PAULA DOMÍNGUEZ TRISTÁN

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA NOCIÓN DE *INTESTABILIS*

I. *Improbus intestabilisque* en las fuentes

En el título 10 -*De testamentis ordinandis*- del libro 2 de las Instituciones de Justiniano, se contemplan una serie de cuestiones relativas a las formalidades para hacer testamento y, entre ellas, la necesidad de testigos.

En esta línea, en I. 2, 10, 6, tras afirmarse con carácter general que pueden presentarse como testigos -*Testes autem adhiberi possunt ii*- aquéllos *cum quibus testamenti factio est*[1], se exceptúan una serie de personas que no pueden ser admitidas como testigos -*nec...possunt in numero testium adhiberi*- así: la mujer -*sed neque mulier*-[2]; el impúbero -*neque impubes*-[3]; el esclavo -*neque servus*-[4]; el mudo -*neque mutus*-[5]; el sordo -*neque surdus*-[6]; el loco -*neque furiosus*-[7]; aquél *cui bonis interdictum est* -el pródigo sobre cuyos bienes se ha decretado la interdicción-[8]; y aquél "al que las leyes declaran que es ímprobo e incapaz de testar" -*nec is, quem leges iubent* ***improbum intestabilemque esse...***-[9].

---

1 Con dichas palabras se alude a la denominada, por los intérpretes, *testamenti factio* pasiva. Otras expresiones que pueden encontrarse en las fuentes para designar la posibilidad de suceder por testamento son, *ad exemplum*, *testamenti factionem cum testatore habere*; *est cum eo testamenti factio*....

2 = D. 28, 1, 20, 6 *Ulp. 1 ad Sab.* y *Ulp. Ep.* 20, 7.

3 = *Ulp. Ep.* 20, 7.

4 = D. 28, 1, 20, 7 *Ulp. 1 ad Sab.* y *Ulp. Ep.* 20, 7.

5 = *Ulp. Ep.* 20, 7.

6 = *Ulp. Ep.* 20, 7.

7 = D. 28, 1, 20, 4 *Ulp. 1 ad Sab.* y *Ulp. Ep.* 20, 7.

8 = D. 28, 1, 18 pr. *Ulp. 1 ad Sab.*

9 En la misma línea que esta traducción de GARCÍA DEL CORRAL, Ismael CALVO MADROÑO, en *Instituciones del emperador Justiniano*, 3ª ed., Madrid,

https://doi.org/10.55104/FRDC_0709

Siendo conscientes, como manifiesta BIONDI, que las incapacidades para ser testigo son numerosas y distinto el fundamento de cada una de ellas[10]; centraremos nuestra atención en la parte final del fragmento en la que se afirma -como hemos visto- que tampoco puede ser admitido como testigo "aquél al que las leyes declaran que es *improbum intestabilemque*".

La calificación *improbus intestabilisque* utilizada en I. 2, 10, 6, salvo en la ley de las XII Tablas, no vuelve a aparecer en fuente jurídica alguna. De manera que debemos remontarnos a aquéllas para encontrar en la Tab. 8, 22 otra referencia al "*improbus intestabilisque*":

Qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimonium fatiatur, improbus intestabilisque esto[11].

Como observa CAMACHO DE LOS RÍOS en este párrafo se describe la situación del que habiendo asistido como testigo o *libripens* a un acto propio del *ius civile* -un negocio *per aes et libram* (*mancipatio*, la antigua modalidad del testamento *per aes et libram*, el *nexum*, la *solutio per aes et libram*)- después se niega a dar testimonio del mismo; por esta causa la Tab. 8, 22 le castiga a este sujeto con la "intestabilidad"[12].

Cabe destacar que mientras VARELA[13] traduce la Tab. 8, 22 afirmando que "quien hubiera sido testigo o hubiese sostenido la balanza (en un negocio mancipatorio) y no quisiera prestar testimonio, sea declarado incapaz para ser testigo e indigno de que se atestigüe por él -*improbus intestabilisque*-"; RASCÓN y GARCÍA aunque lo hacen en términos similares otorgan, sin embargo, un significado más amplio al término *intestabi-*

1915, p. 90, traduce la frase *quem leges iubent improbum intestabilimque esse* como "aquél a quien la ley declara infame e indigno para de testar". Sin embargo, Francisco HERNÁNDEZ TEJERO, en *Instituciones de Justiniano*, Madrid, 1961, p. 93, traduce dichas palabras, a nuestro entender y el de la doctrina en general de modo incorrecto, como "aquél a quien la ley declara incapaz de ser testigo, por indigno". Sobre el significado de "*intestabilis*" en dicho texto, *vid. infra*, pp. 7-8.

[10] Biondo BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación*, 2ª ed. revisada, trad. del italiano por M. Fairén, Barcelona, 1960, p. 62.

[11] Cfr. César RASCÓN y José Mª GARCÍA, *Ley de las XII Tablas*, 2ª ed., Madrid, 1996, p. 26; y Esteban VARELA, *Textos de Derecho romano*, Pamplona, 1998, p. 32.

[12] Fermín CAMACHO DE LOS RÍOS, *La infamia en el Derecho romano*, Alicante, 1997, p. 35. *Vid.* también, n. 30 de la pág. citada. Sobre los efectos derivados de tal calificación jurídica, *vid. infra*, p. 6, opinión de dicho autor.

