

DORA DE LAPUERTA
Universidad de Vigo

LA LLAMADA PENA DE *INTESTABILITAS*: LA INHABILITACIÓN PARA TESTIFICAR Y PARA APORTAR TESTIGOS

El testigo fue el principal medio de prueba del Derecho romano republicano y clásico, por ello, versando este congreso sobre “la prueba y los medios de prueba”, nos parece oportuno realizar algunas consideraciones sobre la llamada pena de la *intestabilitas*¹, es decir, sobre la prohibición, a título de sanción, de prestar testimonio y de hacérselo prestar². Debemos insistir en que no nos referimos a la incapacidad de testimoniar que pueda sufrir una persona por razón de la edad, sexo o salud mental, sino únicamente a los supuestos en que tal incapacidad venga dispuesta como pena.

La más antigua mención al *intestabilis* la encontramos, siguiendo a Gelio³, en las XII Tablas, concretamente en la Tab. 8,22, donde se sancionaba con la condición de *improbis intestabilisque* a aquel que, tras haber intervenido en un acto jurídico como *libripens* o como testigo, se niega luego a dar testimonio de lo presenciado. No es posible pronunciarse

¹ Debe precisarse que, aunque los romanistas recurran con frecuencia al término *intestabilitas*, el mismo no pertenece a la lengua latina; en las fuentes encontramos únicamente el adjetivo *intestabilis* que califica a la persona que ha sufrido la sanción.

² BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (Filadelfia 1953, reimp. 1991) s.v. *intestabilis*: “a person who is unable to be a witness at a solemn act requiring the presence of witnesses (e.g. *mancipatio*, *testamentum per aes et libram*) or to invite another to witness such an act to be made by himself”.

³ GELL. 15,13,11 (tab. 8,22): *Qui sierit testarier libripensve fuerit, ni testimonium fatiatur, improbis intestabilisque esto.*

DORA DE LAPUERTA

de forma tajante sobre el exacto significado de estos dos términos: el *improbus intestabilisque* parece que, originariamente, fue incapaz de ser empleado como testigo en actos solemnes ajenos (a esta ineptitud se referiría el adjetivo *improbus*), y también de emplear a otros como testigos en los propios actos solemnes (a esta incapacidad se referiría el adjetivo *intestabilis*)⁴.

Partiendo de este carácter originario, la prohibición de prestar un testimonio válido supondría únicamente una merma en los derechos de aquellos sujetos a quienes afectaba; por el contrario, la prohibición de hacerse prestar testimonio limitaba de forma considerable la capacidad jurídica del intestable, dada la importancia en el *ius civile* de los actos en que se requiere la presencia de testigos (v.gr. *mancipatio*, testamento *per aes et libram*, *confarreatio*, *litis contestatio*, etc). En este sentido, si bien no podemos hablar de una *capitis deminutio* en sentido estricto⁵, sí se producía una *deminutio existimationis*, en la línea D. 50,13,5,2⁶, semejante a la de los supuestos de infamia. Es este segundo aspecto el que hace que en algunas fuentes postclásicas el término *intestabilis* sea utilizado para designar directamente a quien está privado por ley, a título de sanción, de la capacidad de dar válido testamento⁷, sin embargo, queremos anticipar algo que esperamos demostrar en este trabajo: es incorrecto utilizar la expresión *intestabilis* para referirse a la incapacidad de otorgar testamento⁸; como veremos, la *testamenti factio* recibe un tratamiento individualizado

⁴ Vid. IGLESIAS, *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*⁶ (Barcelona 1979) p. 148 n. 179: “*improbus* es el que no puede probar, es decir, el que no puede actuar como *libripens*. El *libripens* verifica la *probatio*, que primeramente se identifica con la pesada del *aes rude*, por donde le viene el nombre, y después con el examen de la moneda, que se llama *proba*, esto es, buena, resistente a la prueba. *Intestabilis* es el que no puede dar testimonio”.

⁵ De forma contraria parece opinar MOMMSEN, *Derecho Penal Romano* (Leipzig 1899) trad.cast.de P. Dorado, (reimp. Bogotá 1991) p. 610, cuando afirma que “la intestabilidad se asemejaba a la privación del derecho de ciudadanía por vía de pena”.

⁶ D. 50,13,5,2: *Minuitur existimatio, quoties manente libertate circa statum dignitatis poena plectimur, sicuti quum relegatur quis, vel quum ordine movetur, vel quum prohibetur honoribus publicis fungi, vel quum plebeius fustibus caeditur, vel in opus publicum datur, vel quum in eam causam quis incidit, quae Edicto perpetuo infamiae causa enumerator.*

⁷ Por ejemplo, C.Th 16,5,9 pr. (382); 16,5,55 pr. (414).

⁸ Vid. MANIGK, s.v. *intestabilis*, en *PWRE* IX,2 (1916) col. 1729.

LA LLAMADA PENA DE *INTESTABILITAS*: LA INHABILITACIÓN...

en las fuentes⁹, por lo que no toda persona privada de *testamenti factio* es necesariamente *intestabilis*¹⁰.

En cualquier caso, en épocas sucesivas, la incapacidad del *intestabilis* no se limitó únicamente a la colaboración en los actos solemnes, sino que abarcó también la posibilidad de actuar como testigo judicial. Podremos comprobar que será la particular ley imponentora de la pena quien determine el alcance de la misma en cada caso concreto, por lo que adelantamos que resulta imposible dar una definición general y segura de la intestabilidad: de un lado, el contenido atribuido a esta palabra fue ensanchándose con el paso del tiempo, de otro, las leyes que la regulaban eran a menudo variables y poco claras. Utilizamos conscientemente el término “leyes” porque no hemos encontrado declaraciones de intestabilidad realizadas directamente por los tribunales; por ello, sin negar categóricamente que nuestra sanción pudiera imponerse por sentencia condenatoria, nos inclinamos por la probabilidad de que la denegación de la facultad de testificar viniera impuesta por la ley, fuera una declaración legal¹¹.

⁹ Cfr., por ejemplo, la Constitución de Constantino contenida en C.I. 9,11,1 respecto al contubernio de una mujer con un esclavo: la pena señalada para ambos era la pena de muerte y, además, para la mujer, la pérdida de la testamentifacción. En este sentido, igualmente, D. 28,1,8,1: *Si qui aqua et igni interdictum sit, eius nec illud testamentum valet, quod ante fecit, nec id, quod postea fecerit; bona quoque, quae tunc habuit, quum damnaretur, publicabuntur, aut, si non videantur lucrosa, creditoribus concedentur* e I. 2,10,6: *Testes autem adhiberi possunt ii, cum quibus testameti factio est. Sed neque mulier, neque impubes, neque servus, neque furiosus, neque mutus, neque surdus, nec cui bonis interdictum est, neque is, quem leges iubent improbum intestabilemque esse, possunt in numero testium adhiberi.*

¹⁰ La identificación de ambos conceptos lleva a MANFREDINI, *L'iniuria nelle XII Tavole. Intestabilis ex lege (Cornelia de iniuriis?) (recenti letture in materia de iniuria)*, en *Derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Murga Gener* (Madrid 1994) p. 814, a entender que el pródigo era *intestabilis*, en el sentido de sancionado con la pena de la intestabilidad. El a. llega a tal conclusión relacionando I. 2,10,6 (cit. en nota anterior) con Ulp. D.27,10,1, pr: *lege XII tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio*. No estamos de acuerdo. Las Instituciones de Justiniano no identifican al pródigo con el *improbus intestabilisque*, se limitan a nombrarlo entre un elenco de personas que tienen en común su limitada capacidad de obrar. Estamos ante un problema de capacidad, no ante una sanción.

