

# LA CONDENA PENAL COMO CAUSA DE PRIVACIÓN DE LA *TESTAMENTI FACTIO ACTIVA*<sup>1</sup>

Por

PATRICIA PANERO ORIA  
Profesora titular Derecho Romano  
Universidad de Barcelona

[ppaneror@ub.edu](mailto:ppaneror@ub.edu)

*Revista General de Derecho Romano* 35 (2020)

RESUMEN: La doctrina general considera que la *testamentifactio activa* sigue las reglas generales de la capacidad jurídica y de la capacidad de obrar, pero en la esfera del Derecho de Sucesiones la disciplina de la capacidad es particular, como lo es la propia institución de la sucesión hereditaria. Nos ocupamos en este trabajo de todos aquellos ciudadanos romanos que no pueden testar *iure civili*, principalmente de los que han sido privados de su capacidad de testar por haber cometido algún delito público, planteándonos si realmente es una consecuencia de su *capitis deminutio* o si, por el contrario, se perfila como una pena autónoma.

PALABRAS CLAVE: Derecho sucesorio, derecho penal, *testamenti factio*, penas.

## CRIMINAL CONVICTION AS A CAUSE OF DEPRIVATION OF THE *TESTAMENTI FACTIO ACTIVA*

ABSTRACT: The general doctrine considers that *testamentifactio activa* follows the general rules of legal capacity and capacity to act that were applicable to testamentary capacity, but in the sphere of inheritance law the discipline of capacity is particular, as is the very institution of hereditary succession. In this paper we deal with all those Roman citizens who cannot make a *iure civili* will, mainly those who have been deprived of their capacity to make a will for having committed some public crime, wondering if it is a consequence of their *capitis deminutio* or if it is outlined as an autonomous penalty.

KEY WORDS: Inheritance law, criminal law, *testamenti factio*, penalties.

---

<sup>1</sup> Es para quien suscribe este humilde trabajo un gran honor poder participar en el merecido homenaje *in memoriam* del Profesor Dr. Enrique Gómez Royo, que tuvo a bien dirigir mi tesis doctoral, y con quien compartí largos veranos en el Leopold Wenger Institut de Munich. Agradecimiento, respeto y cariño en lo profesional y en lo personal, siempre me acompañarán en su recuerdo.

Si bien las reglas generales de la capacidad jurídica y de la capacidad de obrar eran aplicables a la capacidad de testar<sup>2</sup>, como dice BIONDI<sup>3</sup>, en la esfera del Derecho de Sucesiones la disciplina de la capacidad es particular, como lo es la propia institución de la sucesión hereditaria<sup>4</sup>.

La capacidad de hacer testamento, la de ser heredero, legatario o tutor, y la de actuar como testigo, es designada por el Derecho Romano con un término único: *testamenti factio*<sup>5</sup> y como es sabido, son los intérpretes medievales los que distinguen entre la *testamenti factio activa* (capacidad de testar)<sup>6</sup> y la *passiva* (capacidad de ser heredero), siendo las fuentes jurídicas ajenas a esta distinción<sup>7</sup>.

En cualquier caso, nuestro trabajo toma en consideración exclusivamente la hoy llamada *testamenti factio activa*, aquella *ius faciundi testamenti* (Gai. III.75), que en líneas generales se refiere tanto a la capacidad jurídica como a la capacidad de obrar<sup>8</sup>.

No se encuentra en las fuentes romanas una teorización de la *testamenti factio*<sup>9</sup>, si bien muchos son los fragmentos que se refieren a ella de una forma u otra. Así, el Libro 28 del Digesto, trata en su título 1 de *qui testamentum facere possunt, et quemadmodum*

---

<sup>2</sup> En una acepción vulgar y amplia, capacidad equivale a “aptitud”, si bien en las fuentes romanas falta un nombre técnico para designarla, ya que *capacitas*, *capax* y *caput* no son utilizados con carácter genérico. PANERO R., *Derecho Romano*, 5 ed., Valencia, 2015, p. 193.

<sup>3</sup> BIONDI, B., *Diritto Ereditario Romano (parte generale)*, Milano, 1954, p. 189.

<sup>4</sup> Recordemos que no hay en Derecho Romano un término específico que designe la capacidad jurídica, si bien, existen diferentes términos con el valor de una capacidad jurídica específica y que designan la aptitud de alguien para poder ser titular de una determinada relación. Así, entre otros, *commercium*, *connubium*, o *testamentifactio*. PANERO, *Derecho Romano...*, cit., pp. 193-194.

<sup>5</sup> Vid. BIONDI, *Diritto ereditario romano...*, cit., p. 195, *Sucesión testamentaria y donación*, Barcelona, 1960, trad. de la 2ª Ed. italiana por M. FAIRÉN, pp. 83-86; KRUEGER, H., “*Testamenifactio*”, *ZSS* 53 (1932), pp. 505-509; VOGLI, P., *Diritto Ereditario Romano, vol. I. Introduzione. Parte Generale*, 2ª ed. Milano, 1967, pp. 387-399.

<sup>6</sup> Gai. I.2, 114; D. 28.1 dedicado a “*qui testamenta facere possunt et quemadmodum testamenta fiat*”, y C. 6.22 bajo el título “*qui testamenta facere possunt*”.

<sup>7</sup> Como apunta BIONDI, *Sucesión...*, cit., p. 83, en el lenguaje técnico, se habla de *testamentifactio cum aliquo: cum herede*, (D. 28.5.31 pr.) *cum legatario* (D. 33.3.5); *cum testatore* (Tit. Ulp. 22.1); *cum tutoribus* (D. 26.2.21) *cum testibus* (I. 2.10.6).

<sup>8</sup> Se refieren a la primera D. 28.1.8.4 (Gai. 17 ad Ed. Prov.); D. 29.7.8.3 (Paul. I s de iure cod.) y a la segunda: D. 28.1.18 pr (Ulp. I ad Sab.); D. 28.6.43 pr (Paul. 9 Quaest.); D. 49.15.10.1 (Pap. 29 Quaes.).

<sup>9</sup> vid. sobre su naturaleza jurídica, LEUREGANS, P., “*Testamenti factio non privati sed publici iuris est*”, *RHD* 53 (1975), pp. 225-257.

*testamenta fiant*, y el Código de Justiniano, en el título 22 del libro sexto, de *qui testamenta facere possunt, vel non*.

Tanto la *testamenti factio activa* como la *passiva* hoy día siguen teniendo el mismo sentido, y la dogmática moderna encuadra la *testamenti factio activa* entre los requisitos subjetivos de la sucesión hereditaria. Nuestro Código Civil se refiere a ella en apenas cinco artículos recogidos en el libro III, título III, capítulo Primero, sección primera, “De la capacidad para disponer por testamento”, y siguiendo el mismo criterio que en época romana, puede testar el que tiene capacidad jurídica y de obrar, siendo por tanto, incapaces para ello los menores de 14 años y los que no se hallen en su cabal juicio, si bien es válido el testamento antes de la enajenación mental o del loco en un intervalo de lucidez (arts. 663 y 664). Sin embargo, se separa del criterio romano en relación al momento en el que se requiere la *testamenti factio*, que se exige, como veremos, desde la confección del testamento hasta el fallecimiento. Así, según recoge el art. 666, “para apreciar la capacidad del testador, sólo se atenderá al estado en el que se halle al tiempo de otorgar testamento”.

El objeto de nuestro trabajo se centra en analizar qué personas que no pueden *facere testamentum* por haber sido condenadas; sin embargo consideramos necesario primero, llevar a cabo un breve repaso de quiénes son las personas que pueden testar en su sentido más restrictivo, siendo conscientes de que las reglas serán unas u otras dependiendo de la existencia o no de testamento: Así, debemos tener presente que la *testamenti factio* no se limita a la sucesión testamentaria, como se desprende de la propia etimología del término, confundándose la capacidad de testar con la de disponer en sentido más genérico y que sus reglas pueden coincidir o no, con las establecidas para aquellas personas que pueden tener herederos *ab intestato*, y de las que no vamos a ocuparnos.

Delimitando por tanto, cada vez más, actuando por vía de contraposición, y siguiendo como ya es habitual en nuestros trabajos una metodología ciceroniana<sup>10</sup>, veamos quien puede testar y quien no. El punto de partida será, la capacidad de hacer testamento<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Queremos recordar, aunque queda al margen de la presente investigación, pero no de nuestro interés, que el pensamiento tópico es tema discutidísimo en la ciencia romanista, y que el interés personal de quien suscribe el presente texto queda patente en algunas de nuestras recientes publicaciones, cuya propuesta metodológica, como ya hemos manifestado en reiteradas ocasiones, es influencia directa de las enseñanzas de mi maestro.

<sup>11</sup> Para ello actuaremos según el sentir de CICERÓN sobre la *definitio*, (Topica VI, 26-29), donde habla del “modo” para lograr una definición, y explica que hay que separar lo que la cosa que se quiere definir tiene en común, *comunia*, con otras debiendo buscar lo que le sea propio, *dum proprium efficiatur* o sea, la última diferencia, que no pueda ser

Sin embargo, *non est satis*, ya que como es sabido el término *capacitas*<sup>12</sup> latino no solo no es utilizado por los romanos con el carácter genérico de capacidad jurídica, sino también que es entendido como la aptitud no para poder suceder, sino para poder coger -*capere*- los bienes hereditarios, y alude a una capacidad especial introducida con el fin de incrementar la natalidad a través de la legislación matrimonial de Augusto, respecto de los solteros o de los casados sin hijos<sup>13</sup>, y derogada en su práctica totalidad por Justiniano.

Conviene recordar que, en Derecho Romano, en particular en las primeras épocas, la *testamenti factio* coincide con el *status personae* que se requiere en general para la capacidad, por lo que como apunta BIONDI, única es la terminología y uniforme el régimen: así sólo podrán testar *iure civili*, los ciudadanos romanos<sup>14</sup> que gozaran tanto de plena capacidad jurídica como de capacidad de obrar; es decir, los *patresfamilias*<sup>15</sup>, en cuanto sean libres, ciudadanos romanos y *sui iuris*<sup>16</sup>.

Analicemos ahora cada una de estas situaciones, pero siempre desde las contraposiciones; Así, en relación a la libertad, no podrán testar:

1. Los esclavos, *successores habere non potest*<sup>17</sup> ya que no tienen un patrimonio, ni pueden ser titulares de relaciones jurídicas quedando al margen de la sucesión hasta época Justiniana. En este punto consideramos necesario diferenciar entre: a) los esclavos que lo son por nacimiento o por cautividad de guerra -*servi iusti*- y b) los

---

transferido a ninguna otra cosa, *quod nullam in aliam rem transferri possi* Los ejemplos que ofrece, *ibídem*, son la *hereditas*, y los *gentiles*.

<sup>12</sup> Además de su valor como “medida de líquidos”, PANERO, *Derecho Romano...*, cit., p. 193.

<sup>13</sup> Así, todos los *caelibes* que no contraigan matrimonio dentro de los cien días siguientes a la apertura de la sucesión, no podrán adquirir los bienes hereditarios, y lo mismo en relación a los *orbi*, casados, que no hayan tenido un número determinado de hijos, que solo podrán adquirir la mitad de la herencia o legado. La posible *incapacitas*, jugando de nuevo con las contraposiciones, afecta a la adquisición de la herencia, no a la delación. Tit. Ulp. 15, 16, 17.1.3 y 22.3.

<sup>14</sup> BIONDI, *Diritto ereditario romano...*, cit., pp. 195 y 196 y *Sucesión...*, cit., p. 84. Se exige la misma capacidad al que otorga testamento como al que lo recibe en especial en el antiguo *testamentum per aes et libram*, pero a medida que el testamento se empieza a separar de la *mancipatio*, aparecen otras incapacidades derivadas de las propias leyes que hacen que la *testamentifactio* no coincida con la capacidad jurídica general, separándose incluso de la de ser testigo o heredero, hasta el punto de que alguien puede tener capacidad jurídica y no *testamentifactio* o viceversa. En este sentido, *Vid ad ex. D. 28.1.16 (Pomp. sing. Reg.)*

<sup>15</sup> Así se pronuncia CICERÓN, *Auct. ad Her.* I. 23, en relación a las XII Tablas.

<sup>16</sup> Huelga decir que no son requisitos específicos de la sucesión hereditaria, sino de los exigidos para ser considerado sujeto de derecho.

<sup>17</sup> C. 6.59.4.

ciudadanos romanos que han perdido la libertad ya sea por condena penal<sup>18</sup> o por caer en cautividad -*servi hostium*-, que como es obvio, no podrán disponer de sus bienes.

En relación a los primeros, merecen especial atención los destinados por Roma a servicios públicos, -*servi publici*-, a los que se les atribuía la facultad de disponer de la mitad de su peculio en testamento<sup>19</sup>. Por su parte, los segundos, esto es los romanos que han perdido la libertad, si es por condena penal, como veremos, no podrán hacer testamento por perder la ciudadanía o incluso la libertad, además de todo su patrimonio<sup>20</sup> y en el caso de que hayan caído en poder de los enemigos, acabarán por gozar de una serie de privilegios, como son el *ius postlimini* y la *fictio legis Corneliae* y así al no perder su ingenuidad, si recuperaran la libertad, son considerados como si nunca hubieran sido hechos prisioneros, y si mueren en poder de los enemigos, se considera que mueren en el campo de batalla como ciudadanos, siendo válido por tanto el testamento hecho con anterioridad<sup>21</sup>.