[13] *Id.* n. 11.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0709

lis, pues lo traducen no sólo como "incapacitado para ser testigo" sino también para "testar"[14].

Tal y como reconoce la doctrina, del fragmento de las XII Tablas nos da noticias A. Gelio en *Noc. att.* 15, 13, 11:

"Confessi" autem "aeris", de quo facta confessio est, in XII tabulis scriptum est his verbis: "Aeris confessi rebusque 'iure' iudicatis XXX dies iusti sunto". Item ex isdem tabulis id quoque est: 'Qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimonium fariatur, ***inprobus intestabilisque esto'*** "[15].

---

[14] RASCÓN y GARCÍA, *Ley de las XII...*, cit., p. 27: "Quien fuera testigo o sostuviere la balanza en el rito mancipatorio y no otorgase el testimonio, sea deshonrado e incapacitado para ser testigo y testar".

Sobre el significado jurídico originario de las palabras *"improbus"* e *"intestabilis"*, *vid. infra*, pp. 4-7.

[15] Versión latina de P. K. MARSHALL, *A. Gelli, Noctes Atticae*, toms. XI-XX, Oxonii, 1968, p. 460. Según la traducción francesa de CHAUMONT, FLAMBERT y BUISSON (*Oeuvres completes D'Aulu-Gelle*, 9ª ed. revisada, tom. II, Paris, p. 250, A. Gelio nos viene a decir que en el precepto relativo a las deudas reconocidas -confesadas-, se lee en las XII Tablas: cuando una deuda es reconocida y declarada por el magistrado, que 30 días sean acordados. Se lee también en las mismas tablas: "aquél que haya consentido ser testigo o haya sido portador de la balanza, si no dá testimonio que sea declarado infame, incapaz de testificar e indigno del testimonio de otro".

Sobre dicho fragmento, *vid.* VICENTI, *Duo genera sunt testium*, Padova, 1989, p. 9. Como manifiesta CAMACHO DE LOS RÍOS, en *La infamia...*, cit., Alicante, 1997, p. 105, n. 199, de la Tab. 8, 22 también nos da detalladas noticias A. Gelio en el pasaje 7, 7, 2. 3 de las *Noctes atticae*, pues en el mismo es utilizada la expresión *"inprobus intestabilisque"*:

"2. *et Taraciam quidem virginem Vestae fuisse lex Horatia testis est, quae super ea ad populum lata. qua lege ei plurimi honores fiunt, inter quos ius quoque testimonii dicendi tribuitur, testabilisque una omnium feminarum ut sit datur.*

3. *id verbum est legis ipsius Horatiae; contrarium est in duodecim tabulis scriptum: 'inprobus intestabilisque esto'* " (textos de Vicent FERRÍS, con la colaboración de M. Dolç, *Aulus Gel-li, Les nits Àtiques*, vol. III -libros VI-IX-, Bernat Metge, Barcelona, 1988, p. 76).

A. Gelio afirma que Terracia formaba parte de las vestales, como se ve en la ley Horacia dada en su favor ante el pueblo. Esta ley le concedió numerosas prerrogativas, entre ellas, un derecho negado a todas las demás mujeres romanas: el de prestar testimonio y de ser, como dice la ley Horacia, *testabilis* (2). A esta palabra -continúa el autor- se opone la de *intestabilis*, que se encuentra en la ley de las XII Tablas, en que se lee: que sea tenido por deshonrado -*improbus*- y no pueda ser testigo -*intestabilis*- (3).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0709

II. Sobre el significado de "*improbus*" y de "*intestabilis*"

Si partimos del significado o significados que de *improbus* nos suministra LEWIS, con apoyo en fuentes literarias; nos damos cuenta que, como afirma el autor, cuando se predica de las personas se refiere al pensamiento y carácter de las mismas[16]. En este sentido figurado, *improbus*, como constatan, entre otros, Plauto[17], Cicerón[18] y Horacio[19], adquiere el significado de persona malvada; inmoral; vil; infame; impía; injusta; deshonesta; sinvergüenza; descarada...[20]

Por lo que respecta a *intestabilis* LEWIS manifiesta que es el incapaz, por razón de conducta impropia, de ser testigo o de hacer testamento[21].

El significado jurídico originario de los términos "*improbus intestabilisque*" -Tab. 8, 22-, esto es, el concepto de *improbus intestabilis*, como destaca CAMACHO DE LOS RÍOS[22], ha sido motivo de discusión doctrinal. Ello nos lleva a exponer, a modo de síntesis, las diversas posturas mantenidas por la romanística sobre dicha cuestión.

Para MOMMSEN, *improbus* hacía referencia a la incapacidad para ser testigo e *intestabilis* a la imposibilidad de solicitar la presencia de testigos que autorizasen actos propios[23]. También WENGER identifica *improbus* con incapaz de ser testigo e *intestabilis* con incapaz de llamar a testigos[24].