¹¹ En este sentido, vid. MOMMSEN, *Derecho penal* cit. p.610; PUGLIESE, *Studi sull'iniuria*,1 (Milán 1941) p. 140; *Recensione a Manfredini, Contributti allo studio dell'iniuria in età repubblicana*, en *IURA* 29 (1978) p. 206; MANFREDINI, *ibid.* pp. 814 ss.

Tras la mencionada disposición decenviral, y en contra de la opinión de un importante sector doctrinal, entendemos que no volvemos a encontrar mención alguna del *intestabilis* hasta la época de Augusto. La controversia doctrinal viene referida a la reaparición de nuestra descalificación en la persona del condenado por un especial tipo injurioso: se sanciona con la incapacidad para ser testigo la composición o publicación de libelos difamatorios (Arc. D. 22,5,21 pr: *Ob carmen famosum damnatus intestabilis fit*). Con distintos matices, un sector doctrinal retrotrae tal pena a la dictadura de Sila, mientras que otro la sitúa en la primera época imperial. A continuación, intentaremos sintetizar el porqué de las discrepancias.

Probablemente¹², en el año 81 a. C, Cornelio Sila dictó la llamada *lex Cornelia de Iniuriis*. No es este el momento de detenernos en el análisis de esta disposición¹³, por ello, de forma necesariamente escueta y pasando por alto posturas doctrinales minoritarias, diremos que las fuentes nos revelan que la misma estaba dirigida únicamente a la persecución de tres concretos tipos injuriosos: *pulsare*, *verberare* y *domum vi introire*, esto es, las agresiones físicas más o menos dolorosas y la violación del domicilio. Respecto al procedimiento instaurado por la *lex Cornelia de iniuriis* es opinión dominante la naturaleza fuertemente criminal de la *actio iniuriarum* por ella introducida; estableció un particular *iudicium publicum* (particular porque la legitimación activa correspondía únicamente al ofendido¹⁴) o, al menos, dispuso el ejercicio de la acción privada en la forma de las *quaestiones*.

El motivo de la mencionada controversia doctrinal respecto a la sanción que nos ocupa reside en que, cuando Ulpiano está tratando la *lex Cornelia de iniuriis* en D. 47,10,5 (56 *ad. ed.*), tras informarnos, en los

¹² El texto de la Ley no ha sido conservado, por lo que nuestro conocimiento se limita a las citas que nos ofrecen los diversos juristas, en concreto: Paulo D.3,3,42,1; Ulp. D. 47,10,5; Marc. D.47,10,37,1; Ven. Sat. D. 48,2,12,4; PS. 5,4,8; IJ. 4,4,8.

¹³ Vid. al respecto mi anterior trabajo, DE LAPUERTA, *Estudio sobre el edictum de adtemptata pudicitia* (Valencia 1999) pp. 61-70.

¹⁴ Ulp. D.47,10,5 pr. Otras particularidades del procedimiento introducido fueron las siguientes: cabía la posibilidad de resolver rápidamente la controversia por medio del juramento *in iure* (D. *h.t.* 8); se atribuye al *filius familias* la posibilidad de *agere iniuriarum suo nomine* (D. *h.t.* 6-7); se admite la intervención de procuradores (Paulo D. 3,3,42,1); el Tribunal debía estar compuesto de forma que ninguno de los jueces fuera suegro, yerno, padrastro de la persona injuriada, o el hijo de su hermano, o quien esté en más cercana relación con éste o en relación por matrimonio, o quien es su *patronus* o el de su padres (D.47,10,5 pr.).

LA LLAMADA PENA DE *INTESTABILITAS*: LA INHABILITACIÓN...

ocho primeros párrafos, sobre las tres conocidas causas en las que era posible utilizar el particular *modus agendi* de la Ley y sobre las distintas particularidades procedimentales que ésta presentaba, comienza a referirse, en los párrafos 9-11, al condenado por componer o publicar libros difamatorios¹⁵, estableciendo que, aunque los hubiese publicado bajo falso nombre o fueran anónimos, será *intestabilis ex lege* (Párrafo 9)¹⁶. A continuación (párrafo 10) añade que a la misma pena está sujeto “en virtud del Senadoconsulto” el que hubiera hecho inscripciones o cualquier otra cosa no escrita para difamar a otro. Finalmente, Paulo¹⁷ nos informa sobre la necesidad “del”¹⁸ Senadoconsulto en el supuesto de que no se hubiese ex-

¹⁵ D. 47,10,5,9: *Si quis librum ad infamiam alicuius pertinentem scripserit, composuerit, ediderit, dolove malo fecerit, quo quid eorum fierit, etiamsi alterius nomine ediderit, vel sine nomine, uti de ea re agere liceret; et si condemnatus sit, qui id fecit, intestabilis ex lege esse iubetur. 10. Eadem poena ex Senatusconsulto tenetur etiam is, qui “epigrammata” (inscripciones), aliudve qui sine scriptura in notam aliquorum produxerit; item qui emendum vendendumve curaverit. 11. Et ei, qui indicasset, sive liber, sive servus sit, pro modo substantiae accusatae personae aestimatione iudicis pretium constituitur, servo forsitan et libertate praestanda; quid enim, si publica utilitas ex hoc emergit?*

¹⁶ Las dificultades exegéticas parten de la ausencia de un *verbum regens* en el párrafo 9, pues, literalmente, se dice que si alguno hubiese escrito, compuesto o publicado libro encaminado a la infamia de alguien, o hubiese hecho con dolo malo que se hiciera algo de esto, aunque lo hubiere publicado en nombre de otro ¿...? que se pueda demandar y que, en el caso de que haya sido condenado, el autor debe ser *intestabilis ex lege*. La omisión que hay antes del *uti* ya fue deducida por LENEL (*Paling.* 2. 768 n.1), y se han propuesto las más variadas interpretaciones por parte de la doctrina. Así, por ejemplo, LEVY, *Paulus und Sentenzenverfasser*, en *ZSS* 50 (1930) pp. 286 ss, interpreta el texto de la siguiente forma: “*Si quis librum ad infamiam alicuius pertinentem scripserit, composuerit, ediderit, dolove malo fecerit, quo quid eorum fierit, etiamsi alterius nomine ediderit, vel sine nomine «senatus consulto cautum est», uti de ea re «ex lege» agere liceret; et si condemnatus sit, qui id fecit, intestabilis ex lege esse iubetur*”.