Partiendo de la base de que los esclavos no gozan de *testamenti factio*, podríamos, por contraposición afirmar que toda persona libre, por ser sujeto de derecho, o por gozar de capacidad jurídica puede disponer de sus bienes; Sin embargo, *non est satis*, ya que siguiendo el *iter* anunciado, se exige también ser ciudadano romano, debido a que Roma concibe su derecho como algo propio y exclusivo de los *civis*, quedando excluidos los que no lo son. A pesar de ello, este requisito se irá diluyendo en el tiempo, y se empezará a reconocer cierta capacidad limitada al no ciudadano. Así,

2. A los *Latini*<sup>22</sup>, a pesar de no ser ciudadanos, se les permite testar con ciertas restricciones<sup>23</sup>, pero no a los *Latini Iuniani*, en virtud de una prohibición expresa recogida

---

<sup>18</sup> Estos, como veremos, de iure son de la pena, y de facto *servi sine domino*, PANERO, *Derecho Romano...*, cit., p. 211, n. 8.

<sup>19</sup> Tit. Ulp. 20.16: *Servus publicus populi Romani partis dimidia testamenti faciendi habet ius*. En relación a los esclavos particulares, apunta Plinio (Ep. 8.16.2) se les permite de facto, *quasi testamentum facere*, ya que en la práctica era bastante frecuente que estos gozaran de un peculio que *de iure* correspondía a su dueño, pero del que éste permitía que dispusieran, si bien se trata de un mero deber moral, y el *dominus* puede prescindir absolutamente de la voluntad del esclavo.

<sup>20</sup> Salvo una cuota que se deja a los hijos, en los casos de sucesión *ab intestato*, D. 48.20.7 (Ulp. 35 ad Sab.).

<sup>21</sup> D. 49.15.18 (Ulp. 35 ad Sab); D. 28.1.12 (Iul. 42 Digest.); D. 28.3.6.12 (Ulp. 10 ad Sab.).

<sup>22</sup> Como apunta VOGLI, *Diritto ereditario...*, cit., pp. 388-389, la latinidad puede significar pertenencia o no a una comunidad latina; en el primer caso, no podrán tener herederos entre los romanos ni civiles ni pretorios, y en el segundo como en el caso del esclavo manumitido de forma no solemne, tampoco.

en la *Lex Iunia Norbana*<sup>24</sup> ya que al morir, sus bienes volvían al *manumisor*, lo que impide que pudieran disponer de ellos, siendo incapaces para testar<sup>25</sup> porque como matiza Salviano, *vivunt cuasi ingenui, muriuntur ut servi*<sup>26</sup>.

3. Por su parte, los *Peregrini*<sup>27</sup> testarán según el propio derecho nacional de la comunidad a la que pertenecen, pudiendo hacerlo sólo si éste lo permite<sup>28</sup>. Vemos así que al igual que sucede hoy día, la sucesión por causa de muerte se regula por la ley nacional del difunto, (art. 9 del Cc)<sup>29</sup>.

En el caso concreto de los *Peregrini Dediticii* al no pertenecer a ciudad alguna, se encuentran en la misma situación que los *Latinii Iuniani* no pudiendo, por tanto, hacer testamento.

4. Se encuentran en una situación particular aquellos que son privados de la ciudadanía romana por condena penal, sobre los que volveremos más adelante, al constituir el objeto principal de este trabajo, o por aplicación de la *Lex Aelia Sentia* que atribuye la condición de *Peregrini nullius civitatis* a los esclavos manumitidos que hayan

<sup>23</sup> cfr., MITTEIS, *Römische Privatrecht*, I, p. 72, n. 120, citado por BIONDI, *Sucesión...*, cit., p. 89, n. 15.

<sup>24</sup> Ley que regula la situación de los esclavos manumitidos de forma no solemne, que al no adquirir *iure civili* es *status* de ciudadano romano, vivían en una especie de libertad de hecho.

<sup>25</sup> Tit. Ulp. 20.14: *Latinus Iunianus, item is, qui dediticiorum numero est, testamentum facere non potest: Latinus quidem, quoniam nominatim lege Iunia prohibitum est; is autem, qui dediticiorum numero est, quoniam nec quasi civis Romanus testari potest, cum sit peregrinus, nec quasi peregrinus, quoniam nullius certae civitatis civis est, ut secundum leges civitatis suae testetur.* Gai. I.23 y Gai. III.56.

<sup>26</sup> Adv.Ovar. 3.7.

<sup>27</sup> Tit. Ulp. 20.14; Gai. I. 23-25. Solo podrán testar los *alicuius civitatis*.

<sup>28</sup> Con la Constitución de Caracalla del año 212 deberían haberse unificado el derecho romano y los derechos provinciales, si bien, como apunta BIONDI, *Sucesión...*, cit., p. 89, la influencia de éstos sobre aquel en materia testamentaria fue bastante limitada, debido, principalmente a que desde el s. I, la traducción del codicilo colocó las disposiciones *mortis causa* en el plano universal, extendiéndose muchos de sus principios a los testamentos.

<sup>29</sup> Es nueva y novedosa la referencia que hace el Reglamento (ue) no 650/2012 del parlamento europeo y del consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la "competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo", en cuanto a la necesidad de concretar en testamento la ley aplicable a la sucesión, en caso de residir fuera de tu país, lo que parece eliminar la aplicación del art. 10 del Cc relativo a la determinación de la ley personal por nacionalidad.

cometido algún delito<sup>30</sup>. En este caso, como no podrán testar<sup>31</sup> el destino de los bienes dependerá de si la manumisión se hubiera realizado por un acto civilmente válido -les habría concedido la ciudadanía si no hubieran delinquido- o no -caso de los *Latini Iuniani* en cuanto será de aplicación su propio régimen<sup>32</sup>.

Llegados a este punto, podemos afirmar que toda persona libre, y ciudadana romana goza de *testamenti factio*. Sin embargo, y volviendo al proceder ciceroniano, *non est satis* afirmar que todos ellos puede testar, y deberemos detenernos en el último de los requisitos exigidos para poder hacer testamento, esto es el ser *sui iuris*.

Pero tampoco se puede afirmar que todos los *sui iuris* pueden testar. Recordemos que la sociedad primitiva romana se basa en el carácter patriarcal de la familia, por lo que sólo su jefe -el *paterfamilias*- tendrá plena aptitud, -capacidad- ante el Derecho<sup>33</sup>, y, volviendo a actuar por contraposición, y dejando al margen a las mujeres, en relación a los ciudadanos romanos, y tomando como base el Tit. Ulp. 20, 12-14 como apunta PANERO, por su claridad, concisión y razonamiento<sup>34</sup>, vemos que no pueden testar:

a) Los *filiis familias*, ni con el consentimiento del *pater*, ya que *nihil suum habere potest*. En efecto, apunta Ulpiano que *testamentum facere non possunt*<sup>35</sup> (Tit. Ulp. 20.10<sup>36</sup>) lo que se mantiene incluso en época Justiniana, si bien, este principio restrictivo sufrió una brecha importante desde que se admitió su capacidad para testar sobre los bienes que formaban parte del llamado *peculium castrense* en derecho clásico (Tit. Ulp. 20.10) y del *peculium quasi castrense* en el derecho postclásico<sup>37</sup>, llegando a ser titulares de los *bona adventicia*<sup>38</sup>, y por tanto capaces de testar respecto a ellos. Sin

---

<sup>30</sup> Gai. I.13-15.

<sup>31</sup> Tit. Ulp. 20.14.

<sup>32</sup> Gai. III.74-76.

<sup>33</sup> Con el tiempo, el gran número de excepciones a la incapacidad patrimonial de los *alieni iuris*, terminará por consagrar lo contrario, jugando un papel decisivo el régimen de los peculios. PANERO, *Derecho Romano...*, cit., p. 202.

<sup>34</sup> *Derecho Romano...*, cit., p. 681, n. 26.

<sup>35</sup> Coincidimos con VOICI, *Diritto ereditario...*, cit., p. 390, n. 18, en hacer extensiva la afirmación de Ulpiano a la sucesión *ab intestato*.

<sup>36</sup> *Filius familiae testamentum facere non potest, quoniam nihil suum habet, ut testari de eo possit. Sed divus Augustus <marcus> constituit, ut filius familiae miles de eo peculio, quod in castris adquisivit, testamentum facere possit.*

<sup>37</sup> I. 2.12 pr.

<sup>38</sup> En relación al *peculio castrense*, no se abre la sucesión intestada, volviendo los bienes al *pater*. En Derecho justiniano en cambio, es posible ésta también, y el

embargo, el *filius*, a pesar de que puede testar en relación al peculio castrense, si no lo hace, sus bienes serán devueltos al *paterfamilias iure civili* y no a título hereditario<sup>39</sup>.

b) Los *impúberes* a pesar de ser *sui iuris*, ni con la *auctoritas tutoris*, ya que no tienen la plena madurez de juicio *-nondum plenum iudicium animi habet-* (Tit. Ulp. 20.12<sup>40</sup>), que se exige para hacer un testamento, entendido éste como acto jurídico unilateral personalísimo<sup>41</sup>.

c) Tit. Ulp. 20.13<sup>42</sup> manifiesta de modo expreso que el *mutus*, *surdus*, *furiosus*, así como el pródigo, *cui lege bonis interdictum est, testamentum facere non possunt*, y a pesar de que estas personas participan de un mismo tratamiento jurídico, ello no significa que carezcan de una singularidad y autonomía jurídica propia, pues la razón, afirma Ulpiano, por la que cada una de ellas no puede testar es distinta, así, el *mutus* no puede otorgar el testamento *per aes et libram* porque no puede pronunciar las palabras propias de la declaración del testamento; el *surdus* porque no puede oír las palabras del comprador<sup>43</sup>; el *furiosus* porque no tiene la inteligencia para disponer de sus bienes<sup>44</sup>; y

---

cuasicastrense se equipara al militar en cuanto a la capacidad. Cfr. VOCI, *Diritto ereditario...*, cit., p. 390, n. 18.

<sup>39</sup> Por lo que no podrá tener herederos *ab intestato*. A partir del s. IV se inicia un movimiento legislativo decidido a admitir la apertura de la sucesión intestada respecto al peculio de los *filifamiliae*. Teodosio II y Valentiniano III disponen que los hijos de un *filiusfamiliae*, podrán sucederle en relación a los bona materna, reservándose el *pater* exclusivamente el usufructo (CTh. 8.18.10.2), principio que se mantiene hasta Justiniano que en sus Novelas, concretamente en la 118, que regula la sucesión *ab intestato*, trata de la misma forma a los *patres* y a los *fili*, admitiendo por tanto que estos tengan sucesores *ex lege*. BIONDI, *Diritto ereditario romano...*, cit., pp. 191 y 192, cfr. C. 6.61.3-4-6.

<sup>40</sup> *Inpubes, licet sui iuris sit, facere testamentum non potest, quoniam nondum plenum iudicium animi habet.*

<sup>41</sup> Apunta BIONDI, *Sucesión...*, cit., p. 97, n. 50, la incertidumbre existente sobre si hubo o no excepciones a este principio, como podría ser el caso del pupilo que hubiera obtenido el *tribunatum numeri mereantur*, o el del impúber que se retira a una vida monástica, o de las Vestales.

<sup>42</sup> *Mutus, surdus, furiosus, item prodigus, cui lege bonis interdictum est, testamentum facere non possunt: mutus, quoniam verba nuncupationis loqui non potest; surdus, quoniam verba familiae emptoris exaudire non potest furiosus, quoniam mentem non habet, ut testari de ea re possit prodigus, quoniam commercium in illi interdictum est, et ob id familiam mancipare non potest.*

<sup>43</sup> Hay que diferenciar aquí entre la incapacidad de testar, y la incapacidad de disponer de los bienes mediante una determinada forma de testamento; la ley romana, si bien en las primeras épocas se limita al testamento oral *-per aes et libram-* y por tanto la incapacidad del mudo y el sordo es general, con el tiempo, al reconocerse otras formas diversas de testar, esta incapacidad debería haber perdido su fundamento, y así tanto el mudo como el sordo, podrían llegar a hacer testamento escrito. Sin embargo, el sordo y el mudo fueron siempre considerados incapaces, como se desprende de D. 28.1.6.1 (*Gai*

el *prodigus* porque le han prohibido el comercio y, por tanto, no puede vender su patrimonio. En este último caso, el testamento hecho antes de la declaración de incapacidad es válido<sup>45</sup>.

Deshaciendo lo andado, hasta ahora sabemos que los únicos legitimados para hacer testamento salvo excepciones, son los *patresfamilias*<sup>46</sup>: aquellos sujetos que gozan de plena capacidad jurídica y capacidad de obrar. Sin embargo, *non est satis*, ya que incluso éstos soportan restricciones, y teniendo en cuenta las reglas generales de la capacidad jurídica, todos aquellos que hubieran sufrido una *capitis deminutio máxima* sea por haber muerto prisionero (como *servi hostium*) o por condena penal; o *media*, incluso por condena, eran privados de la *testamenti factio*. Recordemos que los impúberes, como ya hemos apuntado no la tienen, por lo que la *capitis deminutio mínima* sólo afectará al arrogado.

Se considera nulo incluso el testamento otorgado antes de haber incurrido en *capitis deminutio*<sup>47</sup> hasta que en el año 81 a.C. y en aplicación del principio del *favor testatoris*, una *Lex Cornelia* admitió su validez, fingiendo que el testamento se había otorgado inmediatamente antes de haber perdido la libertad o la ciudadanía.

Como excepción, el *miles* condenado a muerte por delito militar puede, a pesar de mutar su *status*, hacer testamento en relación a los *bona castrensia*, y siempre que lo permita en la misma sentencia el que le condenó<sup>48</sup>, disponer fideicomisos, establecer donaciones por causa de muerte, e incluso, tener herederos *ab intestato*<sup>49</sup>, lo que no sorprende al ajustarse al régimen especial del que goza<sup>50</sup>.

