

Las declaraciones de los testigos continuaron siendo medio de prueba destacable en esta época y según la praxis éstos deponían oralmente ante el *Iudex* según lo que ellos mismos hubiesen visto y oído. En época clásico-tardía se admitieron los testimonios prestados extrajudicialmente así como los trasladados a documentos aunque existe la opinión de que⁶ nunca tuvieron un excesivo valor probatorio. Respecto al número de testigos que las partes pudieran presentar no parece que existiera limitación alguna aunque en un pasaje del Digesto 22.5.1.2 *Arcadius, qui et Charisius, libro singulari de testibus* se dice que se concedió a los Jueces la posibilidad de limitar el número testigos aun cuando en virtud de leyes se hubiese permitido un grandísimo número de testigos

Como medio de prueba aparece en esta época la llamada prueba documental aunque con carácter secundario, en la aparición de la prueba escrita influyó la praxis contractual de las provincias orientales donde el documento tuvo un papel muy importante. Se puede hablar de las pruebas preconstituídas (previa declaración de los testigos, *testationes*). Como documento probatorio en sí mismo podemos destacar la importancia de las estipulaciones, contratos⁷ y especialmente documentos testamentarios que tiene creciente importancia a lo largo de toda la época clásica y también los libros de actas de los banqueros (*rationes*).

Una de las características de la prueba en el procedimiento cognitorio⁸ es el sistema de prueba reglada o prueba legal donde la ley determina cuáles son los medios probatorios utilizados en el *iudicium*; es probable que esta determinación sea una de las causas que hace que sea difícil plantearse si realmente la prueba documental es determinante frente a la testifical.

De la lectura de algunos textos de Cicerón⁹ ya se deduce que en época clásica el valor concedido a la prueba testifical empieza a ser selectivo ya que se solía atender al estatuto social de los testigos y de forma muy especial su cualificación técnica para valorar los testimonios. Pensamos que en el bajo Imperio la diferencia en la apreciación de los testigos descansaba en razones especialmente de tipo político y social¹⁰.

⁶ Murga J.L. *Derecho Romano Clásico II. El Proceso*. Secretariado de Publicaciones, Universidad de Zaragoza 1983.

⁷ Bello S. *Contratos literales*, Revista de la Facultad de CC JJ, ULPGC nº 2.

⁸ Archi, *La prova nel diritto del Basso Impero*, en *IURA* 12(1961), p. 1ss. ;Ziletti: *Studi sulle prove ne diritto giustiniano*, en *BIDR* 67(1964) p. 167 ss.

⁹ Cicerón: *Pro Roscio*, 14,42;16.49; *de praet urb.*, 5,14; *de suppl.* 11.105; 43.113; 60.156;

¹⁰ C.4.20.5. Diocleciano, a. 286.

Probablemente la influencia oriental es la causa de que en el procedimiento extraordinario adquiriera cada vez más importancia la prueba documental sobre la testifical. En líneas generales podríamos decir que del contenido del C.4.20 *De Testibus* se desprende la importancia que de forma paralela a la testifical este medio de prueba va alcanzando y por tanto cada vez más aceptado. De los veinte fragmentos de este título interpretamos que aún cuando efectivamente se da importancia a la prueba documentales no es menos cierto que la fe de los testigos según los rescriptos de los Emperadores sigue siendo un medio de prueba como los demuestra entre otros el siguiente parágrafo C.4.20.5 de los Emperadores Diocleciano y Maximiano publicado a 5 de las calendas de mayo bajo el segundo consulado de Máximo y el de Aquilino, año 286 “*Eos testes ad veritatem iuvandam adhiberi oportet, qui omni gratiae et potentatui fidem religioni iudiciariae debitam possint praeponere*” (es conveniente que para favorecer la verdad se presenten testigos que puedan anteponer a todo favor y poder la fidelidad debida a la religiosidad judiciaria). Este fragmento nos hace pensar que aun cuando en el procedimiento *extraordinem* la prueba documental empieza a tener importancia, el testimonio de los testigos sigue siendo una prueba importante.

De la lectura de los 6 fragmentos del D 22.4 (“De la fe, de los instrumentos y la pérdida de los mismos”) *De fide instrumentorum et amissione eorum*” extraemos la siguiente consideración: aun cuando la prueba documental es admitida no es menos cierto que la testifical sigue siendo probablemente más importante aun cuando sabemos que existen limitaciones y determinadas exigencias para los testigos¹¹ como nos lo demuestra entre otros los fragmentos del C.4.20.5.6.8.9.10.11.