¹⁷ Paulo D. 47,10,6 (50 *ad. ed.*): *Quod Senatusconsultum necessarium est, quum nomen adiectum non est eius, in quem factum est; tunc ei, quia difficilis probatio est, voluit Senatus publica quaestione rem vindicari. Ceterum si nomen adiectum sit, et iure communi iniuriarum agi poterit; nec enim prohibendus est privato agere iudicio, quod publico iudicio praeiudicatur, quia ad privatam causa pertinet. Plane si actum sit publico iudicio, denegandum est privatum; similiter ex diverso.*

¹⁸ En el fragmento paulino no encontramos nada que nos permita individualizar de qué senadoconsulto se trata; aparece el término “*quod*” *senatusconsultum*, pero no está claro que estas palabras hayan sido escritas por los compiladores para clarificar

presado el nombre de la víctima, ya que, debido a la dificultad de la prueba, tal SC habría introducido la publicidad de la acción (recordemos que, tanto en la *actio iniuriarum pretoria* como en la *quaestio de iniuriis ex lege Cornelia*, la legitimación activa correspondía únicamente al propio ofendido).

Ante la expresión *intestabilis ex lege* y los sucesivos datos suministrados por Ulpiano y Paulo, la doctrina ofrece muy dispares interpretaciones que trataremos de sintetizar a continuación:

a) La expresión *ex lege* debe entenderse referida a las XII Tablas: autores como MOMMSEN¹⁹ y VOCCI²⁰ entienden que las XII Tablas castigaban como ilícito público el *malum carmen*, conminando a los autores de este delito con la pena capital y la pena accesoria de la intestabilidad. A finales de la República el *malum carmen*, transformado ya en *carmen o libellus famosus*, sería incluido por el Pretor en el delito de injurias, y sujeto, por tanto, al procedimiento privado. Un SC de la época de Augusto sería el primero que, retrocediendo a la concepción originaria de este delito, incluyó los cánticos y los escritos injuriosos entre los crímenes de lesa majestad, retomando la sanción decenviral de la intestabilidad, caída en desuso tras la intervención pretoria en materia de injurias.

No estamos de acuerdo con esta interpretación. Siguiendo la posición mayoritaria de la doctrina moderna²¹, las XII Tablas (tab. 8,1 a y b) sancionaban las palabras o fórmulas de encantamiento o hechizo²², el ejercicio de prácticas mágicas nocivas (los *mala carmina*), pero no la difamación o *laesio verbis*²³. Se trataba del pronunciamiento de fórmulas de brujería

que se trataba del mismo SC mencionado en el pasaje de Ulpiano precedentemente inserto por ellos o, por el contrario, fueron escritas por el mismo Paulo y aludirían, por tanto, a un SC mencionado por él en la parte precedente del pasaje y no reproducida en el Digesto. En consecuencia, es dudoso si se trata del SC citado en Ulp. D.47,10,5,10 relativo a los epigramas y a otras composiciones no escritas, o se trata de otro SC.

¹⁹ MOMMSEN, *Derecho Penal* cit. pp. 489 ss; 610 ss.

²⁰ VOCCI, *Diritto ereditario romano* (Milán 1963) p. 392 y n.36.

²¹ Vid. por todos, MANFREDINI, *La diffamazione verbale in diritto romano I* (Milán 1979) pp. 7 ss.

²² Cfr. PLIN. *Nat. Hist.* 28,2,10 y 17.

²³ A pesar del error de P.S. 5,4,6. El sentido primitivo de *carmen* era el de fórmula mágica, encantamiento, por ello, quien utilizase tal procedimiento para causar un mal –*qui malum carmen incantassit*– era condenado a muerte. A finales de la República, al superarse las antiguas creencias, los *carmina* vienen entendidos como simples versos, perdiendo el carácter de fórmulas mágicas. Ello explica el

LA LLAMADA PENA DE *INTESTABILITAS*: LA INHABILITACIÓN...

con el fin de atraer a los espíritus malignos hacia una persona, es decir, el *reatus* de encantamiento y de sortilegio. No hay, por tanto, una transformación o continuidad entre el *malum carmen* y el *carmen famosum*. Por otra parte, debemos añadir, de un lado, que las fórmulas mágicas venían sancionados con la pena capital, pena distinta y ciertamente más grave que la de la intestabilidad, y de otro lado, que, si bien la posibilidad de “actuar” contenida en D. 47,10,5,9 indica que el remedio procesal era de alguna forma distinto a la *actio iniuriarum* pretoria, tal remedio no pudo, sin embargo, consistir en la *accusatio de maiestate*, entre otras cosas²⁴, porque en este caso no sería correcta la utilización del término *agere*.

confusionismo de la tab. 8,1 b (CIC., *de rep.* 4,10,12), donde por *malum carmen incantare* se entiende el proferir ultrajes de palabra o cantar versos injuriosos, supuesto no contemplado en la norma decenviral y para el cual se dice que las XII Tablas establecían la pena de muerte, cosa que no es cierta.

²⁴ La opinión de MOMMSEN ha sido retomada por DE MARINI AVONZO, *Coesistenza e connessione tra iudicium publicum e iudicium privatum*, en *BIDR* 59-60 (1956) p. 125 ss. Debemos señalar que la problemática de la difamación se complica especialmente si, junto a las fuentes jurídicas, se procede al estudio de las fuentes literarias (cfr. Tác. *Ann.* 1,72 y 4,21; Suet. *Aug.* 55 y Dión Cassio 55,27,1-3), ya que en estas últimas se produce una interferencia entre la esfera de represión del *crimen maiestatis* y la esfera de los tipos de *iniuria* que comentamos. Sobre tal interferencia existe una verdadera maraña de opiniones doctrinales difícilmente conciliables entre ellas. Vid., por todos, MUCIACCIA, *In tema di repressione delle opere infamanti*, en *St. Biscardi* 5 (Milán 1984) p. 61 ss. Este autor, poniendo en conexión fuentes jurídicas y literarias, llega a las siguientes conclusiones: la *lex Cornelia* habría sancionado con su particular *iudicium* y con la pena de la *intestabilitas* a los autores conocidos de libros difamatorios nominativos; Augusto habría establecido el castigo *extra ordinem* de los autores de escritos difamatorios publicados bajo nombre falso (Suet. *Aug.* 55); un SC que ya estaría vigente en el año 6 p.C, fecha en que se suceden los acontecimientos narrados por Dión Cassio 55,27, introduciría una *publica quaestio* para los supuestos en que se ignorase el destinatario de la difamación (SC al que se referirían D.47,10,5,10 y D.47,10,6) y, finalmente, que, a partir del proceso contra Cassio Severo, ocurrido entre los años 8 y 12 p. C. (Tác. *Ann.* 1,72), la represión de los escritos difamatorios de hombres ilustres se incluiría en el ámbito de la *lex maiestas*. Esta última afirmación es compartida por un amplio sector doctrinal, vid., entre otros, SCHUMACHER, *Servus index. Sklavenveranzeige im republikanischen und kaiserzeitlichen Rom* (Wiesbaden 1982) p.122 ss. y VOELK, *Zum Verfahren der “actio legis Corneliae de iniuriis”*, en *SODALITAS. Scritti in onore di A.Guarino* 2 (Nápoles 1984) p. 589. En contra BALZARINI, *De iniuria extra ordinem statui* (Padua 1983) p. 112, quien, en coherencia con su tesis, defensora de una tendencia hacia