---

17 ad Ed. prov.), D. 28.1.16 pr (*Pomp. l. s. Regul.*). Cfr. BIONDI, *Sucesión...*, cit, pp. 99 y 100, *Diritto ereditario romano...*, cit., p. 197, debiendo impetrar autorización al emperador para poder testar D. 28.1.7 (*Marc. 1 ad leg. vices. hered.*). En derecho justiniano este tipo de incapacidad se limita a los sordomudos de nacimiento, pudiendo testar aquellos que hubieran sufrido la enfermedad después de testar, C. 6.22.10, C. 6.23.29; l. 2.12.3.

<sup>44</sup> Sobre la posibilidad de testar en un intervalo, vid. SOLAZZI, S., *I lucidi intervalli dell furioso*, AG 89 (1923). pp. 80 y ss.

<sup>45</sup> D. 28.1.18 pr (*Ulp. 1 ad Sab.*); D. 37.11.1.9 (*Ulp. 39 ad Ed.*); l. 2.12.2 e l. 2.12.13.

<sup>46</sup> En el caso de las mujeres, en época arcaica sólo pueden testar las vestales, y no es hasta la época clásica cuando pueden otorgar testamento las que no estén sometidas a la *manus marital*, y siempre que lo autorice el tutor. No se equiparará la *testamentifactio* entre ambos sexos hasta Justiniano.

<sup>47</sup> Gai. II.145 y 147.

<sup>48</sup> D. 28.3.6.6 (*Ulp. 10 ad Sab.*), D. 29.1.11 pr (*Ulp. 45 ad Ed.*).

<sup>49</sup> ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, pp. 325-326.

<sup>50</sup> D. 29.1.4 (*Marc. 10 Digest.*).

Con el paso del tiempo, las causas de incapacidad para hacer testamento derivadas del *status* de las personas van desapareciendo; y así empiezan a desaparecer antiguas limitaciones, a medida que van apareciendo otras derivadas de disposiciones legislativas no contempladas en la antigua *testamenti factio*<sup>51</sup> lo que según BIONDI<sup>52</sup>, incluso afecta a la terminología, no existiendo para esas nuevas incapacidades un nombre técnico, limitándose las fuentes decir que la persona puede o no testar.

Se designa a veces con el nombre genérico de *intestabilis*<sup>53</sup>, reservándose el tradicional término de *testamenti factio* a la capacidad que resulta del mencionado *status personarum*. Así, el *intestabilis* es aquella persona que, de forma genérica, es incapaz de testar. Las XII Tablas<sup>54</sup> se refieren con este término a aquel que, llevado como testigo o *libripens* a una *mancipatio*, se niega a prestar testimonio de lo ocurrido en su presencia; esto le va a suponer no solo una incapacidad para volver a ser testigo, sino también para no poder llevarlos él a cualquier acto jurídico, por lo que afecta a la capacidad de hacer testamento, al menos en el antiguo testamento *per aes et libram*, si bien a medida que este tipo de testamento se separa de la *mancipatio*, se califica como *intestabilis* de forma genérica, como hemos dicho, a aquella persona que no puede disponer de sus bienes<sup>55</sup>. La propia ley castiga a los condenados por injuria -*ob carmen famosum*-, declarándolos *intestabiles*, al igual que un senadoconsulto de la época de Augusto<sup>56</sup>. Siendo posteriormente utilizada en época posclásica como medida de persecución religiosa<sup>57</sup>.

---

<sup>51</sup> Como sería la aparición de otras formas testamentarias como las escritas, que acabarían, en algunos casos, como hemos visto supra n. 43 con las incapacidades derivadas de los requisitos formales exigidos en los antiguos testamentos. Como en el caso del mudo o del sordo o incluso del pródigo, o de la mujer que a partir de la época clásica, puede otorgar testamento si no está sometida a la potestad del marido.

<sup>52</sup> *Diritto ereditario romano...*, cit., p. 196.

<sup>53</sup> Cfr. Sobre la noción de *intestabilis*, y sobre las diferentes posturas doctrinales sobre su significado, DOMÍNGUEZ, P., "Algunas consideraciones sobre la noción de *intestabilis*". La prueba medios de prueba: De Roma al Derecho Moderno, Madrid (2000), pp. 215-228.

<sup>54</sup> T. 8.22 (Gell.15.13.11).

<sup>55</sup> Otro ejemplo lo encontramos en el caso del pródigo a quien en magistrado vetaba la posibilidad de realizar negocios *per aes et libram*.

<sup>56</sup> D. 28.1.18.1 (*Ulp. 1 ad Sab.*), D. 47.10.5.9 (*Ulp. 56 ad Ed.*).

<sup>57</sup> Para los casos de herejía y de apostasía. Cfr. VOICI, *Diritto ereditario...*, cit., p. 392, y BIONDI, *Sucesión...*, cit., p. 96. Así, en derecho postclásico y por influencia del cristianismo no podrán testar, por razón de fe ni el apóstata, ni el maniqueo, ni el herético. Desde el momento que se impone a todos los súbditos la obligación de abrazar la religión católica por una ley de Teodosio (CTh. 16.1.2) se empiezan a establecer incapacidades y sanciones para amplias categorías de infieles y herejes, lo que se inicia en materia testamentaria con la CTh. 16.5.15 que dispone la incapacidad de los

Llegamos ahora a la parte central de nuestro trabajo, que como hemos anticipado, se refiere a la privación de *testamenti factio activa* como consecuencia de algunas condenas penales.

Hemos observado, que ni los grandes trabajos sobre derecho hereditario, ni los que tratan de la materia penal, suelen aventurarse en las conexiones derecho penal-derecho de sucesiones, por lo que esta cuestión, creemos, no ha sido abordada hasta el momento: el tema es complejo, y requiere a nuestro juicio, una revisión en profundidad del derecho penal romano, de los delitos, de las penas y de los diferentes procedimientos penales que no vamos a poder realizar en este momento. Nos limitaremos aquí y ahora, a llevar a cabo una revisión de algunos textos relacionados directamente con la capacidad de testar, y a poner de manifiesto nuestras dudas sobre si la privación de *testamenti factio* podría ser una consecuencia de la pérdida de la ciudadanía o de la libertad que se deriva de algunas condenas penales, o en cambio, un avance del Derecho Penal Romano que, de alguna manera, podría constituir una nueva categoría penal.

## CONDENA PENAL

Hasta ahora hemos hablado de la capacidad de testar en general, pero como anunciamos, nos interesa en este trabajo, en especial, la privación de esta *testamenti factio activa* como consecuencia de ciertas condenas penales.

Como veremos a lo largo de ese trabajo, la degradación del *status* de una persona, ya sea por la pérdida de la libertad o por la pérdida de la ciudadanía romana, no depende tanto de la calificación del crimen cometido, sino del tipo de pena que se le impone. Ello hace que enfoquemos esta parte del trabajo desde la misma pena, y no desde el delito público que la provoca, por lo que el *iter* a seguir será ver cuáles son esas penas, para ver si llevan aparejada la pérdida de la *testamenti factio activa* en sentido estricto, esto es, la imposibilidad de hacer testamento, para así concluir como anunciábamos, poniendo de manifiesto las dudas que se nos plantean en cuanto a si esa pérdida de la *testamenti factio* es una consecuencia de la condena a la que iba unida o es un avance del Derecho Penal que de alguna manera podía constituir una nueva categoría penal.

---

eunomianos de hacer testamento. La ley, revocada por el propio Teodosio, vuelve a entrar en vigor con Arcadio y Honorio (CTh. 16.5.25), y sucesivamente van apareciendo disposiciones que impiden testar a los maniqueos, a los apóstatas y a otras categorías de herejes. Cfr. CTh. 16.2.18, CTh. 16.7.4 (= C. 1.7.3). Justiniano rebaja un poco este régimen permitiendo que algunos herejes testen a favor de sus descendientes ortodoxos. Vid. VOCl, *Diritto ereditario...*, cit., pp. 96-97.

Es por todos sabido que, desde tiempos remotos, algunas condenas, como la pena de muerte, la condena a trabajos forzados, o incluso la *deportatio in insulam* suponen la pérdida de la capacidad de testar<sup>58</sup>. Nos da noticia de ello Gayo en el libro 17 de sus comentarios al Edicto provincial recogido en D. 28.1.8.1-4, y a lo largo de los cuatro párrafos que lo integran -el *principium* habla del testamento hecho por los *servi hosti*- nos relata el jurista las diferentes condenas penales<sup>59</sup>, y las consecuencias que de ellas se derivan:

1. *Si cui aqua et igni interdictum sit, eius nec illud testamentum valet quod ante fecit nec id quod postea fecerit: bona quoque, quae tunc habuit cum damnaretur, publicabuntur aut, si non videantur lucrosa, creditoribus concedentur.*
2. *In insulam deportati in eadem causa sunt:*
3. *Sed relegati in insulam et quibus terra Italica et sua provincia interdicuntur testamenti faciendi ius retinent.*
4. *Hi vero, qui ad ferrum aut ad bestias aut in metallum damnantur, libertatem perdunt bonaque eorum publicantur: unde apparet amittere eos testamenti factionem.*

Se refiere Gayo en primer lugar a la *interdictio aquae et ignis*, poniendo de manifiesto que, si alguno la hubiera sufrido, su testamento no será válido, *-eius nec illud testamentum valet-* en ningún caso, ni, si lo hubiera hecho antes de la interdicción, ni después, *-quod ante fecit nec id quod postea fecerit-*. Esta pena va acompañada de la confiscación de los bienes que tenía cuando fue condenado *-bona quoque, quae tunc habuit cum damnaretur, publicabuntur aut-*. En el fragmento segundo, coloca a los deportados *in eadem causa*. Y en cambio en el tercero, Gayo indica que, por contra los que son relegados a una isla, *-relegatio-* conservan el derecho de hacer testamento *-testamenti faciendi ius retinent-*.

En el último fragmento -el cuarto-, vuelve a referirse a los que pierden la facultad de hacer testamento *-eos testamenti factionem-*, indicando que son los condenados a

---

<sup>58</sup> Otros efectos se derivan de ella, como es el caso de la *publicatio bonorum*. Sobre la expresión, BRASIELLO, U., *La repressione penale in diritto romano*, Napoli, 1937, p. 105, n. 32.

<sup>59</sup> Se entiende por pena, la retribución exigida por el quebrantamiento de la ley moral (entendida por MOMMSEN como la base de la ley penal), pero solo en tanto en cuanto el Estado toma a su cargo hacerla efectiva. MOMMSEN, *Derecho penal romano*, II, Madrid, 1905, traducción de Pedro DORADO MONTERO, reimpr. Navarra, 1999, p. 1.

muerte -*ferrum* -, a las fieras -*bestias*-, o a las minas -*metallum*- que además pierden la libertad -*libertatem perdunt*- y se les confiscan sus bienes -*bonaque eorum publicantur*<sup>60</sup>-.

En todos estos casos, queda claro que el condenado no puede tener herederos, y si por casualidad, como apunta VOCI<sup>61</sup> sus bienes -todos o parte de ellos-, se encontrasen en manos de los que hubieran podido ser sus herederos, el fisco los reivindicaría, como lo haría frente a cualquier otro poseedor. Un tratamiento distinto se aplica a los casos de *relegatio in insulam* en los que se puede llegar a confiscar una parte del patrimonio si ésta fuera perpetua<sup>62</sup>.

Detengámonos ahora en cada una de estos supuestos, y como Gayo, examinemos a los efectos de la *testamenti factio* las diferente hipótesis. Si bien, si se nos permite, lo haremos invirtiendo el orden, tomando como punto de partida la gravedad de las penas, como es el caso de la condena a muerte.

## 1. La antigua condena a muerte

La condena a muerte sirve para castigar los dos antiquísimos delitos públicos de *perduellio* y de parricidio<sup>63</sup>, y se puede ejecutar de muy diversas formas<sup>64</sup>.

La *perduellio*<sup>65</sup>, fue un delito que nunca definieron los romanos, y por ello, como afirma MOMMSEN<sup>66</sup>, sus límites permanecen inseguros a lo largo de toda la historia de

---

<sup>60</sup> Considera interpolada esta frase DESSERTAUX, *Melanges Cornil*, I, p. 209, n.5, citado por BRASIELLO, *La repressione...*, cit., p. 111, n. 54, quien incluye en la condena todos los *summa supplicia*, p. 424, sobre los que volveremos.

<sup>61</sup> *Diritto ereditario...*, cit., p. 306.

<sup>62</sup> D. 48.22.4 (Marc. 2 Inst.).

<sup>63</sup> Estos dos delitos, junto con el *furtum* y la *iniuria*, son recogidos ya en las XII Tablas, configurando las cuatro primeras categorías de delitos en el antiguo Derecho Penal: dos delitos públicos -*crimina*- y dos delitos privados -*delicta*-.

<sup>64</sup> Como pone de manifiesto FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. *Derecho Público Romano*, 17ª ed. Navarra, 2014, p.262, Los magistrados competentes en materia de alta traición (*duoviri perduellionis*) y de homicidio (*quaestores parricidii*) en el ejercicio de sus funciones y en el ámbito de su poder coercitivo, podían imponer condenas a muerte.

<sup>65</sup> Reprime la traición contra los dioses protectores de la ciudad y contra la misma comunidad ciudadana. En tiempos muy remotos al condenado se le colgaba de un árbol estéril y se le azotaba hasta la muerte, y con el tiempo, la *perduellio* acaba incorporándose al nuevo *crimen maiestatis*, a finales de la República ampliándose así el tipo penal, y abarcando todos los delitos contra el Estado cometidos por magistrados que abusaban de su poder, y en fin contra todo aquel que atentase contra la independencia, seguridad o prestigio del *populus Romanus* o de sus órganos fundamentales. Ya durante el Principado, se recogen bajo esta figura todo tipo de atentados contra el gobierno y contra el príncipe cometidos tanto por particulares, como por los funcionarios públicos, comprendiendo la *perduellio* pasarse al enemigo, juramento en falso, o negarse a jurar *in*

Roma, por lo que parece que se dejaba un amplio margen de discrecionalidad a quien tuviera que establecer cuáles eran los casos que incluía<sup>67</sup>.