---

16 Charlton LEWIS, *A latin Dictionary*, v. *improbus*, Oxford, 1987(reimpr. de 1ª ed., 1879), pp. 908-909, p. 908.

17 *Mil.* 3, 1, 137: *nequam et improbus.*

18 *Deiot.* 7, 1, 137: *illud vero improbi esse hominis et perfidiosi*; *De Or.* 1, 46, 202: *longe post natos homines improbissimus*; *Brut.* 62, 224: *cum in me tam improbus fuit*; *Att.* 9, 15, 5: *ab ingenio est improbus.*

19 *Sat.* 2, 5, 84: *cum eum, qui sit improbus, latronem dicimus.*

20 LEWIS, en *A latin...*, cit., p. 908, destaca como sinónimos de *improbus*: *malus*; *malignus*; *pravus*; *depravatus*; *nequam*. En el mismo sentido, cfr. A. WALDE-J. B. HOFMANN, *Lateinisches Etymologisches Wörterbuch*, v. *intestabilis*, vol. II, 5ª ed., Heidelberg, 1982, p. 366. Sobre el significado de *improbus* aplicado a cosa inanimadas e inertes, con mención de fuentes literarias, *vid.* LEWIS, *op.* cit., p. 909.

21 LEWIS, en *A latin...*, cit., p. 987, apoya este significado "literal" del término en D. 28, 1, 18, 1 *Ulp. 1 ad Sab.*

22 CAMACHO DE LOS RÍOS, *La infamia...*, cit., p. 37.

23 MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1889, trad. española por Dorado, Madrid, 1898, pp. 900 y ss. El autor manifiesta que la "intestabilidad", en un tiempo en que el negocio jurídico hacía necesaria regularmente una exhibición de testigos (cfr. *mancipatio*, testamento...), significaba hasta incapacidad de negociar.

24 Leopold WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, trad. de R. Orestano de la ed. alemana completamente revisada y ampliada por el autor,

https://doi.org/10.55104/FRDC_0709

DI SALVIO opina que en la expresión *improbus intestabilisque* sólo debe destacarse el valor de *intestabilis*, que viene a señalar la falta de capacidad para dar y favorecerse de un testimonio[25].

BIONDI sostiene que la declaración por la ley de *improbus intestabilisque* suponía, no sólo la incapacidad para ser presentado como testigo, sino también para presentarlos[26]; y como quiera que en el testamento participan siempre testigos, los que son declarados *intestabiles* por la ley -concluye- son también incapaces de disponer[27].

ARANGIO[28] observa que se suele reconducir al concepto de infamia[29], a su modo de ver, injustamente[30], la pena que en las XII Tablas es impuesta al que, habiendo hecho de testigo o de *libripens* en un negocio jurídico, en el momento de la eventual controversia se niega a atestigüar lo que se ha desarrollado en su presencia. La sanción -nos dice- es expresada con las palabras *improbus intestabilisque esto*; y en la misma se quiere ver, además de la incapacidad para ser testigo y para testar (*intestabilis*), también una exposición al público desprecio como hombre malvado (*improbus*). Coincidimos en que esta interpretación es probablemente erró-

---

Milano, 1938, p. 194, n. 30. La misma opinión es compartida por Pasquale VOCI, en *Diritto ereditario romano*, vol. I (Introduzione. Parte generale), 2ª ed. revisada, Milano, 1967, p. 392, n. 34, quien además manifiesta, de modo expreso, que el precepto de las XII Tablas fue necesariamente aplicado al *testamentum per aes et libram*.

25 DI SALVIO, *Istituzioni di Diritto romano* I, Milano, 1949, pp. 543 y ss.

26 En la misma línea, cfr. Fernand DE VISSCHER, *II. La curatelle et l'interdiction des prodigues, Études de Droit Romain*, Paris, 1931, pp. 23-107, p. 47 (=*Melanges de Droit Romain dédiés a George Cornil*, tom. III, Paris, 1926, pp. 539-611); y VARELA, *Textos de Derecho...*, cit. p. 32.

27 BIONDI, *Sucesión...*, cit., p. 92.

28 Vincenzo ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto romano*, 14ª ed. revisada, Napoli, 1974, p. 59.

29 CAMACHO DE LOS RÍOS, en *La infamia...*, cit., p. 34, manifiesta que es la ley de las XII Tablas -8, 22- una de las primeras fuentes jurídicas donde se encuentra una efectiva consideración jurídica de la falta de honor. En esta línea, WENGER, en *Istituzioni di procedura...*, cit., p. 194, ya afirmó que tan solo si alguien se hace utilizar como testigo en un negocio jurídico solemne, no puede negarse después a dar testimonio; de lo contrario es incapaz de testificar en un futuro, expuesto al público desprecio, infame.

30 MOMMSEN, *Römisches...*, cit., p. 900 y ss; y MANIGK, v. *intestabilis*, *PW* IX -2 (1916) cols. 1729-1730, col. 1729, fueron -entre otros- de la misma opinón. En el mismo sentido, cfr. también Juan IGLESIAS, *Derecho romano. Historia e instituciones*, 11ª ed. revisada, Barcelona, 1993 (1ª reimpr. de la 11ª ed., 1994), p. 137, n. 179.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0709

nea, ya que *improbus esto*, como sinónimo de "sea malvado", no puede ser una sanción jurídica. A juicio de ARANGIO, una glosa griega tardía[31] que expresa "*improbus intestabilisque*" con las palabras "ἀδόκιμος και ἀμάρζυρος" nos da la clave del enigma. En los documentos relativos a pagos hechos o a hacer la moneda toma el nombre de "*proba*", esto es, verificada, resistente a la prueba. Pero esta *probatio* "δοκιμαζία" se confunde, cuando la moneda no estaba todavía acuñada, con la pesada del "*aes rudes*" y era, por tanto, función propia del *libripens*. ARANGIO concluye, a nuestro entender con acierto, que ser *improbus*, quiere decir no poder "*probare*" más, esto es, ser excluído para ejercer la función de *libripens*[32], al igual que *intestabilis* expresa, en origen, el no poder hacer más de testigo[33].