b) La expresión *ex lege* debe entenderse referida a la *lex Cornelia de iniuriis*. Esta segunda interpretación ofrece, a su vez, diversas variantes:

b.1) Además de los tres supuestos de injurias conocidos (*pulsare, verberare, domum vi introire*) la *lex Cornelia de iniuriis* contemplaba igualmente la difamación escrita o, al menos, algún tipo de escrito difamatorio, estableciendo para los mismos, no sólo la pena de la intestabilidad, sino también su particular *iudicium*. Es ésta la tesis defendida, entre otros, por ROTONDI, SANTALUCIA, BAUMAN, ALBANESE y MUCCIACIA²⁵. Tampoco podemos suscribir esta interpretación por la sencilla razón de que afirmar que la *lex Cornelia*, además de los tres casos tradicionalmente conocidos, sancionase también un cuarto caso (*liber ad infamiam alicuius pertinens*) está en contradicción con todos los datos textuales de que disponemos; las fuentes jurídicas romanas que nos han llegado en esta materia informan exclusivamente acerca de la regulación por parte de la *lex Cornelia* de tres (no de cuatro o más) supuestos.

b.2) La *lex Cornelia de iniuriis* recoge la pena de la intestabilidad para algunos supuestos de difamación, pero no extiende a los mismos su particular *iudicium*. Es esta la tesis defendida, entre otros, por SMITH, MANFREDINI, MINIERI y, de forma más dudosa, por MANIGK y BRASIELLO²⁶. Nuevamente debemos manifestar nuestra disconformidad por las

la represión criminal *-extra ordinem-* de los diferentes tipos de difamación ya en la época de Augusto, estima que nada obliga a retener que el episodio narrado por Tácito tenga que ser entendido como prueba de la subsunción estable de la difamación de personas ilustres en el elenco de los supuestos reprimidos a título de *crimen maiestatis* y no, simplemente, una esporádica intervención de Augusto ante un caso particularmente escandaloso.

²⁵ ROTONDI, *Leges Publicae Populi Romani* (Milán 1912) p. 359; SANTALUCIA, s.v. *Silla*, en *NNDI* XXVII. La opinión de BAUMAN varía en las dos obras en las que trata nuestra temática, *The Crimen Maiestatis in the Roman Republic and Augustan Principate* (Johanesburgo 1970) p.246 ss. e *Impietas in principem* (Munich 1974) p. 25 ss.: en la primera entiende que la *lex Cornelia* contemplaba la represión de cualquier tipo de difamación, escrita u oral, no anónima; en la segunda, limita su aplicación a la difamación nominativa escrita. Para ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* (Palermo 1979) p.401, la *lex Cornelia* habría regulado el supuesto del libro difamatorio y un SC posterior extendería la pena de la intestabilidad a los supuestos difamatorios no escritos. Para la opinión de MUCCIACIA, *In tema di repressione delle opere infamanti* cit. p. 61 ss., vid. *supra* n.24.

²⁶ SMITH, *The Law of Libel at Rome*, en *CQ* (1951) p.174 ss, defiende la extensión pretoria de la sanción de intestabilidad, ya prevista en la *lex Cornelia* para los libros difamatorios dirigidos contra la aristocracia, a los *libri famosi* en

LA LLAMADA PENA DE *INTESTABILITAS*: LA INHABILITACIÓN...

razones ya expuestas: si las fuentes nos muestran que la *lex Cornelia* no tomó en consideración ningún supuesto de difamación, no pudo introducir, para tales supuestos, la pena de la intestabilidad.

b.3) La *lex Cornelia de iniuriis* no contempló ningún supuesto de difamación, sin embargo sí estableció la pena de la intestabilidad para los tres supuestos por ella regulados. Tal tesis viene defendida por VON LÜBTOW y parece subyacer igualmente en el pensamiento de DEVILLA²⁷. Para el primero, en conformidad con su espíritu aristocrático, Sila habría retomado la antigua sanción de la intestabilidad, posteriormente un SC de la época imperial habría extendido tal pena al autor de un libelo difamatorio. El único apoyo para sostener tal opinión viene constituido por el inciso *ex lege* de D. 47,10,5,9, inciso que, como venimos defendiendo, no puede entenderse referido a la *lex Cornelia*. Por otra parte, las fuentes ligan la pena de la intestabilidad únicamente a la hipótesis de difamación y no de una forma general a los supuestos recogidos en la Ley.

c) La expresión *ex lege* no hace referencia alguna a la *lex Cornelia de iniuriis*. “*Ex lege*” está calificando a *intestabilis*, por lo que la frase *ulpianea* significa que el condenado por difamación debe ser *intestabilis* legalmente, con los efectos que establece la ley²⁸; debe atribuirse a la expresión un valor más genérico, en el sentido de que se refiere al origen *lato sensu*

general, y sería un sucesivo SC quien extendió tal pena a los autores de *libelli* o *carmina*. MANFREDINI, tras mantener que la *lex Cornelia* es quien fija la intestabilidad para el supuesto del *liber editus* cuando el autor del mismo fuese condenado como consecuencia del ejercicio de la *actio iniuriarum* pretoria, entiende que un SC posterior extendería tal pena a los epigramas y “graffiti” (La *diffamazione verbale* cit. p. 205 ss); en este sentido cambia su anterior distinción entre *libri famosi* y *carmina* (*Contributti allo studio dell’iniuria in età repubblicana* (Milán 1977) p. 232). Tal SC, cuando la víctima no fuera nombrada, otorgaría, únicamente a esta víctima, la posibilidad de acceder como acusador público a la *quaestio de iniuriis*, por lo que tal *quaestio* mantendría su carácter privado (*Diffamazione* cit. p. 237 ss.). Esta última opinión corrige la manifestada en *Contributti* cit. p. 236 ss, donde entendía que Paulo hacía referencia a la *cognitio senatus*, no a la *quaestio de iniuriis*. MINIERI, *Per la storia dell’iniuria (recensione a Manfredini)* *Labeo* 26 (1980) p. 257 ss, únicamente discrepa de Manfredini respecto a la naturaleza del *iudicium* introducido por la *lex Cornelia*. Es dudoso si defienden esta interpretación o la anteriormente expuesta (b.1) MANIGK s.v. *intestabilis* cit. y BRASIELLO, *Libellus famosus*, en *NNDI IX* (1963) p. 828 ss.

²⁷ DEVILLA, *Iniuria*, en *NNDI VIII* (1965) p. 706.