Al ampliarse el tipo penal de la *perduellio* primero y del *crimen maiestatis* después, e incluirse en este último diferentes conductas punibles<sup>68</sup>, las penas fueron muy desiguales, no obstante, los casos más graves de delitos contra el Estado, en época republicana se castigaban con la muerte.

En general la forma en que se ejecutaban las condenas era la decapitación, y el instrumento, el hacha, aunque con el tiempo será sustituida por la espada<sup>69</sup>.

En el caso del parricidio<sup>70</sup>, el asesinato de un familiar<sup>71</sup>, la pena establecida era al antiquísima *poena cullei*, que desde la República se aplicó al parricida<sup>72</sup>. Consiste en encerrar al reo en un saco de cuero -el *culleus*- junto un perro, un gallo, una serpiente y

---

*verba principis*. Siendo el culpable condenado a muerte que podía realizarse desde la decapitación hasta quemarlos vivos, según la clase a la que se perteneciera. TORRENT, *Diccionario de Derecho Romano*, Madrid, 2005, v. *Crimen maiestatis*, p. 234.

<sup>66</sup> *Derecho penal...*, cit., p. 6.

<sup>67</sup> CANTARELLA, E., *Los suplicios capitales en Grecia y Roma*, Argentina, España, México, 1996, pp. 143-144.

<sup>68</sup> Vid. todas las conductas en MOMMSEN, *Derecho Penal...*, cit., p. 29.

<sup>69</sup> Según las fuentes, la última ejecución por decapitación con hacha tuvo lugar en el año 509 a.C., en el primer año de la República, al descubrirse una conjuración destinada a reinstaurar la monarquía de los Tarquinos, y que marcaría un período en el que las condenas a muerte serían cada vez más excepcionales -como en el caso de la conjuración de Catilina-. Así la última muerte se registra en el año 90 a.C. Sin embargo, esto no quiere decir que desapareciera definitivamente, Cfr. CANTARELLA, *Los suplicios capitales...*, cit., p. 150.

<sup>70</sup> Sobre el parricidio vid. entre otros, MAGDELAIN, A., *Parricidium. Du châtiment dans la cité. Supplices corporels et peine de mort dans le monde antique*, Roma, 1984; SANTALUCIA, B., *Diritto e processo penale nell'antica roma*, Milano, 1989, p. 148, n.138, pp. 262 y 292.

<sup>71</sup> Sin entrar ahora en la todavía ardua polémica que mantiene la doctrina romanística en torno al significado del término *parricidium*. cfr. TORRENT, *Diccionario...*, cit., voz *Paricidas esto*, p. 855, que va desde considerar parricida al que mata al *paterfamilias*, exclusivamente, como en es el caso de THOMAS, Y., "Parricidium", *MEFR*, 93, (1981), pp. 643 y ss., pasando por el considerar parricida al que mata a cualquier pariente, o incluso en el casos de cualquier homicidio de un hombre libre.

<sup>72</sup> Una ley atribuida a Numa del año 63 aC. lo refiere: *si quis hominem liberum dolo sciens morti duit, paricidas esto*. Es reo de pena de muerte aquel que mata al *pater* o a un hombre libre de forma dolosa, NÚÑEZ PAZ, I., "La no aplicación efectiva de la pena de muerte al parricida por cuestiones religiosas. Una reflexión histórica sobre la larga pervivencia del parricidio en el derecho penal como delito autónomo" *Revista Penal*, 25 (enero 2020), pp. 88-103, p. 99.

un mono<sup>73</sup> y después arrojarlo al mar o al río, o incluso a las fieras<sup>74</sup>. Se trata de un tipo de un procedimiento al que no se sometía a ningún otro condenado a muerte, tratándose de algo bastante más complejo que una ejecución normal. Se refiere al parricidio una ley de entre los años 55-50 a.C., *Lex pompeia de parricidis* recogida en el título IX del libro 48 del Digesto de Justiniano, que, sin embargo, remite a la *Lex Cornelia de sicariis et veneficiis* del año 81 a.C. por la que se castiga el homicidio, para castigar al que mata a su padre<sup>75</sup>.

La *poena cullei*, no deja de aplicarse nunca -aunque parece ser que cae en desuso a finales de la República-; así se desprende de textos de Cicerón, Ovidio, o Suetonio, que en plena transformación del proceso penal menciona la aplicación de esta pena por parte de Augusto<sup>76</sup>. Esta pena sigue vigente en la época postclásica y Constantino la aplica a los parientes más próximos como -padres y abuelos e incluso hijos<sup>77</sup> - llegando a calificarlo Justiniano como el más espantoso de los crímenes<sup>78</sup>.

En relación al tema que nos ocupa, encontramos un ejemplo de parricidio y de la aplicación de la *poena cullei*, en un texto de Cicerón *de invent.* 2.50.148-149 prácticamente igual al del *Auct. ad Herenn.* 1.13.23 correspondiente, en el que se plantea una controversia en materia sucesoria entre los herederos testamentarios y los herederos legítimos de un condenado a muerte por matricidio, fundado en la capacidad testamentaria del parricida:

[148] *Ex ratiocinatione nascitur controversia, cum ex eo, quod uspiam est, ad id, quod nusquam scriptum est, venit, hoc pacto: lex: " SI FURIOSUS EST, AGNATUM GENTILIUMQUE IN EO PECUNIAQUE EIUS POTESTAS ESTO ". Et lex: " PATERFAMILIAS UTI SUPER FAMILIA PECUNIAQUE SUA LEGASSIT, ITA IUS ESTO ". Et lex: " SI PATERFAMILIAS INTTESTATO MORITUR, FAMILIA PECUNIAQUE EIUS AGNATUM GENTILIUMQUE ESTO ".* [149] *Quidam iudicatus est parentem occidisse et*

---

<sup>73</sup> Sobre la introducción paulatina de diversos animales en el saco, CANTARELLA, E., *Los suplicios capitales...*, cit. pp. 249 y ss.

<sup>74</sup> D. 48.9.9.2 (*Modest. 12 Pand.*).

<sup>75</sup> Se manifiesta a favor de considerar al parricida como *furiosus*, DAVÓN, P., "Furiosus in carcelem. Ulp. 7 de off. Proc. D. 1.18.13.1", *HABIS*, 31 (2000), Sevilla, pp. 261-266. La a. es de la opinión de que la ley Pompeya sobre los parricidas y la ley Cornelia sobre los homicidios están estrechamente vinculadas, al eximir al demente tanto del crimen de homicidio como del parricidio.

<sup>76</sup> Sobre los textos citados, vid. NÚÑEZ PAZ, *La no aplicación efectiva...*, cit., p. 100. Es precisamente con Augusto cuando se aplica esta pena de forma restrictiva, exclusivamente a los que mataran a su propio *paterfamilias*.

<sup>77</sup> CTh. 9.15.1 y C. 9.17.1.

<sup>78</sup> l. 4.18.6. Sobre la evolución del parricidio, vid. NÚÑEZ PAZ, *La no aplicación efectiva...*, cit., p.101, n. 43.

*statim, quod effugiendi potestas non fuit, lignae soleae in pedes inditae sunt; os autem obvolutum est folliculo et praeligatum; deinde est in carcerem deductus, ut ibi esset tantisper, dum culleus, in quem coniectus in profluentem deferretur, compararetur. Interea quidam eius familiares in carcerem tabulas afferunt et testes adducunt; heredes, quos ipse iubet, scribunt; tabulae obsignantur. De illo post supplicium sumitur. Inter eos, qui heredes in tabulis scripti sint, et inter agnatos de hereditate controversia est. Hic certa lex, quae testamenti faciendi iis, qui in eo loco sint, adimat potestatem, nulla profertur. Ex ceteris legibus et quae hunc ipsum supplicio eiusmodi afficiunt et quae ad testamenti faciendi potestatem pertinent, per ratiocinationem veniendum est ad eiusmodi rationem, ut quaeratur, habueritne testamenti faciendi potestatem.*

En el año 101-102 a.C.<sup>79</sup>. Maléolo es condenado a la *poena cullei* por matar a su madre, y mientras espera ser ejecutado está en la cárcel con uno cepo de madera en los pies y el rostro envuelto en una piel de lobo. Recibe entonces la visita de quienes lo defienden (algunos familiares según Cicerón) que le inducen a hacer testamento *per aes et libram*. Tras la ejecución de Maléolo, los herederos testamentarios adenan la herencia, pero los herederos *ab intestato* (entre los que se encuentra su hermano menor que era quien le había acusado -*agnatus proximus*-) reivindican para sí los bienes hereditarios sosteniendo que el testamento no es válido.

Este caso ha sido ampliamente tratado por la doctrina romanística<sup>80</sup>, y en él se recogen varias cuestiones, a saber: en primer lugar, la referencia a la *poena cullei* que se inflige a los parricidas, en segundo lugar, la posible analogía entre el *furiosus* y el parricida por aplicación del método deductivo de la analogía; y en tercer lugar la no existencia de una ley en esta época que regule la capacidad de testar de los condenados a muerte.

Dejando de lado la primera por haberla tratado más arriba, esto es, la referencia a la *poena cullei*, en relación a la segunda solo apuntaremos que nada dicen los textos sobre si se debe equiparar al parricida por *similitudo* al *furiosus* que, como ya pusimos de manifiesto, no goza de *testamenti factio*. Así Cicerón en *de invent.* 2.50.148, afirma que *ex ratiocinatione nascitur controversia, cum ex eo, quod uspiam est, ad id, quod nusquam scriptum est, venit, hoc pacto*: y se citan como ejemplo, tres leyes: una relativa a la potestas del *furiosus* (*Tab. 5.7*), *lex: "si furiosus est, agnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto"*; otra a la sucesión testamentaria (*Tab. 5.3 2*), *Et lex:*

<sup>79</sup> No hay unanimidad en la fecha en la que tuvo lugar el suceso, que oscila entre el año 101 y el 102 a.C., vid. ZUCCOTI, F., "Il testamento di Publicio Malleolo", *Studi Biscardi*, 7, Milano (1987), p. 233, n. 5.

<sup>80</sup> NARDI, E., *L'oltre dei parricidi e le bestie incluse*, Milano, 1980; ZUCCOTI, F., *Il testamento...*, cit., pp. 229-265; DILIBERTO, O., "Il testamento del matricida", *Studi Univ. Cagliari*, 52, Cagliari (1988), pp. 179-196, entre otros.

*paterfamilias uti super familia pecuniaque sua legassit, ita ius esto* ", y una tercera referente a la sucesión *ab intestato* (Tab. 5.4), *Et lex: " si paterfamilias intestato moritur, familia pecuniaque eius agnatum gentiliumque esto*<sup>81</sup>“.

La *ratiocinatio*<sup>82</sup>, se da, como es sabido, en ausencia de una norma expresa que regule una situación concreta, aplicando, por analogía, otra u otras disposiciones legislativas establecidas para otros casos similares. Así, en el caso concreto que refieren Cicerón y el *Auctor ad Herennium*, después de mencionar los tres fragmentos de las XII Tablas, relatan el caso del matricida Maléolo, y a pesar de no citar ley alguna referente a la pena del saco, aluden a ella al final del texto, refiriéndose en primer lugar, a que no existe ninguna ley que prive del derecho a testar a los que van a ser a los que van a ser ajusticiados, porque no debía haberla -añadimos nosotros- y en segundo lugar, adelantando que la solución se debe buscar *ex ceteris legibus et quae hunc ipsum supplicio eiusmodi afficiunt et quae ad testamenti faciendi potestatem pertinent, per ratiocinationem veniendum est ad eiusmodi rationem, ut quaeratur, habuerit ne testamenti faciendi potestatem*.

La posible analogía entre el parricida y el demente ha sido tratada ampliamente por la doctrina y no vamos a detenernos, ya que no haríamos más que repetir lo ya tantas veces apuntado, y aunque no se ha llegado a una solución unánime<sup>83</sup>, dejamos de lado

---

<sup>81</sup> Con ligeras variaciones el texto del *Auctor ad Herennium*, 1.13.23: *Ex ratiocinatione controversia constat, cum res sine propria lege venit in iudicium, quae tamen ab aliis legibus similitudine quadam aucupatur. Ea est huiusmodi: Lex: si furiosus existet, agnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto. Et lex: qui parentem necasse iudicatus erit, ut is obvolutus et obligatus corio devehatur in profluentem. Et lex: paterfamilias uti super familia pecuniave sua legaverit, ita ius esto. Et lex: si paterfamilias <intestato moritur, familia> pecuniaque eius agnatum gentilium esto. Malleolus iudicatus est matrem necasse. Ei damnato statim folliculo lupino os <obvolutum est> et soleae lignae in pedibus inductae sunt: in carcerem ductus est. Qui defendebant eum, tabulas in carcerem adferunt, testamentum ipso praesente conscribunt, testes recte adfuerunt; de illo supplicium sumitur. Ii, qui heredes erant testamento, hereditatem adeunt. Frater minor Malleoli, qui eum obpugnaverit in eius periculo, suam vocat hereditatem lege agnationis.*

*Hic certa lex in rem nulla adfertur, et tamen multae adferuntur, ex quibus ratiocinatio nascitur, quare potuerit aut non potuerit iure testamentum facere. Constitutio legitima ex ratiocinatione.*

<sup>82</sup> Ver extensa bibliografía en DILIBERTO, *Il testamento...*, cit., p. 179, n. 3.