CAMACHO DE LOS RÍOS si bien participa de la opinión de ARANGIO por lo que respecta al significado jurídico originario de la expresión *improbus intestabilisque*, sin embargo, y a diferencia del romanista italiano, incluye también entre los efectos derivados de tal calificación jurídica -*intestabilis*- la imposibilidad de solicitar la presencia de testigos en sus propios negocios, algo que en la práctica, y como afirma, aún más en la época que se trata, suponía una exclusión de facto de la capacidad de comerciar[34]. Autores anteriores, como es el caso de MOMMSEN[35] y MANIGK[36], ya destacaron -entre otros- esta última consideración.

---

31 Citada por MANIGK, en v. *intestabilis*..., cit., col. 1729.

32 A. ERNOUT-A. MEILLET, en *Dictionnaire étimologique de la langue latine*, 9ª ed. revisada, Paris, 1939, p. 812, aluden a este primer sentido originario de *improbus*.

33 Cfr. WALDE-HOFMANN, *Lateinisches*...v. *intestabilis*, cit., p. 676. En términos similares se expresa IGLESIAS, en *Derecho romano*..., cit., p. 137, n. 179, al afirmar que las palabras *improbus intestabilisque esto* se muestran originariamente en relación con la incapacidad para la prueba y para la testificación.: por un lado, "*improbus*" es el que no puede probar, esto es, el que no puede actuar como *libripens*, pues éste es el que verifica la *probatio*, que primeramente se identifica con la pesada del "*aes rude*" -de donde le viene el nombre- y depués con el examen de la moneda, que se llama "*proba*", es decir, buena, resistente a la prueba; y por otro, "*intestabilis*" es el que no puede dar testimonio.

34 CAMACHO DE LOS RÍOS, *La infamia*..., cit., pp. 35, 105 y 106. En p. 35, n. 31, manifiesta que la imposibilidad de solicitar la presencia de testigos alcanza no sólo a los negocios *per aes et libram*, sino a un amplio campo como la *confarreatio*, la redacción del testamento etc.

35 *Vid. supra*, n. 23.

36 MANIGK, v. *intestabilis*..., cit., col. 1729.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0709

En este sentido, aunque MANIGK opina que en relación al *intestabilis*, esto es, al incapaz de dar un válido testimonio, no se puede ofrecer una respuesta general sobre si la incapacidad se refirió a la celebración de actos solemnes o también a la posibilidad de ser testigo judicial, el romanista sostiene que, en cualquier caso, en el más antiguo Derecho romano el concepto de *intestabilis* ya se había extendido a la incapacidad para ser llamado como testigo solemne. El *intestabilis* era, por tanto, absolutamente incapaz para la eficaz ejecución de un acto jurídico ante testigos. La mácula de la "intestabilidad", segun lo dispuesto en las XII Tablas, provocaba que no pudiera intervenir en ninguna *mancipatio* ni *nexum*. MANIGK concluye que se disminuía la capacidad del *intestabilis* pero sin que la *intestabilitas* supusiera una *capitis deminutio*, ni tampoco que fuera acompañada de la nota de infamia[37].

Por último, MANFREDINI[38]afirma explícitamente que el "*intestabile, ab antiguo*", era alguien que no podía prestar testimonio ni recibirlo y que, por tanto, no podía hacer testamento[39].

Sin embargo, en I. 2, 10, 6, como observa BIONDI[40], la expresión *improbus imtestabilemque esse* ya no conserva su significado originario, pues el término *intestabilis* no se refiere en ese tiempo al testimonio, sino al que es declarado por la ley incapaz de testar[41]. A juicio de BIONDI[42], la ley califica de *intestabiles* a las personas que, teniendo la tradicional *testamen-*

---

[37] *Id.* n. anterior. El autor considera que la *intestabilitas* se manifestaba como una *deminutio existimationis* y que, por ello, "*improbus*" e "*intestabilis*", dos términos frecuentes, podían aparecer juntos: *improbus intestabilisque* (*vid.* I. 2, 10, 6 y fuentes literarias citadas por MANIGK).

[38] Arrigo D. MANFREDINI, *L'inuria nelle XII Tavole. Intestabilis ex lege (Cornelia de iniuriiis?)*, homenaje al prof. J. Luis Murga, Madrid, 1994, pp. 799-817, p. 815.

[39] RASCÓN Y GARCÍA, *Ley de las XII...*, cit. p. 27, como ya vimos, coinciden con MANFREDINI en que el *intestabilis* es el incapacitado para ser testigo y para testar. A nuestro entender, MANFREDINI no puede llegar a esta conclusión por lo que respecta al significado originario de *intestabilis* en las XII Tablas, apoyándose para ello en la lectura conjunta de dos textos del Digesto, así, D. 28, 1, 26 *Gai. 22 ad ed.* y D. 28, 1, 18, 1 *Ulp. 1 ad Sab.* (sobre dichos fragmentos, *vid. infra*, pp. 9-10).

[40] BIONDI, *Sucesión...*, cit., p. 93.

[41] *Vid. supra,* p. 1, n. 9. En la misma línea, cfr. entre otros, WENGER, *Istituzioni di procedura...*, cit., p. 194, n. 30; y Pietro BONFANTE, *Corso di Diritto romano*, vol. VI (*Le successioni. Parte generale*), Milano, 1974 (reimpr. 1930), p. 377.