²⁸ Cfr. PUGLIESE, *Studi sull’iniuria* cit. p. 139.

legislativo de la intestabilidad en cuanto tal²⁹, no a una ley en concreto. Desde esta perspectiva, autores como FERRINI, LEVY, PUGLIESE, RABER, LIEBS, VOELK y POLAY³⁰, defienden que no fue la *lex Cornelia de iniuriis* quien estableció la pena de la intestabilidad para el autor de los libelos difamatorios, sino un SC de la primera época imperial, precisamente el mencionado por Ulpiano y Paulo en los párrafos sucesivos; este SC, habría extendido a los escritos difamatorios la *quaestio ex lege Cornelia de iniuriis* y, junto a la pena principal pecuniaria, habría dispuesto la pena accesoria de la intestabilidad. Salvo algunas pequeñas precisiones, es esta la interpretación que nos parece más correcta.

En efecto, entendemos que la expresión *ex lege* no señala el dictado de una ley específica (la *lex Cornelia* u otra), sino que tiene un valor abstracto, es decir, se refiere al fundamento legislativo de la intestabilidad³¹. La utilización de tal expresión en el sentido indicado no es, en absoluto, excepcional en las fuentes jurídicas³² y, para mayor apoyo a nuestra interpretación, Gayo, precisamente refiriéndose a la intestabilidad del condenado por difamación, ya la utilizó con el significado que defendemos: *Cum lege quis intestabilis iubetur esse, eo pertinet ne eius testimonium recipiatur...*³³. No obs-

²⁹ Cfr. BALZARINI, *De iniuria extra ordinem statui* cit. p.78.

³⁰ FERRINI, *Diritto Penale Romano*, en *Enciclopedia di diritto penale* dirigida por PESSINA, I (Milán 1901) p. 237; LEVY, *Paulus und Sentenzenverfasser* cit. p. 286 ss; PUGLIESE, *Studi* cit. p.139; RABER, *Grundlagen klassischer Injurienansprüche* (Verlag Böhlau/Wien-Köln-Graz 1969) p. 4 n. 7; LIEBS, *Römisches Recht* (Gotinga 1975) p. 270 ss; VOELK, *Zum Verfahren der "actio legis Corneliae de iniuriis"* cit. p. 584 ss; POLAY, *Iniuria Types in Roman Law* (Budapest 1986) p. 149.

³¹ VOELK, *ibid.* p. 592, defiende que hay que atribuir a tales palabras un valor genérico; serían un *terminus technicus* con el que los juristas habrían indicado el contenido de la pena y no su origen. BALZARINI, *Ancora sull Lex Cornelia de iniuriis e sulla repressione di talune modalità di diffamazione*, en *Estudios Iglesias II* (Madrid 1988) p.589, se muestra más cauto en el sentido de identificar ambos conceptos: el contenido de la pena es éste, y ha sido establecido por la ley.

³² Vid. al respecto la enumeración de ejemplos ofrecida por PUGLIESE, *Studi* cit. p.139.

³³ Gayo D. 28,1,6. Este mismo sentido es adoptado en la traducción inglesa del Digesto, WATSON, *The Digest of Justinian IV* (Filadelfia 1984): "It is provided that if anyone write, compose or publish a writing pertaining to the disgrace or disrepute of another or deliberately bring it about that any of these things be done, whether the publication be in someone else's name or anonymous, then action may be brought over the issue, and if the culprit be condemned, he shall become infamous under the statute".

LA LLAMADA PENA DE *INTESTABILITAS*: LA INHABILITACIÓN...

tante, matizando la opinión de los romanistas recién citados³⁴ y, retomando las acertadas críticas de DE MARINI-AVONZO –aunque sin compartir sus conclusiones³⁵–, debemos recordar que en el *iudicium* introducido por la *lex Cornelia* la legitimación activa correspondía exclusivamente al ofendido, por lo que, si se defiende que el mencionado SC extendió el particular *agere ex lege Cornelia* a los supuestos de difamación, ¿cómo podría actuar la víctima de un escrito difamatorio no nominativo? Precisamente Paulo³⁶ señala que, debido a la *difficilis probatio*³⁷, el SC era *necesario* cuando no se expresó el nombre de aquel contra quien se obró y que, por ello, el Senado introdujo una *publica quaestio*, de donde se deduce que *quivis de populo* va a ser admitido a promoverla. Tales consideraciones nos llevan a suponer –como ya han hecho otros autores pero con un propósito y resultado diferente al nuestro³⁸–, la existencia, no de un único SC, sino de dos. Analizando con-

³⁴ Excepción hecha de VOELK, *Zum Verfahren der "actio legis Corneliae de iniuriis"* cit. p. 584 ss.

³⁵ DE MARINI AVONZO, *Coesistenza e connessione tra iudicium publicum e iudicium privatum*, cit. p. 175, entiende que, debido a la dificultad de actuar por parte de la víctima no nombrada, tanto *ex lege Cornelia* como *ex edicto ne quid infamandi causa fiat*, el SC habría dejado aplicable a este caso la hipótesis de la *quaestio de maiestate*. Sobre esta posibilidad, vid. *supra*. n. 24.

³⁶ Cfr. D.47,10,6.

³⁷ La prueba relativa a la individualización de la víctima de la difamación, que era la única que, según los principios que regulaban el ejercicio de la *actio iniuriarum* privada y de la *actio legis Corneliae*, estaba legitimada para actuar. La posibilidad de una actuación pública eliminaba, evidentemente, tal inconveniente.

³⁸ BALZARINI, *De iniuria extra ordinem* cit. p. 72 ss; *Ancora sulla "Lex Cornelia de iniuriis"* cit. p 579 ss. entiende que la pena de la intestabilidad viene impuesta por dos senadoconsultos sucesivos que introducen, igualmente, el principio de publicidad de la acción: el primero contemplaría el supuesto del *liber editus* (a él se referiría Ulpiano en D. 28,1,18,1 y D. 47,10,5,9), el segundo, el supuesto de difamaciones no editadas, como epigramas, "graffiti" o "pasquines" (a él se referirían Ulp. D. 47,10,5,10; Paulo D.47,10,6 y Marc. D.47,10,3,1); ambos senadoconsultos habrían dispuesto un procedimiento "formalmente" referido a la *lex Cornelia* pero que, lo más probable, es que se desarrollase en la forma de la *cognitio extra ordinem*. PUGLIESE, *Recensione a Balzarini, De iniuria extra ordinem satatui*, en *IURA* 34 (1983) p. 231 ss., revisando su anterior opinión al respecto (*Studi* cit. p. 139), admite también la existencia de dos senadoconsultos sucesivos, pero de distinto contenido: el primero estaría referido a los autores de cualquier tipo de difamación, escrita u oral, extendiendo a los mismos el procedimiento *ex lege Cornelia* y sancionándoles con la pena de la intestabilidad (a él se referiría Ulpiano en D. 47,10,5,9-11 y D. 28,1,18,1); el segundo se referiría a los autores de