<sup>83</sup> La referencia en las fuentes a las Tab. 5.3 y 5.4 no plantean problemas a la doctrina, ya que al ser correlativas se suelen citar de forma conjunta, y como apunta DILIBERTO, *Il testamento...*, cit., p. 182, es normal que aparezcan en una controversia de derecho hereditario. El problema se ha planteado en cuanto a la primera citada, Tab. 5.7, relativa al *furiosus*; en ella se leen referencias a la *potestas* de los *agnati* sobre los *pecunia* del demente, y por tanto su posible equiparación con nuestro parricida. ZUCCOTTI, *Il testamento...*, cit., pp., 252 y ss., defiende que el parricidio era asimilable al *furor*, desde el punto de vista de la falta de humanidad del primero, que al salir de la categoría de los

la cuestión de si el condenado a la *poena cullei* es o no asimilable en cuanto a su régimen jurídico al *furiosus*, apuntando solo, que, si realmente se hubiera equiparado a Maléolo con un demente, este no habría sido ejecutado<sup>84</sup>.

Pasemos ahora a la tercera cuestión anunciada: la no existencia de una ley en esta época que regule la capacidad de testar de los condenados a muerte, lo que a nuestro juicio está fuera de duda, ya que, si existiera, no se verían Cicerón y el *Auctor ad Herennium* obligados a actuar *ex ratiocinatione*.

En efecto, parece claro que en época de Cicerón no hay ninguna ley que regule el caso del testamento del condenado a muerte<sup>85</sup> lo que creemos, se podría hacer extensivo a cualquiera de sus formas de ejecución, y no sólo a los parricidas, siendo a partir de la época de Augusto cuando, a raíz de volver a aplicarse la *poena cullei* a los reos de *parricidium*, lo que importaría para el reo, una *capitis deminutio maxima* y la consiguiente privación de la ciudadanía romana y de la *testamenti factio*.

Así, y volviendo a nuestro texto, la *quaestio* que nos interesa *ut et nunc*, no es otra que la planteada en las fuentes; si tras la condena pierde Maléolo la capacidad de testar o no<sup>86</sup>.

A nuestro modo de ver, el testamento realizado por Maléolo era perfectamente válido en esa época, ya que los condenados a muerte no perdían la *testamenti factio* ni cuando eran condenados a la pena del *cullei*, no siendo hasta la época clásica cuando toda cuestión referente a la capacidad jurídica del condenado a muerte ( y a trabajos forzados

humanos, pierde la capacidad de testar. DILIBERTO, *op. cit.*, dice que la condición del matricida se equipara a la del *furiosus*, cuyo testamento es nulo, de forma implícita en los textos tratados sin ninguna justificación.; GUARINO, *Le XII T...*, cit., p. 177, afirma, con cautela, que la alusión que hacen los rétores a la *lex furiosi* no es porque exista una analogía entre el loco y el parricida, sino porque quizá -supone- podría haber una analogía entre la condición jurídica del *furiosus*, sometido a la *potestas* de los *agnati gentilisque*, y la condición jurídica del juzgado como parricida y condenado a la *poena cullei*, que al haber destruido la dignidad y la unidad de su familia no puede convertirse en *paterfamilias*, y pierde por tanto la capacidad de hacer testamento, y D'ORS, X., "Sobre las XII T. Tab. V.7, a " Si furiosus escit..." *AHDE* 50, (1980), pp. 797- 814, llega a decir que Cicerón se inventa el término *furiosus*. El mismo autor, en 1995 publica "Una recapitulación sobre las XII T. Tab. V.7, a " Si furiosus escit..."", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 15, (Valparaíso, Chile, 1995), pp. 131-185.

<sup>84</sup> En este sentido, ZUCOTTI, *Il testamento...*, cit., p. 234, n. 8; NARDI, *L'oltre...*, cit., p. 109, n. 5. Cuestión distinta es por qué los rétores citan la Tab. 5.7, cuestión que queda al margen de nuestro trabajo, y para la cual remitimos a la bibliografía citada en nota anterior.

<sup>85</sup> DILIBERTO, *Il testamento...*, cit., p. 181.

<sup>86</sup> GUARINO, *Le XII T...*, cit., p. 168, considera que estos textos no resuelven ni implícita ni explícitamente si el parricida pierda la capacidad de testar.

-*ad metalla*-), se resuelve privándole de la *testamenti factio* o, como cree la mayor parte de la doctrina romanística, a través de la figura de la *servitus poenae*<sup>87</sup>.

Bien entrada la época clásica, el derecho penal excluye la posibilidad de aplicar la pena de muerte al que mata a su madre por equiparlo al demente; la razón no es otra que, al haber perdido la capacidad de discernimiento ya tiene bastante castigo con su misma locura y por tanto habrá que vigilarlo con mayor cuidado o encerrarlo en una prisión<sup>88</sup>. En el caso de que se matara a la madre, como en el caso de Maléolo, al no ser ella representante de ningún poder doméstico, no ser sacerdotisa, ni en definitiva, ser equiparable al *pater*, no parece que se aplicara esta pena, teniendo lugar ésta cuando se tratase exclusivamente del propio *pater*.

En estrecha relación con lo expuesto se encuentra la situación del parricida que fallece antes de la condena, recogido en D. 48.9.8 (*Ulp. 8 Disp.*):

*Parricidii postulatus si interim decesserit, si quidem sibi mortem conscivit, successorem fiscum habere debet: si minus, eum quem voluit, si modo testamentum fecit: si intestatus decessit, eos heredes habebit, qui lege vocantur.*

En él se relata el caso de la eventual muerte de un parricida antes de la ejecución de la condena, si bien el propio jurista distingue varias hipótesis: a) Si se trataba de un suicidio -*si quidem sibi mortem conscivit*- tendría de sucesor al fisco -*successorem fiscum habere debet*-, b) pero si hubiera muerto por cualquier otra causa, podrá tener herederos -*eos habebit heredes*-.

El texto no da lugar a confusión; al parricida suicida se le confiscan los bienes, pero no al que muere en el interín entre la condena y la ejecución, el cual puede tener herederos tanto testamentarios como legítimos, gozando por tanto el parricida de *testamenti factio*, como en el caso de Maléolo, que hace testamento, precisamente en ese espacio de tiempo.

Se refiere a los suicidas<sup>89</sup> el título 21 del libro 48 del Digesto, que trata “de los que se procuraron la muerte antes de la sentencia” y también de “los que corrompieron a los acusados”. En relación a los primeros, baste consignar aquí: 1) Que, si son acusados como reos, o si son sorprendidos durante la comisión del delito, *herede non habet*<sup>90</sup>; 2)

---

<sup>87</sup> ALBANESE, *Le persone...*, cit., p. 106. Mientras que como veremos, no se plantean problemas en la aplicación de la *aquae et ignis interdictio*.

<sup>88</sup> D. 48.9.9.2 (*Mod. 12 Pandect.*).

<sup>89</sup> Cfr. sobre los suicidas, bibliografía en ZUCCOTTI, *Il testamento...*, cit., p. 232, n. 4.

<sup>90</sup> D. 48.21.3 pr. (*Marci. l.s. de Delat.*).

que los reos tienen que ser condenados a muerte o a la *deportatio*<sup>91</sup>; 3) que los reos de hurto sí conservan la capacidad de hacer testamento<sup>92</sup>; 4) que estas normas se aplican a los condenados, no a los que se quitan la vida por otra causa, los cuales sí gozan de *testamenti factio*<sup>93</sup>; y en fin, 5) que todos los eventuales herederos sufrirán la consecuente confiscación de los bienes del difunto<sup>94</sup>, a menos que estén dispuestos a continuar el proceso para demostrar la inocencia del imputado<sup>95</sup>.

En definitiva, en época de Cicerón, la incapacidad de hacer testamento no se contempla en los casos de condena a muerte; sino no se plantearían los rétores la controversia de si era o no válido el testamento de Maléolo<sup>96</sup>.

Sin embargo, en época clásica el condenado a la *poena cullei* sí parece que viene privado de su capacidad de testar, lo que no deja de ser una consecuencia lógica de lo dicho hasta ahora; al sufrir el condenado una *capitis deminutio*, sea por perder la libertad, como sucede en el caso de la condena a muerte, o *ad metallum*, o por perder la ciudadanía, como en el caso de la *deportatio* o de la *aquae et ignis interdictio*, sufre a su vez una disminución o pérdida de la capacidad jurídica<sup>97</sup>. A pesar de ello, nos preguntamos, si ello es realmente una consecuencia de su *capitis deminutio*, o si, por el contrario, se trata de una pena autónoma, ya que como apunta BIONDI<sup>98</sup>, a pesar de que las reglas generales de la capacidad jurídica y de la capacidad de obrar son aplicables a la capacidad de testar, en la esfera del derecho de sucesiones la disciplina de la capacidad es particular, como lo es la propia institución de la sucesión hereditaria.

## 2. La Pena *Capitis*

---

<sup>91</sup> D. 48.21.3 1 (*Marci. l.s. de Delat.*).

<sup>92</sup> D. 48.21.3.2 (*Marci. l.s. de Delat.*).

<sup>93</sup> D. 48.21.3.4 (*Marci. l.s. de Delat.*).

<sup>94</sup> D. 48.21.3.pr,1,3,5,7 (*Marci. l.s. de Delat.*).

<sup>95</sup> D. 48.21.3.8 (*Marci. l.s. de Delat.*) Como apunta VOICI, *Diritto ereditario...*, cit., p. 306, el proceso penal se extingue por la muerte del reo, lo que comprende también el caso de suicidio del condenado.

<sup>96</sup> Como apunta DONATUTI, *La schiavitù...*, cit., p. 220.

<sup>97</sup> A pesar de que no debe identificarse aquella con la pérdida de ésta, sino más bien con la pérdida del status precedente, PANERO, *Derecho Romano...*, cit., p. 202.

<sup>98</sup> BIONDI, *Diritto ereditario romano...*, cit., p. 189.

A pesar de lo dicho hasta el momento, la pena de muerte se aplicaba muy pocas veces, ya que se permitía al acusado optar por el exilio<sup>99</sup>, que comportaba el abandono de la ciudad de Roma<sup>100</sup>, seguido de la *aquae et igni interdictio*, que suponía la pérdida de la ciudadanía, la confiscación de sus bienes, y la prohibición de regresar al territorio urbano bajo pena de muerte<sup>101</sup>. Esta práctica condujo al legislador en el último siglo de la República, a establecer el *exilium* con pérdida de la ciudadanía<sup>102</sup> como pena autónoma para algunos crímenes<sup>103</sup>. A ello se refiere, como hemos visto, el fragmento 1 del texto de Gayo, D. 28.1.8, que nos recuerda que el *interdictus* no podrá testar, y sobre el que luego volveremos: así la pena capital ya no sólo es la condena a muerte, sino también el exilio con la *aqua et ignis interdictio*, que pasa de ser una medida que asume el reo de forma voluntaria para evitar la muerte, a una sanción penal, en el nuevo sistema de las *quaestiones perpetuae*.

Con el emperador Sila las *quaestiones perpetuae*<sup>104</sup> alcanzan su configuración definitiva. Este emperador estableció *ex novo* o reestructuró seis *quaestiones perpetuae*: *de repetundis* (para las extorsiones de los magistrados), *de maiestate* (para los casos de alta traición y de insubordinación contra los supremos órganos de la república), *de ambitu* (para la corrupción electoral), *de peculatu* (para la sustracción de dinero público), *de sicariis et veneficis* (para los homicidios y otros delitos similares) y *de falsis* (para el falso testamento). De las leyes que regularon la composición de los tribunales permanentes respectivos, *la lex Cornelia de maiestatis*, *la lex Cornelia de sicariis et veneficiis* y *la lex Cornelia de falsis*, ambas tres del año 81 a. C., sancionaron

---

<sup>99</sup> No hay acuerdo doctrinal en cómo se pasa de la pena de muerte al exilio. vid. BRASIELLO. *La repressione...*, cit., p. 98.

<sup>100</sup> Siempre que no se hubiera pronunciado el último voto decisivo para la condena, y siempre que lo hiciera a una ciudad ligada a Roma por lo que SANTALUCIA, *Diritto e processo penale...*, cit., p. 69 llama un acuerdo "internacional" que reconociese tal derecho.

<sup>101</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho público romano...*, cit., p. 263.

<sup>102</sup> A partir de la época de Sila, con la introducción del sistema de las *Quaestiones Perpetuae* (en torno al año 80 a.C.).

<sup>103</sup> La primera ley en la que se encuentra recogida es la *Lex Tullia de ambitu* del año 63 a.C, y se discute si es a partir de entonces cuando conlleva la pérdida de la ciudadanía. vid. por todos BRASIELLO, *La repressione...*, cit., p. 108.

<sup>104</sup> Sobre las *quaestiones perpetuae*, vid., entre otros, DE CASTRO-ROMERO, *El Crimen Maiestatis a la luz del Senatus Consultum de Cn. Pisone Patre*, Sevilla, 2000, p. 64; NÚÑEZ MARTÍ, A., "Quaestiones Perpetuae. Un paso hacia el principio de legalidad", *El Derecho Penal: de Roma al Derecho actual. VII Congreso Internacional y X Iberoamericano de Derecho Romano*, Madrid, 2005, pp. 421-428; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho Público Romano...*, cit., pp. 264 y ss.

formalmente con la pena de muerte los ilícitos en ellas previstos si bien concedieron al condenado la posibilidad de salvar la vida a través del exilio voluntario mediante la ordenación expresa del instrumento apto para llevarlo a cabo, esto es, la interdicción del agua y el fuego<sup>105</sup>.