[42] *Id.* n. 40.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0709

ti factio, se les ha quitado la facultad de disponer. Para MANIGK[43] es incorrecto emplear la expresión *intestabilis* como sinónimo de incapacidad testamentaria, pues la *testamenti factio* sólo aparece utilizada de forma singular, en relación a la *intestabilitas*, en D. 28, 1, 18, 1*Ulp. 1 ad Sab.* e I. 2, 10, 6. Cabe matizar en la línea de MANIGK que a quien le falta la *testamenti factio* activa no necesita ser, de forma general, *intestabilis*[44], en otras palabras, que si bien todo *intestabilis* es incapaz de testar, no todo incapaz de testar es necesariamente *intestabilis*.

No estamos de acuedo con la interpretación que de I. 2, 10, 6 lleva a cabo MANFREDINI, para el que *intestabilis* es aquí referido al *prodigus*. Para este autor la frase *leges iubent impobum intestabilemque esse* se conecta a aquél *cui bonis interdictum est* y, a su entender, la remisión es plausiblemente a la ley de las XII Tablas[45]. A nuestro modo de ver, el citado fragmento pone de manifiesto con las conjunciones *nec...nec is...* que "aquél *cui bonis interdictum est*" -el pródigo sobre cuyos bienes se ha decretado la interdicción- y "aquél al que las leyes declaran *improbum intestabilemque*"constituyen dos categorías de personas que no pueden ser testigos por razones diversas[46].

---

43 MANIGK, v. *intestabilis...*, cit., col. 1729.

44 *Id.* n. anterior.

45 MANFREDINI, *L'iniuria...*, cit., p. 814. *Vid.* en la misma pág. la argumentación esgrimida a favor de dicha tesis, con apoyo en *Ulp. Ep.* 20, 13; *id.* 12, 2; D. 27, 10, 1 pr. *Ulp. 1 ad Sab.* y D. 29, 2, 5, 1 *Ulp. 1 ad Sab.*

46 La razón por la que el *prodigus* no puede intervenir como testigo en un testamento, como afirmamos en nuestro trabajo "El *prodigus* y su condición jurídica en Derecho romano clásico" -en estos momentos en imprenta-, se halla en que, como se desprende de D. 28, 1, 18 pr. *Ulp. 1 ad Sab.*, a consecuencia de la interdicción pronunciada sobre sus bienes no puede otorgar testamento -*cum neque testamenti factionem habeat-* (*Is cui lege bonis interdictum est testamentum facere non potest et, si fecerit, ipso iure non valet: quod tamen interdictione vetustius habuerit testamentum, hoc valebit. merito ergo nec testis ad testamentum adhiberi poterit, cum neque testamenti factionem habeat*).

Del mismo modo, en I. 2, 10, 6 -como hemos visto- , tras afirmarse con carácter general que pueden presentarse como testigos aquéllos *cum quibus testamenti factio est* -la denominada por los intérpretes *testamenti factio* pasiva-, se exceptúan una serie de personas, entre ellas aquél *cui bonis interdictum est*, que no pueden admitirse como testigos.

A nuestro juicio, si bien como sostiene Adrien AUDIBERT, en *I. La folie et la prodigalité, Études sur l'histoire du droit romain*, Paris, 1892, pp. 232-234, D. 28, 1, 18 pr. *Ulp. 1 ad Sab.* no establece relación alguna de causa-efecto entre el decreto de

https://doi.org/10.55104/FRDC_0709

Puesto que el término *intestabilis* es utilizado, aunque en pocas ocasiones, en otros fragmentos jurídicos anteriores a las Instituciones de Justiniano, a continuación pasaremos a examinar los mismos con el objeto de precisar el significado jurídico de dicho término; lo que en última instancia permitirá haber esbozado -a grandes rasgos- la evolución experimentada, a la luz de las fuentes, por la noción de "*intestabilis*".

III. Textos jurídicos en que aparece el vocablo "*intestabilis*"

Los fragmentos de juristas en que es empleado el término *intestabilis* son, en concreto, D. 28, 1, 26 *Gai. 22 ad ed.*; D. 28, 1, 18, 1 *Ulp. 1 ad Sab.*; D. 47, 10, 5, 9 *Ulp. 56 ad ed.* y D. 22, 5, 21 pr. *Arc. Car. lib. sing. de test.* Dicha circunstancia pone de manifiesto -como reconoce la doctrina- que también los *iurisprudentes* clásicos y postclásicos conocieron las consecuencias jurídicas que comportaba la declaración de "*intestabilis*" respecto a la persona así calificada. Además, dicho término es también utilizado en C. *Th.*16, 5, 9 pr. y C. *Th.* 16, 5, 54 pr. Analicemos, por tanto, el significado de "*intestabilis*" en cada uno de los textos mencionados.

Gayo en D. 28, 1, 26 *22 ad ed.* alude al significado de *intestabilis* en los siguientes términos: cuando por la ley se manda que uno sea "*intestabilis*" -*Cum lege quis intestabilis iubetur esse*-, se refiere a que no se admita su testimonio -*eo pertinet, ne eius testimonium recipiatur*-, y además a que, como opinan algunos -*et eo amplius, ut quidam putant*-, tampoco a él se le preste testimonio -*neve ipsi dicatur testimonium*-.