juntamente fuentes jurídicas y literarias, entendemos que hubo un primer SC que, de un lado, extendió la *quaestio ex lege Cornelia* a todos los supuestos de difamación, ya fueran libros, libelos, epigramas o cármes orales y, de otro, impuso al autor de los mismos la pena accesoria de la intestabilidad. A este SC se refiere Ulpiano con el término genérico de *carmen famosum*³⁹ en D. 28,1,18,1: *Si quis ob carmen famosum damnatur, Senatusconsulto expressum est, ut intestabilis sit; ergo nec testamentum facere poterit, nec ad testamentum adhiberi* y en D. 47,10,5,9-11 ya transcrito⁴⁰. Un SC posterior, el referido por Paulo en D. 47,10,6⁴¹ abre a cualquiera la vía de la acusación, permaneciendo el resto del proceso y la pena iguales a cuanto había establecido la *lex Cornelia* y manteniendo la pena accesoria de la intestabilidad. Este segundo SC no limitaba la acusación pública a los supuestos de anonimato de la víctima⁴²; Paulo nos dice que el SC era *necessarium* en este caso (ya que la prueba es difícil), pero añade que, si se hubiese expresado el nombre del ofendido *también* se podría ejercitar la común acción de injurias. Se explica así la segunda parte del fragmento paulino referida a la posibilidad de concurso entre el *iudicium publicum* y el *iudicium privatum*: tal concurso no podría darse si el *iudicium publicum* fuera privativo del supuesto de anonimato de la víctima⁴³.

cualquier tipo de difamación en la que no se indicase el nombre de la víctima y permitiría, exclusivamente en este caso, que cualquiera promoviese la condena penal del culpable (a él se referiría Paulo en D. 47,10,6).

³⁹ No estamos de acuerdo, por tanto, con la identificación que hace BALZARINI, *De iniuria extra ordinem* cit. p.92, entre *carmen famosum* y *liber editus*, oponiéndolos a los supuestos de epigramas y de “pasquines” y remitiendo su regulación a dos diferentes senadoconsultos. El autor busca apoyo a su tesis en Marc. D. 47,10,37 pr-1: *Constitutionibus Principalibus cavetur, ea, quae infamandi alterius causa in monumenta publica posita sunt, tolli de medio. 1. Etiam ex lege Cornelia iniuriarum actio civiliter moveri potest, condemnatione aestimatio ne iudicis facienda*, sin embargo, Marciano no hace aquí ninguna alusión a un SC y, por otra parte, no es del todo seguro que el párrafo primero tenga el mismo objeto que el *principium*, sino que perfectamente puede referirse a una cuestión totalmente diferente, esto es, a la posibilidad de actuar *civiliter* (con la acción pretoria de injurias) para los delitos contemplados en la *lex Cornelia*.

⁴⁰ Cfr. *supra*. n.15.

⁴¹ Vid. en cuanto al término “*quod*”, n. 18.

⁴² Como, a nuestro parecer, erróneamente entiende PUGLIESE. Cfr. nota 38. Vid. al respecto, el reciente cambio de opinión de MANFREDINI, *intestabilis ex lege* cit. p.811-12.

⁴³ En este sentido, también VOELK, *Zum Verfahren der “actio legis Corneliae de iniuriis”* cit. p. 595.

LA LLAMADA PENA DE *INTESTABILITAS*: LA INHABILITACIÓN...

En conclusión, y en lo que a nuestra temática se refiere, la pena de la intestabilidad para los supuestos de difamación no vino impuesta por la *lex Cornelia de iniuriis* sino por un SC, de fecha imprecisa⁴⁴, de la primera época del Principado, por lo que podemos reafirmarnos sobre la inexistencia de mención alguna del *intestabilis* hasta la época de Augusto. En este momento y, continuando con el supuesto de la condena por difamación, se produce un alejamiento del carácter originario de nuestra sanción; el *intestabilis* ya no es únicamente el incapaz de intervenir en actos jurídicos solemnes. Los distintos comentarios de los juristas matizan y amplían el contenido de la intestabilidad: si bien Gayo parece referirse a aquel antiguo carácter cuando precisa que el *intestabilis* no podrá prestar ni recibir testimonio (D. 28,1,26), de donde Paulo deduce su incapacidad de otorgar testamento (D. 28,1,18,1), lo cierto es que, en el pensamiento de la jurisprudencia clásica, el ámbito de los actos librales queda desbordado, extendiéndose a la testificación procesal. Ello se demuestra en la prohibición de ser testigo, con carácter general y abstracto, contenida en Arc. D. 22,5,21.

En las disposiciones imperiales que comentaremos seguidamente, los diversos contenidos de la pena de intestabilidad se fragmentan y se aplican ya de forma individualizada según los casos, lo que hace que desaparezca totalmente el significado unívoco originario. Tal desaparición se hace patente en la propia época augustea, cuando la pena accesoria de intestabilidad reaparece para los condenados en virtud de determinadas leyes públicas. El análisis de las mismas nos demuestra esa elasticidad y variabilidad que venimos defendiendo: unas veces, la intestabilidad implica únicamente la incapacidad para ser testigo judicial, otras, se extiende a la incapacidad para ser testigo testamentario y, finalmente, otras, a la incapacidad para otorgar válido testamento.

Así, parece que la *lex Iulia repetundarum*⁴⁵ se refería exclusivamente al aspecto judicial de la incapacidad, concretamente, al condenado por re-

⁴⁴ No tenemos elementos suficientes para ligarlo directamente a los acontecimientos del año 6, del 8 o del 12 p.C. Vid. al respecto n.24. Sin embargo, el hecho de que en estas fechas exista ya una represión publicista de las difamaciones anónimas y apócrifas, nos permite deducir que el castigo de las difamaciones con autor conocido debió ser anterior a las mismas.

⁴⁵ Vid. ROTONDI, *Leges Publicae Populi Romani* cit. p.389; MOMMSEN, *Derecho Penal* cit. p. 443 ss: la última ley republicana acerca del delito de concusión (*crimen repetundarum*) fue dada por César en el año 59 a C; esta *lex Iulia de pecuniis repetundis* siguió en vigor en tiempos del Imperio pero fue renovada muchas veces, empezando por el propio Augusto (17 a.C.).

cibir dinero siendo magistrado o ejerciendo algún cargo público, “se le prohíbe prestar públicamente testimonio o ser juez o demandar”⁴⁶. Poniendo en relación Ulp. D.28,1,20,5 y Paulo D.22,5,15 pr.⁴⁷, se deduce que la jurisprudencia amplió esta inicial prohibición a la incapacidad para ser testigo en un testamento. Igualmente, basándose en el dictado de esta ley, los juristas extienden su pena originaria a la persona que, por causa indecorosa, fue removida del Senado⁴⁸.