El fragmento 4.1 *Paulus libro II Sententiarum* dice “con el nombre de instrumentos se ha de admitir todo aquello con lo que puede ser probada una causa y por lo tanto así los testimonios, como las personas, son considerados en calidad de instrumentos”. Entendemos que este fragmento da mayor claridad a la discusión que algunos juristas como Volterra plantean al sostener que mientras en una Constitución del Emperador Constantino¹² se afirma que la prueba testimonial tiene la misma fuerza que la prueba documental (fe de los instrumentos) otra Constitución de Emperador desconocido y de época incierta reconstruída de un texto de los

¹¹ Orestano R. *Istituzioni di Procedura Civile Romana*. Milano Dott. A. Giuffrè. Ed. 1938 XVI

¹² C.4.21.15 *Imp. Constantinus A. Ad populum.*- *In exercendis litibus eandem vim obtinent tam fides instrumentorum, quam depositiones testium.*

Basílicos (Bas.21.1.25) situada en el C.4.20.1¹³ declara ineficaz el testimonio oral frente al testimonio escrito.

En lo que respecta a la fase probatoria, e interpretando los dos textos antes citados cuestión de prueba se podría decir que como medio de prueba y a la luz de estos dos textos entendemos que, según D.22.4.1 el significado de *instrumentorum nomine* es decir todo aquello con lo que puede ser probada una causa, engloba tanto a los medios de prueba documentales como testificales al tiempo que interpretamos la redacción del C.4.20.1 “*Contra scriptum testimonium non scriptum testimonium haud profertur*” en el siguiente sentido: existiendo un testimonio escrito cuyo origen puede ser la declaración previa de los testigos (*testationes*) para luego ser presentadas al Juez, es decir una prueba preconstituida pero basada en la declaración de testigos, no cabe admitir *non scriptum testimonium*.

Otro Rescripto del Emperador Adriano¹⁴ acerca de la investigación de la veracidad de los testigos dice “No se puede definir suficientemente con ninguna regla cierta qué argumentos basten en cierto modo para probar una cosa cualquiera” acabando el rescripto en los siguientes términos “Así, pues, en resumen solamente puedo contestarte esto, que ciertamente el conocimiento no puede sujetarse desde luego a una sola especie de prueba, sino que por dictamen de tu conciencia debes estimar qué es lo que creas, o que lo que te parece poco probado”. Este texto en opinión de Zilleti¹⁵ es punto de discusión sobre la formación y convencimiento sobre los medios de prueba del Juez.

Otro texto del D.22.5 el fragmento 3.3 del citado libro de Calistrato, estudiado, entre otros por Zilleti, pone de manifiesto la diferencia entre testigos “*testes*” y testimonio “*testimonia*” en sentido estricto, es decir, distingue entre testimonio oral y testimonio por escrito. De la lectura de este fragmento entendemos y seguimos la opinión de Zilleti en el sentido en que la prueba oral tiene mayor importancia que la testifical.

Con este planteamiento entendemos que es medio de prueba todo aquello con lo que pueda ser probada una causa, sin perjuicio lógicamente de la valoración de los instrumentos que se haga en cada caso. En los medios de

¹³ C.20.1 *Contra scriptum testimonium non scriptum testimonium haud profertur*.

¹⁴ D. 22.5.3.2

¹⁵ Zilleti U. *Sul valore probatorio delle testimonianze nelle cognitio extraordinem*. Studia et documenta Historiae et iuris. Roma 1963.

¹⁶ El valor que que atribuye a la prueba testimonial está minuciosamente regulado en la nueva legislación y particularmente en la novela 90 de Justiniano.

prueba documentales *editio instrumentorum*¹⁶ se distinguen: documentos públicos que para algunos juristas se trata de prueba¹⁷ plena, redactados por funcionarios públicos; documentos redactados por *tabelliones*, bajo juramento del notario¹⁸; documentos privados tales como las *cautiones* y *chirographa*¹⁹ entre otros y los documentos testamentarios que tuvieron una creciente importancia a lo largo de toda la época clásica en que siendo firmados por tres testigos alcanzan la misma fuerza probatoria que los redactados en los *tabelliones*. Otros instrumentos privados no suscritos por testigos pero que sí tenían valor probatorio era el caso de los prestamistas que debían presentar los libros de cuentas, *rationes*, para comprobar sus transacciones financieras y también el caso de los banqueros que debían exhibir sus libros en cualquier causa en que ello se le requiriese incluso en los supuestos en que fuesen parte en un proceso.