Sin embargo, superado el sistema de las *quaestiones perpetuae*, en la *cognitio extra ordinem* las penas son impuestas por el magistrado de forma discrecional, atendiendo a las directrices imperiales que marcan una represión más o menos duras según el momento y las circunstancias. La involución que sufre el derecho penal romano en esta época<sup>106</sup>, no es más que otra prueba de la pérdida de las libertades de la República y de un poder político que se dirige al totalitarismo. Así, la pena de muerte no solo no desaparece, sino que con Augusto se restablece, y se endurece<sup>107</sup>. Esta sigue siendo principalmente la decapitación (*capitis amputatio*), si bien se sustituye el hacha por la espada.

En el plano terminológico, junto a la *poena capitalis*<sup>108</sup>, que había quedado limitada al exilio y a la *deportatio*<sup>109</sup> alcanza una difusión cada vez mayor la expresión *poena capitis*, que lleva implícita, como apunta Santalucia<sup>110</sup>, la referencia a la separación de la cabeza (*capite plecti, capite puniri*). No siendo este el único modo de ejecutar una condena a muerte: existen penas con mayor crueldad como la crucifixión, (*damnatio in crucem*), la exposición las fieras en el circo (*damnatio ad bestias*), y la condena a morir en el fuego (*vivi crematio*), los llamados *summa supplicia*, que dejaron de ser formas de ejecución de la condena a muerte para pasar a ser penas autónomas, que tienen como consecuencia principal, la pérdida de la libertad del reo.

Igual suerte corren los condenados a otras penas que, a pesar de no llevar aparejada la muerte, conducen al mismo resultado en la práctica, como son la condena a trabajos

---

<sup>105</sup> LÓPEZ HUGUET, M.L., “Análisis de los efectos jurídicos del exilio y la interdicción aquae et ignis desde sus orígenes hasta la época imperial con especial referencia a su incidencia sobre la libertad domiciliaria. Exilium, aquae et ignis interdictio and domicilium”, *RGDR*, 10 (2008), pp. 1-49. 27.

<sup>106</sup> TORRENT, *Diccionario...*, cit., v. *summa supplicia*, p. 1289.

<sup>107</sup> TORRENT, *Diccionario...*, cit., v. *poena capitalis*, p. 918.

<sup>108</sup> En que se les llame pena capital viene justificado por la *capitis deminutio* que sufre el reo, BRASIELLO, *La repressione...*, cit., p. 98.

<sup>109</sup> ZILETTI, *In tema di...*, cit., p. 65, incluye entre las penas capitales la *deportatio*, como enumera Calístrato en D. 48.19.28 pr.(6 de Cogn.), y FERNÁNDEZ DE BUJAN, *Derecho Público Romano...*, cit., p. 265, la pena de trabajos forzados en minas.

<sup>110</sup> *Diritto e processo penale...*, cit., p. 116.

forzados en las minas (*damnatio ad metalla*), o en obras públicas (*opus metalli*)<sup>111</sup> o a actuar en el circo como gladiadores (*damnatio in ludum gladiatorum*)<sup>112</sup>, o contra fieras salvajes (*damnatio in ludum venatorium*)<sup>113</sup>, todas ellas incluidas en el concepto de *pena capitis* por acabar el reo perdiendo la vida<sup>114</sup>.

Así, en época clásica, la pena *capitis*, se reserva para estas condenas de mayor gravedad<sup>115</sup>, quedando dentro del ámbito de la represión extraordinaria, y resolviéndose con la aparición de una nueva figura, la *servitus poenae*<sup>116</sup> que conlleva no la pérdida de la ciudadanía, sino la pérdida de la libertad<sup>117</sup>. Por su parte, la denominada pena capital, tendría como consecuencia la pérdida de la ciudadanía y la *publicatio bonorum*.

Con la llegada del cristianismo estas penas se atenúan, y con Constantino, caídas en desuso las *quaestiones perpetuae*, y el exilio como forma de evitar la condena a muerte, y venidas a menos las dos formas de represión -ordinaria y extraordinaria-, los dos términos (pena *capitalis* y *capitis*), vuelven a coincidir. Este emperador sustituye la crucifixión por la horca, cae en desuso la entrega en el circo a las fieras y a la lucha con gladiadores pero, por el contrario, revive la antigua *poena cullei*, y con Justiniano se producirá una nueva mitigación de las penas.

En cualquier caso, todas estas penas privativas de la libertad o de la vida, comportan la condición particular de *servus poenae*: consecuencia de ello es la pérdida de derechos tanto públicos como privados<sup>118</sup>: en particular, la privación de la capacidad jurídica, la disolución del matrimonio (y de los vínculos agnaticios), confiscación de bienes a favor

---

<sup>111</sup> D. 28.1.8.4; D. 50.13.5.3 (*Callist. 1 de Cognit.*); D. 49.14.12 (*Callist. 6 de Cognit.*); D.29.2.25.3 (*Ulp. 8 ad Sab.*); D. 48.19.8.4, 6, 8 y 12 (*Ulp. 9 de Off. Proc.*); Paul. Sent. 3.6.29; D.48.19.17 pr (*Marci. 1 Inst.*); D. 34.8.3 pr (*Marci. 11 Inst.*); cfr. sobre las interpolaciones del texto, BRASIELLO, *La repressione...*, cit., p. 420.

<sup>112</sup> D. 48.19.8.4, 6, 11 y 12 (*Ulp. 9 de Off. Proc.*)

<sup>113</sup> D. 28.1.8.4; D. 28.3.6.6; D. 48.19.12 (*Marcer 2 de Off. Proc.*) y 29 (*Gai. 1 ad l.lu. et Pap.*)

<sup>114</sup> Siendo en todo caso condenas a perpetuidad.

<sup>115</sup> En ellas incluye BRASIELLO, *La repressione...*, cit., p. 308, también el *exilium* extraordinario perpetuo.

<sup>116</sup> Cfr. Sobre la *servitus poenae* y todas sus consecuencias jurídicas, ZILLETTI, "In tema di *servitus poenae*", SDHI (1968) 34, pp. 32- 109 y ALBANESE, *Le persone...*, cit., p. 325, n. 36.

<sup>117</sup> BRASIELLO, *La repressione...*, cit., p. 303, incluye en la *poena capitis extra ordinem* y los *summa supplicia*, y el *exilium* extraordinario perpetuo).

<sup>118</sup> SANTALUCIA, *Diritto e processo penale...*, cit., p. 116.

del Fisco<sup>119</sup>, la extinción de los derechos reales sobre cosa ajena, y lo que más nos interesa, la pérdida de la *testamenti factio* tanto *activa* como *passiva*<sup>120</sup>.

La *servitus poenae* es entendida por la doctrina romanística como la condición jurídica de los condenados a determinadas penas, teniendo su origen en el Principado, concretamente del S.II, a partir de un senadoconsulto Claudiano del año 54 d.C. que establece que determinadas condenas penales podían conllevar la pérdida de libertad del reo<sup>121</sup>.

Ha sido discutido en doctrina si la condición de *servi poenae*, es una sanción o se trata de una pena en sí misma<sup>122</sup>. Sin entrar en la polémica, y sin detenernos en el régimen jurídico de esta figura sólo nos interesa en cuanto los *servi poenae* no pueden hacer testamento, como recoge Gayo, si bien de forma indirecta, en D. 28.1.8.4. Así, volviendo al texto, el jurista pone en un mismo plano a los condenados a pena de muerte, *quid ad ferrum, aut aut ad bestias, aut in metallum*<sup>123</sup>, privándoles a todos de libertad y confiscándoles sus bienes, y extrayendo como conclusión su incapacidad para hacer testamento<sup>124</sup>.

La falta de *testamenti factio* parece ser una consecuencia directa de la falta de libertad y algunos autores ven en este fragmento si bien no una referencia expresa a la

<sup>119</sup> Como excepción, el hijo podrá quedarse con los bienes del *pater Tac. Ann. 3 17-18*.

<sup>120</sup> A pesar de que el *servus poenae* no se puede beneficiar de ninguna disposición testamentaria, el derecho clásico contempla como excepción *extra ordinem*, el legado de alimentos. DONATUTI, *La schiavitù...*, cit., p. 227.

<sup>121</sup> Senadoconsulto que castiga con la esclavitud a la mujer, romana -o latina- que mantiene relaciones con un esclavo ajeno y que siendo tres veces avisada por el dueño de este, no las interrumpe. Gai. III.160. I.84 y Tit. Ulp. 11.11.

<sup>122</sup> vid. sobre las diferentes posiciones doctrinales con bibliografía ZILETTI, *In tema di...*, cit., p. 32, n.1.

<sup>123</sup> Es precisamente en los condenados *in metallum*, donde tiene su origen la *servitus poenae*: BRASIELLO, *La repressione...*, cit., p. 419, al parecer, esta figura nace muy vinculada a los condenados *in metallum*, que antes de Antonino Pio adquirirían la condición de *servi Caesaris*, por pertenecer las minas al Emperador; con el tiempo se van ampliando las condenas penales que tienen como consecuencia la *servitus poenae*. MOMMSEN, considera que los condenados a las minas, y por añadidura todos los esclavos por condena son una ínfima categoría de estos *servi Caesaris*, mientras la doctrina mayoritaria cree que se trata de esclavos *sine domino*. DONATUTI, *La schiavitù...*, cit., p. 225 y 226.

<sup>124</sup> BRASIELLO, *La repressione...*, cit., p. 423, fiel a su idea de que no existe conexión entre la pena extraordinaria y la *publicatio bonorum*, considera interpolada la referencia a la confiscación de los bienes que rompe nexo entre *capitis deminutio* y la pérdida de la *testamentifactio*. ZILETTI, *In tema di...*, cit., p. 60, por el contrario, respeta la integridad del texto, que considera acorde a la línea que se mantiene en época clásica el degradar el *status* del condenado y la confiscación de los bienes y unirlo a la pena impuesta, no al *genus criminis*. pp. 59 y 60.

*servitus poenae*<sup>125</sup>, sí un primer acercamiento a ese instituto, empezándose a configurar la pérdida de la libertad como consecuencia de determinadas penas<sup>126</sup>. Sin embargo, ha habido quien lo ha considerado como una consecuencia, no de la falta de libertad, sino de la confiscación de los bienes, lo que tendría sentido ya que al no disponer de bienes, no se puede hacer testamento. En cualquier caso, la referencia a la pérdida de la capacidad de testar en caso de ser condenado a alguna de esas penas está fuera de dudas, aunque no su naturaleza.

Otro texto, este de Ulpiano recogido en, D. 28.3.6.6 (*10 ad Sab.*), se refiere también a la condición de *servus poenae* de los condenados a pena capital, *ad bestias*, *ad gladium* o a cualquier otra pena que quite la vida, siendo el testamento realizado por cualquiera de ellos *irritum*, desde el día en que se dicta la sentencia condenatoria, a excepción del testamento del *miles* condenado a muerte que podrá testar en relación a los *bona castrensia*:

*Sed et si quis fuerit capite damnatus vel ad bestias vel ad gladium vel alia poena quae vitam adimit, testamentum eius irritum fiet, et non tunc cum consumptus est, sed cum sententiam passus est: nam poenae servus efficitur: nisi forte miles fuit ex militari delicto damnatus, nam huic permitti solet testari, ut divus Hadrianus rescripsit, et credo iure militari testabitur. Qua ratione igitur damnato ei testari permittitur, numquid et, si quod ante habuit factum testamentum, si ei permissum sit testari, valeat? An vero poena irritum factum reficiendum est? Et si militari iure ei testandum sit, dubitari non oportet, quin, si voluit id valere, fecisse id credatur.*

Dejando de lado el testamento militar que, por su especial régimen, queda al margen de nuestro trabajo<sup>127</sup>, varios son los aspectos a destacar de este texto además de confirmar la condición de *servi poenae* de los condenados a ciertas penas; así, vemos a) en primer lugar la referencia a que el testamento será írrito, en caso de existir antes de la condena, y b) en segundo lugar, la mención de forma explícita a que se considera así (írrito) desde el momento de la condena, y no desde el momento de la muerte.

Efectivamente, esto entronca directamente con la necesidad de que la *testamenti factio* activa se requiere en diferentes momentos: desde la confección del testamento y hasta el momento del fallecimiento<sup>128</sup> así, si el testador sufre tras la confección del

---

<sup>125</sup> Como cree DONATUTI, *La schiavitù...*, cit., p. 219.

<sup>126</sup> Como sostiene ZILETTI, *In tema di...*, cit., pp. 59 y 60.

<sup>127</sup> Los que como dijimos, pueden en relación a los *bona castrensia*, hacer testamento, disponer fideicomisos y donaciones por causa de muerte y tener herederos *ab intestato*.

<sup>128</sup> Debemos recordar que nos estamos refiriendo a la sucesión *ex testamento in todo momento*, y que la sucesión *ab intestato* solo se exige en el momento de la muerte del causante.

testamento una *capitis deminutio*, éste se hace írrito a excepción de los supuestos en los que pueda aplicarse el *ius postliminii* o la *fictio legis Cornelia*<sup>129</sup>.

De este modo se comprende la referencia al testamento írrito establecida en el fragmento ulpiniano, que además se observa también en los fragmentos D. 28.3.6.5 (si se pierde la ciudadanía por súbita esclavitud) y 7 (en relación al deportado que también sigue la misma suerte<sup>130</sup>) del mismo Ulpiano, textos que sin embargo han sido sometidos a la crítica de interpolaciones<sup>131</sup>.

La segunda cuestión planteada se refería al momento en que se considera írrito el testamento: desde el momento de la condena, y no desde el momento de la muerte. En efecto, la incapacidad de testar se remonta al momento de la sentencia<sup>132</sup>, a diferencia de lo acontecido en época ciceroniana, en que como vimos, sí se permitía testar al reo, lo que se mantendrá, al menos hasta la época de Tiberio, siendo por tanto el testamento hecho antes de perder la libertad por condena, válido<sup>133</sup>. Es a partir de ese momento cuando el condenado no podrá testar ni como ciudadano ni como peregrino<sup>134</sup>.