Respecto al condenado por hurtar dinero público o destinado al culto (*peculatus*), en los comentarios a la *lex Iulia de peculatu et de sacrilegiis*⁴⁹ no encontramos una referencia directa a la pena accesoria de la intestabilidad; sin embargo, la imposibilidad de ser testigo judicial de tal condenado puede deducirse, *a sensu contrario*, de las palabras de Papiniano cuando nos dice que la ley del peculado no preveía tal incapacidad para el condenado por calumnias⁵⁰. Esta ausencia de previsión legal para el calumniador resulta, cuando menos, curiosa si pensamos en su establecimiento para el condenado por difamación, por ello, es lógico que Papiniano entienda que “lo que se omitió en las leyes no se omitirá por la rectitud de los juzgadores”.

También en la *lex Iulia de adulteriis*⁵¹ reaparece la pena de la intestabilidad, esta vez rodeada de una discriminación por razón de sexo

⁴⁶ Ven. D. 48,11,6,1: *Hac lege damnatus testimonium publice dicere, aut iudex esse postulareve prohibetur*. Este mismo sentido originario se desprende de las palabras de Marcelo D.1,9,2: ... *iudicare, vel testimonium dicere, quia lex Iulia repetundarum hoc fieri vetat*.

⁴⁷ Ulp. D 28,1,20,5: *Eum, qui lege repetundarum damnatus est, ad testamentum adhiberi posse existimo, quoniam in iudicium testis esse vetatur*; Paulo D. 22,5,15 pr: *Repetundarum damnatus nec ad testamentum, nec ad testimonium adhiberi potest*.

⁴⁸ Marcelo D. 1,9,2: *Cassius Longinus non putat ei permittendum, qui propter turpitudinem Senatu motus nec restitutus est, iudicare, vel testimonium dicere, quia lex Iulia repetundarum hoc fieri vetat*.

⁴⁹ De fecha dudosa pero, probablemente, del 8 a.C. Vid. ROTONDI, *Leges Publicae Populi Romani* cit. p.453.

⁵⁰ Pap. D. 22, 5, 13: *Quaesitum scio, an in publicis iudiciis calumniae damnati testimonium iudicio publico perhibere possunt? Sed neque lege Remnia prohibentur, et Iulia lex de vi, et repetundarum, et peculatus eos homines testimonium dicere non vetuerunt; verumtamen quod legibus omissum est, non omittetur religione iudicantium, ad quorum officium pertinet, eius quoque testimonii fidem, quod integrae frontis homo dixerit, perpendere*.

⁵¹ Del año 18 a. C. Vid. ROTONDI *ibid.* p. 445.

LA LLAMADA PENA DE *INTESTABILITAS*: LA INHABILITACIÓN...

típicamente romana: al condenado por adulterio, hombre o mujer, se le prohíbe ser testigo en un testamento⁵²; pero si la condena recae sobre la mujer, tal sanción se extiende igualmente a la imposibilidad de prestar testimonio en juicio⁵³. Tal diferencia de trato se explica porque la mujer, al igual que el impúber, el sordo, el pródigo o el loco, no puede ser presentada como testigo en un testamento por un problema de incapacidad, no como consecuencia de sanción alguna⁵⁴. Ello explica que, en lo referente a la mujer, la pena de la intestabilidad quede limitada a la prohibición de ser testigo judicial. Volviendo a la primera incapacidad, llaman la atención las palabras de Paulo respecto al hermafrodita, en el sentido de que será la calidad del sexo dominante lo que determine si éste puede o no ser presentado como testigo para un testamento⁵⁵.

Finalmente la *lex Iulia de vi*⁵⁶, establece una intestabilidad limitada, ya que únicamente viene a referida a la imposibilidad de prestar declaración contra el reo en los procesos contemplados por la propia ley. En D. 22,5,3,5 se prohíben tales testimonios, bien por la inconsistencia de la opinión de determinadas personas, bien por la infamia de su vida. En este último supuesto, la intestabilidad se impone como sanción al condenado en juicio público, al que estuviera bajo prisión, al que se hubiera dado en arrendamiento para luchar contra las fieras, al que se dedicase a la pros-

⁵² Pap. D. 22,5,14: *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.*

⁵³ Ulp. D. 28,1,20,6: *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; Paulo D. 22,5,18: Ex eo, quod prohibet lex Iulia de adulteriis testimonium dicere condemnatam mulierem, colligitur, etiam mulieres testimonii in iudicio dicendi ius habere.*

⁵⁴ I. 2,10,6: *Testes autem adhiberi possunt ii, cum quibus testameti factio est. Sed neque mulier, neque impubes, neque servus, neque furiosus, neque mutus, neque surdus, nec cui bonis interdictum est, neque is, quem leges iubent improbum intestabilemque esse, possunt in numero testium adhiberi.*

⁵⁵ Paulo D. 22,5,15,1: *Hermaphroditus an ad testamentum adhiberi possit, qualitas sexus incalescentis ostendit.*

⁵⁶ Probablemente las *leges Iuliae de vi publica et privata* fueron dictadas el año 17 a.C. Vid. ROTONDI, *ibid.* p. 450.

titución y al convicto de haber recibido dinero por prestar o no prestar declaración⁵⁷.

Por último, la intestabilidad reaparece en las fuentes postclásicas cristianas⁵⁸ como pena accesoria impuesta a los paganos, hebreos, herejes, maniqueos y apóstatas. A partir del siglo IV, cuando el propio Imperio se erige como custodio de la ortodoxia religiosa cristiana, los seguidores de los cultos mencionados se verán sujetos a penas notablemente más graves que la que nos ocupa⁵⁹ pero que, por lo general, vienen acompañadas de la misma. Al respecto, la normativa imperial distingue entre las diferentes categorías de no ortodoxos, pero es clara la tendencia en la época justiniana a tratar a todos los no ortodoxos de forma igualitaria. El trato más duro fue siempre reservado a los maniqueos, mientras que pueden apreciarse ciertos “privilegios” en relación a los hebreos⁶⁰. La adhesión al maniqueísmo fue considerada *publicum crimen*⁶¹, con la consiguiente *infamia perpetua*⁶² pero, lo que es indudablemente más grave, es que los odiados maniqueos fueron casi siempre sancionados con la pena capital⁶³ y sólo excepcionalmente con el exilio⁶⁴. Esta innegable mayor severidad en relación a los maniqueos pierde igualmente mucha de su singularidad si se

⁵⁷ Call. D. 22,5,3,5: *Lege Iulia de vi cavetur, nec hac lege in reum testimonium dicere liceret, “qui se ab eo parente eius liberaverit, quive impuberes erunt, quive iudicio publico damnatus erit, qui eorum in integrum restitutus non erit, quive ab bestias, ut depugnaret, se locaverit, quaeve palam quaestum faciet feceritve, quive ob testimonium dicendum vel non dicendum pecuniam accepisse iudicatus vel convictus erit”. Nam quidam propter reverentiam personarum, quidam propter lubricum consilii sui, alii vero propter notam et infamiam vitae suae admittendi non sunt ad testimonii fidem.*

⁵⁸ Cfr. MANIGK, s.v. *intestabilis* cit.