Dicho texto creemos que permite afirmar que lo que no puede cuestionarse, a tenor de lo establecido en el Edicto, es que el declarado por la ley

---

interdicción -prohibición de disponer- y la imposibilidad del pródigo de actuar como testigo en un testamento, no se pueder cuestionar que Ulpiano justifica -*merito ergo*- la decisión adoptada -*nec testis ad testamentum adhiberi poterit*- en la pérdida de la *testamenti factio* activa como consecuencia de la interdicción pronunciada sobre los bienes del pródigo -*Is cui lege bonis interdictum est testamentum facere non potest...merito ergo nec testis ad testamentum adhiberi poterit, cum neque testamenti factionem habeat*-. En definitiva, con las palabras *cum neque testamenti factionem habeat*, el jurista, como reconoce BIONDI, en *Sucesión...*, cit., p. 62, n. 138, alude en este caso a la falta de *testamenti factio* activa, lo que se deduce del propio contexto del fragmento. Por ello, frente a la interpretación de AUDIBERT, *op.* cit., pp. 232-234, de D. 28, 1, 18 pr. *Ulp. 1 ad Sab.* e I. 2, 10, 6 -*vid.* nuestro estudio sobre el *prodigus* antes citado- , creemos que si D. 28, 1, 18 pr. se interpreta en los términos que hemos apuntado, el mismo no entra en contradicción con lo dispuesto en I. 2, 10, 6.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0709

"*intestabilis*" no podía ser testigo. Ahora bien, que al *intestabililis* tampoco se le pudiera prestar testimonio, como apunta Gayo -*ut quidam putant*-, no fue cuestión pacifica; aunque el jurista participe de la opinión de aquéllos que consideran que la declaración de "*intestabilis*" debe entenderse en un sentido más amplio: el que no puede prestar testimonio ni llamar a testigos.

D. 28, 1, 18, 1 *Ulp. 1 ad Sab.*; D. 47, 10, 5, 9 *Ulp. 56 ad ed.* y D. 22, 5, 21 pr. *Arc. Car. lib. sing. de test.* participan de un denominador común, y es que en los mismos la declaración de *intestabilis* constituye, utilizando terminología moderna, una pena accesoria que se impone a los condenados por delito de difamación[47] (el título 10 del libro 47 del Digesto regula las injurias y libelos difamatorios).

En D. 28, 1, 18, 1 *Ulp. 1 ad Sab.*, a diferencia de lo dispuesto en D. 28, 1, 26 *Gai. 22 ad ed.*, se afirma que si alguno fuese condenado por algún libelo difamatorio -*Si quis ob carmen famosum damnetur* -se expresó en un senadoconsulto que sea "*intestabilis*" -*senatus consulto expressum est, ut intestabilis sit*-, luego tampoco podrá hacer testamento -*ergo nec testamentum facere poterit*-, ni ser testigo de un testamento -*nec ad testamentum adhiberi*-[48].

Coincidimos con BONFANTE en que el nuevo significado que se atribuye en el texto a *intestabilis*, "como aquél que no puede hacer testamen-

---

47 En el mismo sentido, cfr. CAMACHO DE LOS RÍOS, *La infamia...*, cit., pp. 35-36 y 107-108. VOCI, en *Diritto ereditario...*, cit., vol. I, p. 392, afirma que la misma ley establecía la *intestabilitas* para una forma del delito de *iniuria*, el *malum carmen*, entendido en época histórica como libelo difamatorio. La misma sanción, observa, fue retomada por un senadoconsulto del tiempo de Augusto. VOCI sostiene -*op.* cit., p. 392, n. 36- que respecto a los citados textos, algunos se refieren a la ley y otros al senadoconsulto. A su juicio, el senadoconsulto debía retomar y extender la sanción decenviral, caida en desuso después de la intervención pretoria en materia de injurias.
Sobre la evolución del delito de injurias, *vid.* Dora de LA PUENTE, *Estudio sobre el Edictum de ademptata pudicitia*, Valencia, 1999, pp. 29-70.

48 Para un análisis más minucioso de este caso de *carmen famosum* -versos injuriosos no escritos-, *vid.* bibliografía citada por CAMACHO DE LOS RÍOS, en *La infamia...*, cit., p. 36, n. 36. De las inscripciones u otra cualquier cosa no escrita -*aliudve quid sine scriptura*-, se habría ocupado a juicio de MANFREDINI, *L'inuria...*, cit., p. 811, n. 81, un senadoconsulto, citado por Ulpiano en D. 47, 10, 5, 10 *56 ad ed.*, recordado por Paulo en D. 47, 10, 6 *55 ad ed.* y por Ulpiano en D. 28, 1, 18, 1, *1 ad Sab.* Sobre dicha cuestión, vid. MANFREDINI, *op.* cit. pp. 811-812, con referencias bibliográficas sobre el tema.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0709

to", ha sido manipulado por los compiladores[49]. Ese nuevo significado es utilizado con posterioridad en dos constituciones de la época romano-elena[50]. En definitiva, como concluye BONFANTE, esta incapacidad de testar de los reos de un libelo famoso es probablemente ordenada por Justiniano, y el término *intestabilis* es en este uso -D. 28, 1, 18, 1- un término del nuevo Derecho[51].