A ello habría que añadir que, como se desprendía del caso del parricida Maléolo relatado por Cicerón *de inv.* 2.50.148-149 tampoco planteaba problemas el intervalo entre la ejecución y la muerte. Según el Derecho penal de la época republicana no era necesario que mediara un plazo entre una y otra; de hecho, lo normal era que se ejecutara la sentencia, salvo excepciones, tras ser pronunciada. Es a partir del inicio del Principado cuando a raíz de que se vuelva a aplicar la condena a muerte, se establecen unos plazos entre ambas<sup>135</sup>, siendo por tanto en este momento cuando se plantea el

---

<sup>129</sup> Debe distinguirse entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, ya que las reglas son diferentes según se trate de una u otra: en relación a la primera, el testador debe gozar de ella desde tanto en el momento de la confección del testamento, como en el momento del fallecimiento; si en cambio el testador adquiere la capacidad necesaria para hacer testamento tras haberlo hecho, éste no se convalida, pero el Pretor podrá conceder la *bonorum possessio secundum tabulas testamenti* al instituido heredero que la solicite.

<sup>130</sup> Al sufrir el condenado una *capitis deminutio*, si bien es media, esto es, pérdida de la ciudadanía.

<sup>131</sup> Vid. BRASIELLO, *La repressione...*, cit. p. 425 y 426 y en *Gai.* 2. 145 y 147, Tit. Ulp. 23.4.

<sup>132</sup> VOGLI, *Diritto ereditario...*, cit, p. 390, n.23

<sup>133</sup> ALBANESE, *Le persone...*, cit., 325.

<sup>134</sup> Dion Cassio 57, 22, BRASIELLO, *La repressione...*, cit., p. 110. sobre el texto infra n. 159.

<sup>135</sup> El plazo empieza siendo de 10 días, después se amplía a un mes, e incluso llega hasta un plazo máximo de un año en época postclásica para algunos delitos y de uno a cinco para otros. Vid. textos en ALBANESE, *Le persone...*, cit., p. 106, n. 4 32. El

problema de la condición jurídica del condenado en ese intervalo de tiempo, lo que se resuelve perdiendo éstos de forma automática la libertad y configurándose poco a poco la nueva figura de la *servitus poenae*.

En relación al intervalo entre la ejecución y la sentencia, debemos tener presente la posibilidad de hacer testamento en caso de que ésta se apele, recogida en D. 28.1.13.2 (*Marci.4 Inst.*): en efecto, Marciano nos relata el supuesto en que un condenado *-capitali crimine damnatus-* que apela, y en el intervalo *-medio tempore pendente-* *fecerit testamentum*, y muere. En efecto, habrá que esperar a que la sentencia sea definitiva para que el reo pierda la capacidad de testar por lo que, mientras tanto, el testamento hecho *pendente appellatione*<sup>136</sup> es válido y eficaz testamento<sup>137</sup>.

Así la *servitus poenae* acaba siendo utilizada por la jurisprudencia para regular la condición jurídica de los condenados a las penas más graves como penas extraordinarias, frente a la pérdida de la ciudadanía que se reserva para la pena capital ordinaria, no interfiriendo en toda la época clásica<sup>138</sup> en su campo. Estas penas extraordinarias son la pena capital y los *summa supplicia*. Así, la *servitus poenae* sería una institución exclusiva de la represión extraordinaria, y sólo se aplicaría a los condenados por este tipo de penas.

Ya en época de Ulpiano se perfilan los 5 delitos que llevan aparejada una de estas penas: Así, 1) para el *crimen maiestatis*, los *summa supplicia* para los *humiliores* y la pena de muerte simple para los *honestiores*<sup>139</sup>; 2) para la *vis publica*: pena de muerte simple para los primeros, y *deportatio* para los segundos; 3) para el parricidio, *summa supplicia*<sup>140</sup> o *poena cullei*; 4) Para el envenenamiento y los sicarios: los *summa supplicia* para los *humiliores* y la pena de muerte simple para los *honestiores*<sup>141</sup>.

Concluyendo, todos los condenados a estas penas, sean los más graves, como las penas aplicadas a delitos menos graves, entre las que se encuentran el *metallum*, en

---

derecho justiniano acoge la regla de que debe dar ejecución inmediata a la sentencia penal, aunque DONATUTI, *La schiavitù...cit.*, p. 223, se muestra cauto con esta afirmación.

<sup>136</sup> Sobre la apelación primero popular, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho Público Romano...*, cit., pp. 262-263.

<sup>137</sup> Sobre la apelación y la posibilidad de testar o que no sea írrito el testamento antes hecho. vid. también, D. 28.3.6.8 y 9 (*Ulp. 10 ad Sab.*).

<sup>138</sup> según ZILLETI, *In tema di...*, cit., p. 40.

<sup>139</sup> Paul. Sent. 5.29.1.

<sup>140</sup> Paul. Sent. 5.24.

<sup>141</sup> Paul. Sent. 5.23.1.

todas sus formas, el *opus metalli* perpetuo y los distintos tipos de *ludo*, llevan anejas la *servitus poenae*<sup>142</sup>.

En el mismo sentido se pronuncia Ulpiano refiriéndose esta vez tanto a la pérdida de la libertad como a la ciudadanía en D. 48.19.29, “*a qui ultimo supplicio damnantur, statim et civitatem et libertatem perdunt*”.

Volviendo al texto de Gayo que hemos tomado como base para analizar las condenas penales que privan a los ciudadanos de la capacidad de hacer testamento, D. 28.1.8.1-4, nos centramos ahora en el fragmento 1 y en el 2:

1. *Si cui aqua et igni interdictum sit, eius nec illud testamentum valet quod ante fecit nec id quod postea fecerit: bona quoque, quae tunc habuit cum damnaretur, publicabuntur aut, si non videantur lucrosa, creditoribus concedentur.*

2. *In insulam deportati in eadem causa sunt:*

Refiere el jurista que si alguno fuera condenado a la *aquae et ignis interdictio*, o deportado, su testamento no será válido en ningún caso, ni, si lo hubiera hecho antes de la interdicción, ni después, -*quod ante fecit nec id quod postea fecerit*-, añadiendo que esta pena va acompañada de la confiscación de los bienes del reo.

Dos penas distintas, el exilio y la *deportatio*, tienen el mismo resultado: la falta de capacidad para hacer testamento resultado que, además coincide, como ya hemos visto, con el de la condena a muerte en sus diferentes formas: muerte por decapitación, los *summa supplicia* (crucifixión, exposición a las fieras en el circo y cremación), y la condena perpetua a trabajos en las minas (*damnatio ad metalla*), o en obras públicas (*opus metalli*) o a actuar en el circo como gladiadores (*damnatio in ludum gladiatorum*). En efecto, en todos los casos el reo pierde la *testamenti factio*, si bien en los primeros no se produce la pérdida de libertad y en los demás casos sí.

De una y otra pasamos a ocuparnos;

### 3. La *aquae et ignis interdictio*

La *aquae et ignis interdictio*<sup>143</sup> o la prohibición del agua y el fuego, es una de las penas más antiguas conocidas, consistente en el destierro de un ciudadano de Roma, a

---

<sup>142</sup> Justiniano en su Nov. 22.8, abole la *servitus poenae* en el caso de la condena *in metallum*, manteniéndose para el resto de condenas, DONATUTI, *La schiavitù...*, cit., p. 223 manifiesta sus dudas de que solo fuera abolida para ésta.

<sup>143</sup> Sobre la evolución del exilio, y de la aparición de la *aquae et ignis interdictio*, vid. TORRES AGUILAR, M., “La pena del exilio: sus orígenes en el Derecho Romano”, *AHDE* (1993), pp. 701-784.

través de una declaración formal por parte del magistrado que le prohibía compartir el agua y el fuego -elementos esenciales de la comunidad-, con sus conciudadanos.

En época republicana, la separación de un individuo de la comunidad a la que pertenece se realizaba de forma voluntaria, y ha sido discutido por la romanística si se trata de una institución de carácter punitivo<sup>144</sup> o como pone de manifiesto MOMMSEN<sup>145</sup>, es un simple acto administrativo realizado por el magistrado para que el condenado pudiera evitar la ejecución de la condena.

Con la aparición del sistema de las *quaestiones perpetuae*, el exilio se configura como una sanción, transformando la antigua práctica de eludir la pena de muerte mediante exilio acompañado de *aquae et ignis interdictio* en una pena autónoma prevista<sup>146</sup>.

En este momento se ve claramente el cambio de concepción ya que, si en las épocas anteriores era el propio acusado el que tomaba la iniciativa de huir a través del exilio sustrayéndose a la represión penal, con las leyes de Sila, el exilio es impulsado por propia comunidad, configurando la interdicción del agua y el fuego como una pena alternativa a la muerte<sup>147</sup>.

En cualquier caso<sup>148</sup>, la *aquae et ignis interdictio* comporta la pérdida de la ciudadanía, la confiscación de los bienes<sup>149</sup>, la prohibición perpetua de regresar a territorio romano, la advertencia a todos los ciudadanos de que está prohibido prestar

---

<sup>144</sup> CRIFÒ, G., *Ricerche sull' "exilium" nel periodo repubblicano*, Milano, 1961.

<sup>145</sup> *Derecho penal...*, cit., p. 406.

<sup>146</sup> Tampoco la romanística se pone de acuerdo en el momento en que se configura como pena autónoma. Es que a partir de las *Leges Corneliae* de Sila, con las que el procedimiento de las *quaestiones perpetuae* alcanzan su plena y definitiva aplicación, adquiere configuración legal la posibilidad atribuida al condenado de eludir la pena de muerte mediante el exilio voluntario a través de la previsión expresa de la interdicción del agua y el fuego. En este sentido se manifiestan, entre otros, BRASIELLO, SANTALUCIA, y CRIFÒ. A pesar de ello, parte de la romanística cree que hasta el año 63 a. C. faltó una pena de exilio reconocida legislativamente, dado que la pena establecida por las leyes Cornelia fue formalmente la pena de muerte. En este sentido, entre otros, LEVY, o KUNKEL. Cfr. por todos LÓPEZ HUGUET, *Un análisis de los efectos jurídicos del exilium...*, cit., p. 28, n. 76, y p. 29, n. 77.

<sup>147</sup> LÓPEZ HUGUET, *Análisis de los efectos jurídicos del exilium...*, cit., p. 26.

<sup>148</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho Público Romano...*, cit., p. 225.

<sup>149</sup> No existe consenso doctrinal sobre las consecuencias que la *interdictio* comportaba en las diferentes momentos históricos, ni en relación a la *publicatio bonorum*, ni respecto a la pérdida de su ciudadanía romana. Sobre las diferentes opiniones doctrinales vid. LÓPEZ HUGUET, *Un análisis de los efectos jurídicos del exilium...*, cit., pp. 1-40.

ayuda al exiliado<sup>150</sup>, y la indicación de que en caso de regresar sin autorización cualquiera podrá darle muerte<sup>151</sup>.

Así, como ya vimos en su momento, el exilio se entiende junto a la pena de muerte, como *poena capitalis*<sup>152</sup>, frente a la *poena capitis* ya estudiada, que se reserva a los delitos más graves, y generalmente a los *humiliores*. En efecto la *poena capitis* no se limita a la pena de muerte y al exilio, sino que engloba ahora otras penas que comportaban la pérdida de la ciudadanía, como la *deportatio*<sup>153</sup>, que con el tiempo irá sustituyendo a la *aquae et ignis interdictio* que mantuvo durante el imperio, su configuración como pena capital<sup>154</sup>.

Volviendo al texto de Ulpiano, D. 28.1.8.2<sup>155</sup>, queda también fuera de duda que el testamento realizado por el que ha sufrido la *aquae et ignis interdictio* es considerado irrito, tanto en el caso de que hubiera sido hecho antes de la interdicción o después<sup>156</sup>.

La *aquae et ignis interdictio*, tiene como consecuencia la falta de *testamenti factio* del exiliado, pero se le reconoce la facultad de testar como *peregrinus*<sup>157</sup>, ya que nada le impide conservar la condición de hombre libre, por lo que si se integraba en otra comunidad como ciudadano, le era reconocida esta facultad del mismo modo que al resto de sus nuevos con-ciudadanos<sup>158</sup>.

---

<sup>150</sup> Lo que fue concretado por Sila en la *Lex Cornelia de Proscriptionibus* del año 82 a. C., en la que además de prohibir la ayuda al desterrado, se ordenaba la venta de sus bienes.

<sup>151</sup> SANTALUCIA, *Diritto e processo penale...*, cit., p. 69.

<sup>152</sup> Lo que condujo a los juristas clásicos a identificar a ésta como la pena de las leyes Cornelia, determinándose para ambas las mismas consecuencias, entre las que destaca, la pérdida de la ciudadanía. vid. DE CASTRO-ROMERO, *El Crimen Maiestatis...* cit., p. 71.

<sup>153</sup> ZILLETTI *In tema di...*, cit., p. 65. Así se constata, de acuerdo con el autor, en el hecho de que el mismo jurisconsulto incluya a la deportación en el elenco de penas capitales recogido por Calístrato en D. 48.19.28 pr (6 *Cogn.*).

<sup>154</sup> Según la sistemática de BRASIELLO, junto al exilio a) que entra en el ámbito de aplicación de la llamada represión ordinaria, b) que comporta el carácter de perpetuo, c) que conlleva la pérdida de la ciudadanía y d) la *publicatio* de los bienes del condenado, aparece un exilio, que se sitúa en el marco de la represión *extra ordinem*.

