil Sirey, 1927.
- Ibler, M., Los nuevos retos y tendencias del derecho administrativo en Alemania, en *Revista IUSTA*, número 45, 2016, pp. 165-182.
- Jansse, Lucien, *Les traits principaux du régime des biens du domaine public*, Paris, Dalloz, 1938.
- Journè, Maurice, *Précis de droit administratif*, Paris, Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1925.
- Keith-Lucas, B. y Richards, P. G., *Historia del régimen local inglés en el siglo XX*. Colección Administración y Ciudadano, trad. Joaquín Hernández, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1980.
- Lafaille, Héctor, *Tratado de los derechos reales*, tomo II, número 1016, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1944.
- López Pellicer, José A. y Sánchez Díaz, José L., *La concesión administrativa en la esfera local. Servicios, obras y dominio público*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1976.
- Marienhoff, Miguel S., Noción de dominio público. Clasificación. Afectación y desafectación. Elementos que integran la noción de dominialidad. Régimen y caracteres jurídicos. Tutela o protección. Uso del dominio público. Permiso. Concesión. Uso adquirido por prescripción, *Tratado de derecho administrativo*, tomo V, Buenos Aires, Depalma, 1960.
- Matilla Correa, Andry, *Fundamentos del régimen jurídico de las concesiones administrativas. Una visión cubana*, tesis en opción al grado científico de Doctor en Ciencias Jurídicas. Universidad de La Habana, 2005.
- Mayer, Otto, *El derecho administrativo alemán*, tomo III, Buenos Aires, Depalma, 1950.
- Miguens, Alberto M., Se pulcro, XXXII Jornada Notarial Argentina, Buenos Aires, 24-26 de agosto de 2016.
- Monacelli, Gualterio, *Elementos de derecho administrativo y legislación fiscal y aduanera*, 9a edición, Buenos Aires, El Ateneo, 1961.
- New York Field Codes Series*, volume V, State of New York, The Lawbook Exchange, Ltd.- Clark, New Jersey-Biblio.com [consulta: 2 de noviembre de

- 2018]. Disponible en: https://www.biblio.com/bookstore/the-lawbook-exchange-ltd-clark&usg=AOvVaw0T64rK bVlf-ZY7l_NMsAXH.
- Ochoa Monzó, Josep, *La actualización del derecho mortuario y la liberalización de los servicios funerarios*, Barcelona, Universidad de Alicante-Planet Press, 1998.
- Ortega García, Erick, *El derecho a la sepultura y su contextualización normativa en el ordenamiento jurídico cubano*, tesis presentada en opción al grado académico de Máster en Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad de Oriente, Cuba, 2016.
- Parada Vázquez, José Ramón, *Derecho administrativo*, tomo I, parte general, 15a edición, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- Pérez Gálvez, Juan Francisco, *El sistema funerario en el derecho español*, Pamplona, Aranzadi, 1997.
- Proudhon, Pierre-Joseph, *Traité du domaine public, ou de la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, tome premier, Dijon, Chez Victor Lagier, Libraire-Éditeur, 1833.
- Rodríguez Blanco, Miguel, *Régimen jurídico de cementerios y sepulturas*, Granada, Comares, 2015.
- Rolland, Louis, *Précis de droit administratif*, 7ème édition, Paris, Dalloz, 1938.
- Salvat, Raymundo, *Tratado de derecho civil argentino (derechos reales)*, tomo 1, número 1436, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1923.
- Tolivar Alas, Leopoldo, Los servicios mortuarios locales: cementerios y servicios funerarios, en Muñoz Machado, Santiago (dir.), *Tratado de derecho municipal*, volumen II, 2a edición, Madrid, Civitas, 2003, pp. 1745-1748.
- , Los servicios funerarios y mortuarios, en Cano Campos, Tomás (dir.) *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo*, 7, 2009.
- , *Ayuntamientos, registro civil y municipalismo funerario*, Madrid, Iustel, 2008.
- , *Dogma y realidad en el derecho mortuario español*, Madrid, Instituto Nacional de la Administración Pública, 1983.
- Villar Palasí, José Luis, *Concesiones administrativas*, tomo IV, Barcelona, NEJ Seix, 1952.

Villegas Basavilbaso, Benjamín, *Derecho administrativo, tomo IV, Instituciones fundamentales (segunda parte) – Dominio público*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1952.

Waline, Marcel, *Élémentaire de droit administratif*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1936.

Zanobini, Guido, *Curso de derecho administrativo*, volumen I, parte general, Buenos Aires, Ayadú, 1954.