A nuestro modo de ver, la razón principal que avala la tesis de la mencionada interpolación -criterio histórico- radica, por un lado, en el significado preciso que Gayo atribuye a "*intestabilis*" en D. 28, 1, 26, que no deja de ser un comentario al Edicto, y por otro, en el significado con que es empleado dicho término -no puede ser testigo- en D. 47, 10, 5, 9 *Ulp. 56 ad ed.* y D. 22, 5, 21 pr. *Arc. Car. lib. sing. de test.*, en ambos casos también en relación con el condenado por difamación.

Ulpiano en D. 47, 10, 5, 9 *56 ad ed.* manifiesta que si alguno hubiese escrito, compuesto o publicado libro encaminado a la infamia de alguien, o hubiere hecho con dolo malo que se hiciera algo de esto -*Si quis librum ad infamiam alicuius pertinentem scripserit composuerit ediderit dolove malo fecerit, quo quid eorum fieret*-, aunque lo hubiese publicado en nombre de otro -*etiamsi alterius nomine ediderit*- o sin nombre -*vel sine nomine*-, será lícito ejercitar la acción por tal motivo -*uti de ea re agere liceret*-; y si hubiese sido condenado el que hizo esto -*et, si condemnatus sit qui id fecit*-, se dispone en virtud de la ley que no puede ser testigo -*intestabilis ex lege esse iubetur*-.

Dicho fragmento plantea en doctrina graves problemas de interpretación por lo que respecta, en palabras de MANFREDINI[52], a la *lex Cornelia de iniuriis* y su debatida relación con la punición de los escritos infaman-

---

[49] BONFANTE, en *Corso*...vol. VI, cit. p. 377, n. 6, considera interpoladas las siguientes palabras: "...*ergo nec 'testamentum facere' poterit 'nec' ad testamentum adhiberi*. Cfr. *Index Interpolationum*, tom. II, Weimar, 1931, p. 178. Sin embargo, VOCI, en *Diritto ereditario*...cit., vol. I, p. 392, tras afirmar que el culpable de determinados actos ilícitos es castigado con una sanción que lo convierte en *intestabilis*, lo que significa que él no puede prestar ni recibir testimonio, concluye que como el testamento requiere testigos, de ahí deriva su imposibilidad de testar.

[50] C. *Th.* 16, 5, 9 pr. *Grat. Val. et Theod.* (a. 382 D. C.) y C. *Th.* 16, 5, 54 pr. *Honor. et Theod.* (a. 414 D. C.). Sobre dichos textos, *vid. infra*, p. 13, ns. 66-67.

[51] *Id.* n. 49.

[52] MANFREDINI, *L'inuria*..., cit., p. 809. El autor manifiesta, en *op.* cit., *id.* pág., que al tema ha dedicado dos estudios anteriores: *Contributi allo studio dell'iniuria in età repubblicana*, Milano, 1977 y *La diffamazione verbale nel diritto romano*, Milano, 1979.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0709

tes, cuestión que, por otra parte, al alejarse de nuestro objeto de estudio declinamos tratar aquí[53].

No obstante, cabe apuntar que el debate doctrinal se centra, en líneas generales, en dos cuestiones concretas: por una parte, en si la *lex Cornelia de iniuriis* (a. 81 A. C) además de las tres *causae* contempladas, de modo expreso, para el ejercicio de la *actio iniuriarum ex lege Cornelia* (empujones *-pulsare-*, golpes *-verberare-* y violación del domicilio *-domum introire*), sancionó también la difamación escrita, esto es, los denominados *libri famosi*; y por otra, en si la *expresión "intestabilis ex lege esse iubetur"* permite concluir que el *intestabilis ex lege* de D. 47, 10, 5, 9, referido al autor de libros difamatorios, remite a *lex Cornelia de iniuriis*[54].

En D. 22, 5, 21 pr. *Arc. Car. lib. sing. de test.* también se puede leer que el condenado por algún libelo infame *-Ob carmen famosum damnatus-* se incapacita para ser testigo *-intestabilis fit-*.

En la misma línea que los textos examinados, y aunque no aparezca el término *intestabilis*, otros fragmentos del Digesto contemplan también la imposibilidad de ser testigo en un testamento y/o prestar testimonio en un juicio, como pena accesoria que se impone al condenado, *ad exemplum*, por delito de concusión *-lex Iulia repetundarum* (a. 59 A. C.)[55], o por delito de adulterio *-lex Iulia de adulteriis coercendis* (a. 18 AC)[56].

---

53 Como apunta CAMACHO DE LOS RÍOS, en *La infamia...*, cit., p. 107, n. 206, para profundizar en este fragmento, *vid.* interpretación de los autores que él cita. Vid. también sobre dicho texto, Giancarlo MUCIACCIA, "In tema di repressione delle opere infamanti (DIO 55, 27)", *Studi in onore di A. Biscardi*, V, Milano, 1984, pp. 61-67, pp. 64-65, 69 y 70-71, artículo interesante porque recoge la opinión de otros autores, como MOMMSEN; LEVY; SMITH; PUGLIESE; BAUMAN....; y Marco BALZARINI, "*Ancora sulla* 'Lex Cornelia de iniuriis'e sulla repressione di talune modalità di diffamazione", *Estudios en homenaje al profesor J. Iglesias*, tom. II, Madrid, 1988, pp. 579-603, pp. 588 y 594-595.