<sup>155</sup> *Si cui aqua et igni interdictum sit, eius nec illud testamentum valet quod ante fecit nec id quod postea fecerit...*

<sup>156</sup> Sin embargo, el texto no hace referencia explícita a la pérdida de la ciudadanía romana.

<sup>157</sup> Podrá hacerlo como *peregrinus alicuius civitatis*.

<sup>158</sup> LÓPEZ HUGUET, *Un análisis de los efectos jurídicos del exilium...*, cit., p. 39.

No es hasta el año 23 d.C. cuando Tiberio, relata Dion Casio<sup>159</sup>, prohíbe testar a los que sufren la *aquae et ignis interdictio*, no sólo *quasi civis*<sup>160</sup>, sino tampoco *quasi peregrinus*<sup>161</sup>, evitando así que los bienes que debía corresponder al Erario por la *publicatio bonorum*, acabaran en manos de los herederos del reo<sup>162</sup>. Así, el *interdictus* adquiere la condición de *peregrinus nullius civitatis*, que como ya apuntamos, sólo puede valerse del *ius gentium*, no pudiendo hacer testamento ni como ciudadano romano, al ser extranjero, ni como extranjeros, al no ser ciudadanos de ninguna ciudad<sup>163</sup>.

Esta medida es conocida por Ulpiano que en D. 32.1.2 (*Ulp. I. Fidei.*), refiere que aquellos a los que se les pone interdicción del agua y fuego y los deportados no pueden testar, ni dejar fideicomiso alguno, al no ser ciudadanos<sup>164</sup>:

*Hi, quibus aqua et igni interdictum est, item deportati, fideicommissum relinquere non possunt, quia nec testamenti faciendi ius habent cum sint "apolides".*

Al parecer es opinión unánime en la doctrina que uno de los efectos de la *aquae et ignis interdictio*, era la pérdida de la ciudadanía, si bien no hay acuerdo sobre en qué momento se produjo ésta. El texto revela que ni el *interdictus* ni el deportado pueden hacer testamento, catalogándolos de apólides<sup>165</sup>, no pudiendo hacer testamento ni como ciudadano romano, al ser extranjero, ni como extranjeros, al no ser ciudadanos de ninguna ciudad. Sin embargo, el único texto jurídico que relaciona la falta capacidad de hacer testamento para los interdictados con la pérdida de la ciudadanía es el que

---

<sup>159</sup> *Historiae Romanae*, 57.22.5. Debido a la situación excepcional que estamos viviendo en este momento por la pandemia provocada por la covid-19, me ha sido imposible consultar este texto.

<sup>160</sup> como apunta MOMMSEN, *Derecho Penal...*, cit., p. 300, al ser la facultad de testar un derecho propio y exclusivo de los ciudadanos romanos, el emperador habría hecho derivar la pérdida de la ciudadanía de la interdicción del agua y el fuego designada ahora como *deportatio*.

<sup>161</sup> Sostienen que esta opinión LEVY, *Die römische Kapitalstrafe*, p. 20 n. 4. citado por BRASIELLO, *La repressione...*, cit., pp. 110 y ss.; ZILLETTI, *In tema di...*, cit., p. 57, entre otros.

<sup>162</sup> vid. sobre el tema LÓPEZ HUGUET, *Un análisis de los efectos jurídicos del exilium...*, cit., pp. 39 y 40.

<sup>163</sup> Tit. Ulp. 20.14: "... is qui dediticiorum numero est testamentum facere non potest... quoniam nec quasi civis Romanus testari potest, cum sit peregrinus, nec quasi peregrinus, quoniam nullius certae civitatis civis est, ut secundum leges civitatis suae testetur".

<sup>164</sup> DE CASTRO-CAMERO; *El Crimen Maiestatis...*, cit., p. 74; LÓPEZ HUGUET, *Un análisis de los efectos jurídicos del exilium...*, cit., p. 40.

<sup>165</sup> Término griego que podría equivaler a *peregrini nullius civitatis*.

acabamos de ver: esto hace que la mayoría de los romanistas que han trabajado sobre este tema, lo hagan desde el análisis de los fragmentos que se refieren a las consecuencias de la *deportatio*, a pesar de tener consecuencias penales diversas. La razón esgrimida es que pertenecen a juristas del siglo III, momento en el que la *deportatio* viene a sustituir a la antigua interdicción del agua y el fuego<sup>166</sup>, que sí parece tener como consecuencia automática la pérdida de la ciudadanía<sup>167</sup>.

#### 4. *Deportatio in insulam*

También se refiere a ella nuestro texto, D. 28.1.8.2, en el que Ulpiano explicita que se aplicará la misma condena: *In insulam deportati in eadem causa sunt*, y curiosamente, tampoco hace mención alguna a la pérdida de la ciudadanía.

El origen de esta nueva pena es confuso por lo que buena parte de la doctrina se ha limitado a indicar que surgió en el Imperio<sup>168</sup>. Como pena extraordinaria implica la estancia en una isla o en un oasis desierto.

Con ella se sancionan aquellas penas que entraban en el ámbito de la antigua *aquae et ignis interdicto* y nuevas figuras delictuales. Así, siguiendo a LÓPEZ HUGUET<sup>169</sup>, fueron sancionados con la deportación, entre otros, el incendio en la ciudad provocado por *honestiores* frente al arrojo a las fieras con el que eran penados los *humiliores*<sup>170</sup>; el que hubiere recibido dinero para matar a un hombre o el que, aun sin recibirlo hubiera dado muerte a un inocente llevado de su acaloramiento<sup>171</sup>; el joven que reincidiera en la

---

<sup>166</sup> DE CASTRO-CAMERO, *El Crimen Maiestatis...*, cit., p. 74. A partir de TRAJANO, según FENÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho Público Romano...*, cit., p. 263.

<sup>167</sup> Como se desprende de D. 48.19.2.1 (*Ulp. 48 ad Ed.*), texto que ha sido sometido a la crítica de interpolaciones: Últimamente ha defendido su autenticidad DE CASTRO-CAMERO, *El Crimen Maiestatis...*, cit., p. 55, afirmando, que los juristas clásicos más fieles a la tradición como Ulpiano o Paulo han continuado mencionando correctamente tal interdicción del agua y el fuego, mientras los compiladores justinianos mantienen la referencia a la interdicción, pero insertado el término *deportatio*.

<sup>168</sup> Hay quien considera que fue por Augusto o Tiberio. cfr. por todos, LÓPEZ HUGUET, *Un análisis de los efectos jurídicos del exilium...*, cit., pp. 43-44.

<sup>169</sup> *Un análisis de los efectos jurídicos del exilium...*, cit., pp. 46-47.

<sup>170</sup> D. 47.9.12.1 (*Ulp. 8 de off. Proc.*).

<sup>171</sup> D. 48.11.7.3 (*Marcer I. Iud. Publ.*).

provocación de turbulencias ciudadanas<sup>172</sup>, el desertor que se presentara<sup>173</sup> o el dignatario que hurtara metales del emperador<sup>174</sup>.

Esta condena<sup>175</sup>, llevan aparejada la pérdida de la ciudadanía y la *publicatio bonorum* del patrimonio del reo, que irán a para a manos del fisco, menos una pequeña cuota reservada a los hijos inocentes. Referencia expresa a la imposibilidad de tener herederos, por perder la ciudadanía la encontramos en D. 48.20.7.5 (*Paul. l.s. de port. quae lib. damn. conc.*)<sup>176</sup>:

*Quae post condemnationem adquisiit is cuius bona publicata sunt, si relegatus est, ad heredes scriptos ab eo vel ab intestato venientes pertinent: nam in insulam relegatus testamenti factionem habet ut reliqua quoque iura. Quod si deportatus est, quoniam, quia civitatem amittit, heredem habere non potest, etiam postea adquisita fiscus capit.*

Que además se refiere a la *relegatio in insulam* que sí permite hacer testamento y tener herederos, sobre la que ahora volveremos.

Más específico es D. 28.3.6.7 (*10 ad Sab.*), que se refiere al testamento del deportado que deviene irrito cuando el Príncipe lo haya aprobado, y la razón es clara: entonces también sufre el condenado una *capitis deminutio*.

*Eius qui deportatur non statim irritum fiet testamentum, sed cum princeps factum comprobaverit: tunc enim et capite minuitur...*

## 5. *Relegatio in insulam*<sup>177</sup>

Volviendo a nuestro texto, D. 48.1.8, Gayo en el párrafo 3, se refiere a la *relegatio*:

---

<sup>172</sup> D. 48.19.28.3 (*Call. 6 de Cogn.*).

<sup>173</sup> D. 49.16.5.4 (*Arrius Men. II. de Re Mil.*).

<sup>174</sup> D. 48.13.6.2 (*Ulp. 7 de off Proc.*).

<sup>175</sup> Junto a la *damnatio in opus publicum* perpetua. D. 48.19.17.1 (*Marci. I Inst.*).

<sup>176</sup> D. 48.22.6 pr. (*Ulp. 9 de off Proc.*)

<sup>177</sup> Siguiendo a MOMMSEN, *Derecho Penal...*, cit., p. 407, la designación general de *relegatio* se emplea para la designación de las penas menos graves de esta clase. En este sentido, establece el romanista alemán en p. 409, cuatro estadios para este tipo de penas a lo largo de los primeros tiempos del Imperio: 1º) *relegatio* sin cambio en la condición de la persona, y sin amenaza de condena capital para el caso de quebrantar la relegación, pero sin confinamiento; 2º) *relegatio* sin cambio en la condición de la persona, y sin amenaza de condena capital para el caso de quebrantar la relegación, pero con confinamiento, lo que suele llamarse *relegatio in insulam*; 3º) *relegatio* sin confinamiento, pero con amenaza de condena capital para el caso de quebrantar la relegación, llamada también *aquae et ignis interdictio*, que también implica cambio en la condición de la persona, agravada con la pérdida de la ciudadanía y la confiscación de los bienes; y 4º) *relegatio* con confinamiento y con amenaza de condena capital para el caso de quebrantar la relegación. Se priva al condenado con la pérdida de la ciudadanía y la confiscación de sus bienes.

*Sed relegati in insulam et quibus terra Italica et sua provincia interdicitur testamenti faciendi ius retinent.*

Advirtiéndonos de que, por contra, ellos sí pueden testar. Esto queda corroborado en otro texto, D. 48.20.7.5, que ya hemos visto:

*Quae post condemnationem adquisiit is cuius bona publicata sunt, si relegatus est, ad heredes scriptos ab eo vel ab intestato venientes pertinent: nam in insulam relegatus testamenti factionem habet ut reliqua quoque iura. Quod si deportatus est, quoniam, quia civitatem amittit, heredem habere non potest, etiam postea adquisita fiscus capit.*

Así, el relegado a una isla, puede hacer testamento y tener por tanto herederos, estableciéndose además la diferencia entre la *deportatio* y la *relegatio* precisamente en eso: en la primera se pierden la ciudadanía y los bienes, y no se pueden tener herederos, y en la segunda, ni lo uno, ni lo otro<sup>178</sup>.

Para terminar, y, partiendo del análisis del texto gayano, hemos visto a lo largo de este trabajo que en el ámbito de la pena pública, algunas condenas importan la pérdida de la capacidad jurídica del reo, y por tanto la imposibilidad de tener un patrimonio<sup>179</sup>. Esto ocurre en el caso de la condena a muerte, *in metallum*, los *summa supplicia* (que además le hace perder la libertad), o la *deportatio* (que le despoja de la ciudadanía romana y de sus bienes). En todos estos casos el condenado no puede tener herederos, lo que por otra parte es lógico ya que no tiene patrimonio. Por su parte, la *relegatio*, no afecta al *status* del reo, si bien en los casos más graves en que sea a perpetuidad, podría ser confiscada una parte del patrimonio. Sin embargo, como anunciamos al principio de este trabajo, se nos plantean serias dudas sobre si esa privación de la *testamenti factio* es una consecuencia de la *capitis deminutio maxima* o *media* que sufre el condenado, o si por contra, precisamente por la propia particularidad del derecho sucesorio, podría ésta configurarse como una nueva categoría penal<sup>180</sup>. Estamos lejos de llegar a afirmarlo, pero hemos querido plasmar nuestras dudas en este trabajo.

---

<sup>178</sup> D.48.22.14 (*Ulpianus libro...*).

<sup>179</sup> VOCl, *Diritto ereditario...*, cit. p. 306.

<sup>180</sup> Así, 1º) el que muchos de los textos que se refieren directamente a la privación de la *testamenti factio*, se consideren alterados por parte de la doctrina -De ellos, solo tres (D.28.1.8.4, y D.28.3.6.5 y 6) se refieren a que los condenados a las penas más graves pierden la libertad, y al menos uno ha sido sometido a la crítica de interpolaciones; y los otros dos dan un tratamiento separado a las causas por las que un testamento puede ser irrito por condena. A saber, por perder la libertad y la ciudadanía (5), por las penas que quitan la vida y que convierten al condenado en esclavo de la pena (6), y por sufrir una *capitis deminutio* al ser deportado (siguiente fragmento). Del resto, dos, se refieren explícitamente a la pérdida de la ciudadanía por la *aquae et ignis interdictio* o por la *deportatio*, y también han sido considerados alterados por los compiladores, por parte de

---

la doctrina (D. 32.1.2 y D.48.20.7.5). ; 2º) el que los textos de Gayo, exceptuando el último no se refieran ni a la pérdida de la libertad, ni a la pérdida de la ciudadanía, y 3º) la constante alusión a la *publicatio bonorum* de los bienes del reo, que podría ser, precisamente causada por la privación de la capacidad de testar, nos eximen por el momento, de más comentario.