Entendemos que es difícil establecer entre los romanos, concretamente en el procedimiento formulario la distinción entre instrumento público y privado, que rige en nuestro ordenamiento jurídico español en materia de prueba en la L.E.Civil aún vigente en sus artículos 596, documentos públicos, y 602 documentos privados²⁰ probablemente por la falta de registros públicos como ocurría en actos tales como cierto tipo de manumisiones, adopción etc. que aunque no se redactaban por escrito, derivaban la fuerza probatoria comparable a la de los instrumentos auténticos, de la obligatoria presencia y la intervención del magistrado en ellos.

Como resumen a este breve planteamiento digamos remontándonos al procedimiento formulario que debido a la solemnidad del contrato verbal, la prueba escrita no ofrecía garantías suficientes, en opinión de Cicerón es ridículo acreditarle mérito a una prueba escrita, que puede ser falsificada, antes que al testimonio de una persona honorable como se desprende por ejemplo del libro IV de las Jurisdicciones de Calistrato recogido en el fragmento 3 pr. del tit. V del Digesto XXII. donde se dice que se ha de examinar escrupulosamente la veracidad de los testigos y que se ha de explorar en primer lugar la condición de cada uno de ellos, si de vida honesta y no culpada y la posible afinidad o enemistad contra quién presta testimonio.

Inicialmente el recurrir a la prueba escrita era poco frecuente y sólo se aplicaba en materia de testamentos con la finalidad de mantener en secreto la voluntad del testador; en cambio, en los países de la órbita grie-

¹⁷ Volterra E.

¹⁸ D.48.19.9.4 Ulpiano 10 de off. Proc; C.2.9.2 Const. De Gordiano 238

¹⁹ Bello S. Contratos....., pag. 55

²⁰ Archi op, cit, pag 21 y2

ga la escritura alcanzó un papel preponderante tal como ya hemos citado anteriormente por ejemplo en materia de *chirographa* y *syngrapha* que eran escritos sobre papiros o tablas enceradas. Probablemente la fragilidad para la conservación de estos medios gráficos y la necesidad (como luego veremos) de llamar a los testigos de un testamento, hacen que necesariamente el testimonio le mereciera mayor fe.

Archi analiza una Constitución de los Emperadores Valentiniano y Valente donde se expone el supuesto en el que, para que una prueba documental *ex scripto* sea aceptada como medio de prueba los Emperadores afirman que la única forma de dar fe a la prueba escrita es impugnarla de falsa; la Cth. 9.19.4 de Valente, Graziano y Valentiniano trata de mitigar la consecuencia de esta aparente innovación para equiparar los medios de prueba escritos con los no escritos ya que acusar de falso significaría una *accusatio falsi* con todas las graves consecuencias que ello generaría.

Llegados a este punto y a modo de conclusión de este planteamiento previo que de los medios de prueba en los diferentes procedimientos romanos hemos realizado a través de los textos estudiados seguimos la opinión de Archi y Zilleti “La fórmula que define el período del Bajo Imperio como triunfo de la prueba escrita sobre la prueba oral, sea una de las manifestaciones poco adecuadas de nuestra ciencia”.

En materia de testamento nos planteamos si la apertura del mismo es medio de prueba documental en sí mismo o si por el contrario es preciso la adverbación de los testigos.

El interesado que crea que una disposición testamentaria le puede beneficiar debe ante todo probar su existencia, lo que quedaría de manifiesto con la prueba del testamento, es decir proceder a la apertura del mismo y que públicamente se tuviera conocimiento de él entre otras razones para excluir la posibilidad de la sucesión abintestada, considerando este acto de apertura como un medio de prueba.