54 Sobre estas dos cuestiones, vid. bibliografía referida en n. 53. Podemos decir que respecto a la remisión o no de la *"intestabilitas"* a la *lex Cornelia de iniuriis* se han defendido, a modo de síntesis, las dos siguientes posturas: a) la de los que niegan tal remisión, con argumentos varios (entre otros, MOMMSEN; PUGLIESE; BALZARINI; VÖLK...y b) la de quienes juzgan, por el contrario, que la pena de la *intestabilitas* para el *liber famosus* deriva de la mencionada ley (*ad exemplum*, SMITH; MUCIACCIA; MANFREDINI...).

55 Ley que viene a introducir algunas innovaciones en el delito de concusión. Sobre la *lex Iulia repetundarum*, *vid.* Carlo VENTURINI, *Studi sul "crimen repetundarum" nell'età repubblicana*, Milano, 1979, pp. 463-504.

56 *Vid.* monografía de Giunio RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum*, Lecce, 1996.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0709

Los condenados por "concusión", entre otras sanciones, no pueden ser presentados como testigos en un testamento ni prestar testimonio en juicio, como se pone de manifiesto en D. 48, 11, 6 pr.-1 *Ven. Sat. 3 pub. iud.*[57]; D. 22, 5, 15 pr. *Paul. 3 sent.*[58]y D. 28, 1, 20, 5 *Ulp. 1 ad* Sab.[59]

Tampoco el condenado por "adulterio" puede ser admitido como testigo en un testamento -D. 22, 5, 14 *Pap. lib. sing. de adult.*-[60]; al igual que a la mujer condenada por adulterio se le prohíbe que sea presentada como testigo o que preste testimonio -D. 22, 5, 18 *Paul. 2 de adult.*[61] y D. 28, 1, 20, 6 *Ulp. 1 ad Sab.*-[62].

Por último, y a tenor de lo expuesto hasta aquí, podemos concluir que, como reconoce la romanística, en época postclásica el término "*intestabilis*" se emplea para indicar al que no puede hacer testamento y que, por tanto, como observa BONFANTE, *intestabilis* es en este "uso" un término del nuevo Derecho[63]. En este sentido, apunta BIONDI[64], es tomado el término por la legislación cristiana, aplicándola a los infieles y herejes[65].

---

[57] *Eadem lege tenentur, qui ob denuntiandum vel non denuntiandum testimonium pecuniam acceperit* (pr.). *Hac lege damnatus testimonium publice dicere aut iudex esse postulareve prohibetur* (1).

[58] *Repetundarum damnatus nec ad testamentum nec ad testimonium adhiberi potest.*

[59] *Eum qui lege repetundarum damnatus est ad testamentum adhiberi posse existimo, quoniam in iudicium testis esse vetatur.*

[60] *Scio quidem tractatum esse, an ad testamentum faciendum adhiberi possit adulterii damnatus: et sane iuste | | testimonii officio ei interdicetur. existimo ergo neque iure civili testamentum valere, ad quod huiusmodi testis processit, neque iure praetorio, quod ius civile subsequitur, ut neque hereditas adiri neque bonorum possessio dari possit.*

[61] *Ex eo, quod prohibet lex Iulia de adulteriis testimonium dicere condemnatam mulierem, colligitur etiam mulieres testimonii in iudicio dicendi ius habere.*

[62] *Mulier testimonium dicere in testamento quidem non poterit, alias autem posse testem esse mulierem argumento est lex Iulia de adulteriis, quae adulterii damnatam testem produci vel dicere testimonium vetat.*

[63] BONFANTE, *Corso...*, cit., p. 377. En la misma línea, BIONDI, en *Sucesión...*, cit., p. 93, manifiesta que "*intestabilis*" empieza a tener el significado técnico de persona incapaz de testar.

[64] *Id.* n. anterior.

[65] VOCI, en *Diritto ereditario...*, cit., vol. I., p. 392, observa que la "intestabilidad", como específica incapacidad de hacer testamento (disponer *mortis causa*), es adoptada en época postclásica como instrumento de persecución religiosa , y así es impuesta en caso de herejía y de apostasía (*vid.* fuentes jurídicas en que se apoya).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0709

Dos constituciones del Código Teodosiano, junto a I. 2, 10, 6, texto ya examinado y del que hemos partido, constatan este nuevo significado de *intestabilis*: en C. *Th.* 16, 5, 9 pr. *Grat. Val. et Theod.* (a. 382 D. C.), se refiere a la incapacidad de los maniqueos para otorgar testamento[66]; y en C. *Th.* 16, 5, 54 pr. *Honor. et Theod.* (a. 414 D. C.), a la incapacidad de los donatistas y de los herejes para testar[67].

Las consideraciones realizadas a la luz de las fuentes del término "*intestabilis*", creemos que permiten afirmar, a modo de conclusión, que el significado jurídico de dicho término experimentó -como tantos otros- una evolución a lo largo del tiempo, lo que en última instancia se traduce en una evolución histórica de la noción de *intestabilis*.

66 *Quisquis Manichaeorum vitae solitariae falsitate coetum bonorum fugit, ac secretas urbes eligit pessimorum, ita ut profanator atque corruptor catholicae, quam cuncti suspicimus, disciplinae legi subiugetur, ut intestabilis vivat, nihil vivus impendat illicitus, nihil...*

67 *Donatistas atque haereticos, quos patientia clementiae nostrae nunc usque servavit, competenti constituimus auctoritate percelli, quatenus evidenti praeceptione se agnoscant et intestabiles, et nullam potestatem alicuius ineundi habere contractus, sed perpetua inustos infamia, a coetibus honestis et a conventu publico segregandos.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0709