⁵⁹ Así, por ejemplo, el ejercicio de los antiguos cultos paganos fue perseguido con la pena capital, con total confiscación de los bienes (cfr. C.I. 1,11,1) y, en época justiniana, fueron expuestos al exilio perpetuo (C.I. 1,11,10); los hebreos tenían prohibido el acceso a los cargos públicos, las relaciones sexuales con mujeres cristianas y el matrimonio con las mismas, ya que la boda era considerada adulterio (C.Th. 16,8,6 (339)); los apóstatas sufrieron durísimas penas como la confiscación total del patrimonio (C.I. 1,7,1 (357)), el exilio (C.I. 1,7,6 (455)) y, en caso de inducción a la apostasía, directamente la pena de muerte (C.I. 1,7,5 (438)).

⁶⁰ C. Th. 16,8,13 (397); C.Th. 16,8,15 (404); C.Th. 16,8,20,1 (412); C.I. 1,9,2; 13.

⁶¹ Cfr. C.I. 1,5,4 (407).

⁶² Cfr. C.Th.16,5,7 (381); *infames et probosi* en C.Th. 16,5,3 (372).

⁶³ Cfr. C.Th. 16,5,9 (382); C.Th. 16,5,38 (405); C.I. 1,5,4 (407); C.I. 1,12,3 (527).

⁶⁴ Cfr. C.Th. 16,5,7 pr. (381); C.I. 1,5,5,1 (428); C.I. 1,7,6 (455).

LA LLAMADA PENA DE *INTESTABILITAS*: LA INHABILITACIÓN...

consideran las constituciones justinianas en que los mismos son formalmente equiparados a algunos herejes como los donatistas y montanistas.

El confusionismo anteriormente mencionado entre intestabilidad en sentido estricto e intestabilidad equiparada a la incapacidad de disponer *mortis causa*, se manifiesta en algunas fuentes postclásicas referidas a los maniqueos⁶⁵ y a los herejes en general y donatistas en particular⁶⁶, donde el término *intestabilis* se utiliza para señalar al sancionado con la incapacidad de otorgar válido testamento; no obstante, en la mayoría de las fuentes, la pérdida de la *testamenti factio* no se designa con el término que nos ocupa y se concibe como sanción particular⁶⁷. La pena de la intestabilidad *strictu sensu* por la práctica de religiones no ortodoxas se recoge en numerosas constituciones del Código Teodosiano, distinguiendo entre los distintos tipos de cultos⁶⁸, sin embargo, enunciaremos únicamente la definitiva reglamentación de la materia contenida en una constitución de Justiniano del año 531⁶⁹. El régimen que la misma establece es el si-

⁶⁵ Cfr. C.Th. 16,5,9 pr (382).

⁶⁶ Cfr. C.Th. 16,5,54 pr. (414).

⁶⁷ Cfr., por ejemplo, C.I. 1,5,17; 18; 19; C.I. 1,7,3, donde la prohibición de prestar testimonio se contempla como sanción independiente de la pérdida de la *testamenti factio* activa y pasiva.

⁶⁸ Cfr., por ejemplo, C.Th. 16,7,4 (para los apóstatas); C.Th. 16,5,7 pr (para los maniqueos); C.Th. 16,6,4,1 (para los cómplice de los donatistas), etc. Un tratamiento particularizado recibe en el Código justiniano el apóstata *intestabilis* cfr. C.I. 1,7,3 pr. (391): *Hi, qui sanctam fidem prodiderunt, et sanctum baptismum haeretica superstitione profanarunt, a consortio omnium segregati sint, a testimoniis alieni, testamenti, ut ante iam sanximus, non habeant factionem, nulli in hereditate succedant, a nemine scribantur heredes.*

⁶⁹ C.I. 1,5,21: *Quoniam multi iudices in derimendis litigiis nos interpellaverunt, nostro indigentes oraculo, ut eis reseretur, quid de testibus haereticis statuendum sit, utrumne accipiantur eorum testimonia, an respuantur, sancimus, contra orthodoxos quidem litigantes nemini haeretico, vel his etiam, qui Iudaicam superstitionem colunt, esse in testimonia communionem, sive utraque pars orthodoxa sit, sive altera. Inter se autem haereticis vel Iudaeis, ubi litigandum existimaverint, concedimus foedus permixtum, et dignos litigatoribus etiam testes introduci, exceptis scilicet his, quos vel Manichaeus furor, cuius partem et Borboritas esse manifestissimis nihilominus, et qui illis non absimiles sunt, id est Montanistis, et Ascodrogitis, et Ophitis, quibus pro reatu similitudine omnis legitimus actus interdictus est. Sed his quidem, id est Manichaeis, Borboritis, et paganis, necnon Samaritis, et Montanistis, et Ascodrogitis, et Ophitis, omne testimonium, sicut et alias legitimas conversationes, sancimus esse interdictum. Aliis vero*

guiente: a) ningún no ortodoxo, incluidos los hebreos, puede prestar testimonio contra litigantes ortodoxos; b) ciertos “herejes” particularmente mal vistos no podrán, en ningún caso, actuar como testigos: maniqueos, borboritas, paganos, samaritanos, montanistas, ascodrogitas y ofitas; c) los judíos y el resto de herejes no mencionados en el apartado anterior, recibirán un trato especial que se manifiesta en una doble vertiente: c.1) podrán actuar como testigos en los litigios que éstos tengan entre sí; c.2) podrán actuar como testigos en los testamentos y contratos.

Con estas disposiciones imperiales cristianas finalizamos el estudio de las fuentes referidas al *intestabilis* y a la llamada pena de la intestabilidad, concluyendo, como avanzamos al principio, que no es posible ofrecer una definición general sobre la misma ya que presenta un contenido elástico y variable según las épocas y según la concreta disposición que la establezca. Remontándonos a su origen decenviral, la primitiva inhabilitación para ser testigo y para recibir testigos en los actos librales, se bifurca y amplía. Así, una vez desaparecidos dichos actos, los dos aspectos de la antigua prohibición quedan reducidos ahora, respectivamente, a la prohibición de ser testigo testamentario y a la prohibición de otorgar válido testamento. Por otra parte, la pena de la intestabilidad se extiende al ámbito procesal, de forma que también es considerado *intestabilis* la persona a quien se incapacita para ser testigo en un juicio. En cualquier caso, podemos afirmar que, ya en la época clásica, pero sobre todo en la época postclásica y justiniana, la intestabilidad se presenta siempre como una pena accesoria cuyo contenido mínimo consistirá en la prohibición, con carácter general o limitada a determinados supuestos, de ser testigo judicial o testamentario. Por su parte, la privación de la *testamenti factio* activa suele recibir un particular tratamiento en las fuentes, lo que hace que, en muchas ocasiones, quede independizada de la general pena de intestabilidad.

haereticis tantummodo iudicialia testimonia contra orthodoxos, secundum quod constitutum est, volumus esse inhibita. Ceterum testamentaria testimonia eorum, et quae in ultimis elogiis vel in contractibus consistunt, propter utilitatem necessarii usus eis sine ulla distinctione permittimus, ne probationum facultas angustetur.