Del texto del D.29.3.1.1 Gayo libro XVII ad edicto provincial donde dice “Mas la razón de este edicto es evidente; porque no se puede transigir sin Juez ni investigar ante el Juez la verdad en estas controversias que dimanasen de un testamento, de otro modo que habiéndose inspeccionado y conocido las palabras del testamento, interpretamos que se trata de la admisión de un medio de prueba escrito, es decir el propio documento escrito es medio de prueba”. Sin embargo en otro pasaje del D.29.3, concretamente en 3.4, se deduce que en las fuentes clásicas se afirma que es también competencia del Pretor obligar a los que han puesto sus sellos a comparecer a la convocatoria con el fin de que puedan reconocerlos o negar haberlo hecho. Respecto a la comparecencia el texto del D.29.3.6 Ulpiano li-

bro 50 ad. Edicto dice que basta para proceder a la aperturas del testamento con la mayoría de los testigos. El texto del D.29.3.7 Gayo libro VII ad edicto provincial dice que en el supuesto en que pudieran estar ausentes todos y fuese urgente la apertura del testamento, el magistrado debe proceder a su apertura en presencia de hombres de acreditada reputación, una vez reconocido el testamento y sacada copia de él, se sella por los que han asistido a la apertura y se envía al lugar donde estén en ese momento los testigos ausentes a fin de que reconozcan sus sellos, pues al testigo ausente no se le obliga a concurrir a la apertura sino que se envía el testamento al lugar donde se encuentre. Entre este texto y el 29.3.4 parece que exista cierta controversia en lo que refiera a la “comparecencia” puesto que este último habla de la obligación de la comparecencia, probablemente se refiera a estar ausente o no, es decir si está ausente bastará con que dé testimonio y si está presente que lo haga en calidad de testigo, es decir como dijimos páginas atrás es probable que se trate de una prueba preconstituida (C.4.2.0.1) pero basada en la declaración de testigos para luego ser presentada al Juez.

De la lectura de estos textos interpretamos que aún cuando el testamento es documento escrito, para su validez como medio de prueba es preciso el reconocimiento de los testigos como hemos visto. Probablemente en materia de testamento se trate de un medio de prueba donde aún existiendo la prueba documental sea preciso también la prueba testifical como también se recogen en las Partidas concretamente en la 3ª, Título XVIII Ley CIII que dice que el testamento debe ser hecho y leído ante siete testigos.

Del estudio de los fragmentos del D.29.3.10.pr; 10.1 y 10.2 y también del 29.3.12 referidos a la lex Iulia et Papia se observa que Ulpiano da soluciones distintas según los supuestos, es decir creemos que Ulpiano da relevancia al acto formal de apertura cuando la apertura es materialmente posible con independencia de que el contenido se conozca como es el caso estudiado en 29.3.12. En este supuesto entendemos que se podría interpretar como un medio de prueba documental pero con el requisito de la presencia de los testigos .

“Si alguno hubiere hecho testamento y copia del mismo, a la verdad, habiendose abierto la copia, aún no está abierto el testamento, pero habiendose abierto el autentico está abierto todo” o en el casa en que no se conozca todo el contenido como es el supuesto del 29.3.10.pr.

Sin embargo en los supuestos en que no es posible la apertura del testamento el acto formal pierde importancia y por razones prácticas o de equidad otorga toda la relevancia al conocimiento del contenido como es

en los casos del D.293.10.1 “ *Si sua natura tabulae patefacto sunt, apertum videri testamentum non dubitatur; non enim quaeremus, a quo aperiantur* se trata de un supuesto en el que no existen tablas; se podría hablar del hecho en que el testamento se realizó de forma oral y por tanto sería absurdo efectivamente preguntarse o intentar buscar a la persona que lo abrió como nos dice el jurista en el texto en cuestión y el contenido de la voluntad testamentaria tendría que adverbarse por los testigos del testamento realizado de forma oral. En este caso queda de manifiesto que se trata de una prueba testifical.

Finalizamos esta breve comunicación citando de nuevo el D.22.4.1 donde el significado de *instrumentorum nomine* es todo aquello con lo que pueda ser probada una causa ya sean medios de prueba documentales como testificales.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA NOCIÓN DE *INTESTABILIS*

I. *Improbis 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 impúbere *-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,

Siendo conscientes, como manifiesta BIONDI, que las incapacidades para ser testigo son numerosas y distinto el fundamento de cada una de ellas¹⁰; 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 *improbis 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 “*improbis 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 VARELA¹³ 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 -*improbis 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.

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 sunt*”. Item ex isdem tabulis id quoque est: “*Qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimonium fariatur, improbus 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 deshonorado 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 complètes 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 “*improbus 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: ‘*improbus intestabilisque esto*’ ” (textos de Vicent FERRÍS, con la colaboración de M. Dolç, *Aulus Gelli, 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 deshonorado -*improbus*- y no pueda ser testigo -*intestabilis*- (3).

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 mismas¹⁶. En este sentido figurado, *improbus*, como constatan, entre otros, Plauto¹⁷, Cicerón¹⁸ y Horacio¹⁹, adquiere el significado de persona malvada; inmoral; vil; infame; impía; injusta; deshonesto; 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 testamento²¹.

El significado jurídico originario de los términos “*improbus intestabilisque*” -Tab. 8, 22-, esto es, el concepto de *improbus intestabilis*, como destaca CAMACHO DE LOS RÍOS²², 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 propios²³. También WENGER identifica *improbus* con incapaz de ser testigo e *intestabilis* con incapaz de llamar a testigos²⁴.

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,

DI SALVIO opina que en la expresión *improbis intestabilisque* sólo debe destacarse el valor de *intestabilis*, que viene a señalar la falta de capacidad para dar y favorecerse de un testimonio²⁵.

BIONDI sostiene que la declaración por la ley de *improbis intestabilisque* suponía, no sólo la incapacidad para ser presentado como testigo, sino también para presentarlos²⁶; y como quiera que en el testamento participan siempre testigos, los que son declarados *intestabiles* por la ley -concluye- son también incapaces de disponer²⁷.

ARANGIO²⁸ observa que se suele reconducir al concepto de infamia²⁹, a su modo de ver, injustamente³⁰, 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 atestiguar lo que se ha desarrollado en su presencia. La sanción -nos dice- es expresada con las palabras *improbis 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 (*improbis*). 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 opinión. 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.

nea, ya que *improbis esto*, como sinónimo de “sea malvado”, no puede ser una sanción jurídica. A juicio de ARANGIO, una glosa griega tardía³¹ que expresa “*improbis intestabilisque*” con las palabras “ἀδόκιμος και ὁμάρζυρος” 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 *improbis*, 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 testigo³³.

CAMACHO DE LOS RÍOS si bien participa de la opinión de ARANGIO por lo que respecta al significado jurídico originario de la expresión *improbis 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 comerciar³⁴. Autores anteriores, como es el caso de MOMMSEN³⁵ y MANIGK³⁶, 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 *improbis*.

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 *improbis intestabilisque esto* se muestran originariamente en relación con la incapacidad para la prueba y para la testificación.: por un lado, “*improbis*” 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 después 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.

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”, según 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 infamia³⁷.

Por último, MANFREDINI³⁸ afirma explícitamente que el “*intestabile, ab antiquo*”, era alguien que no podía prestar testimonio ni recibirlo y que, por tanto, no podía hacer testamento³⁹.

Sin embargo, en I. 2, 10, 6, como observa BIONDI⁴⁰, la expresión *improbis intestabilemque 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 testar⁴¹. A juicio de BIONDI⁴², 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, “*improbis*” e “*intestabilis*”, dos términos frecuentes, podían aparecer juntos: *improbis 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 iniuriis?)*, 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.

ti factio, se les ha quitado la facultad de disponer. Para MANIGK⁴³ 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 acuerdo 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 Tablas⁴⁵. 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 diversas⁴⁶.

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

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 puede 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.

“*intestabilis*” no podía ser testigo. Ahora bien, que al *intestabilis* tampoco se le pudiera prestar testimonio, como apunta Gayo -*ut quidam putant*-, no fue cuestión pacífica; 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 difamación⁴⁷ (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, caída 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.

to”, ha sido manipulado por los compiladores⁴⁹. Ese nuevo significado es utilizado con posterioridad en dos constituciones de la época romano-ele-na⁵⁰. 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 Derecho⁵¹.

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 MANFREDINI⁵², 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, VOICI, 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.

tes, cuestión que, por otra parte, al alejarse de nuestro objeto de estudio declinamos tratar aquí⁵³.

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.

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 Derecho⁶³. En este sentido, apunta BIONDI⁶⁴, es tomado el término por la legislación cristiana, aplicándola a los infieles y herejes⁶⁵.

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 interdicitur. 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).

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 testamento⁶⁶; 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 testar⁶⁷.

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.*