

La protección de las legítimas en los procesos de adulterio de la legislación visigótica: *Lex Wisigohorum* 3,4,12 y 13

Armando TORRENT RUIZ
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)

A propósito de otros estudios míos sobre la represión del adulterio en Roma y en la *LW*¹, tuve ocasión de examinar algunos complejos textos visigóticos (*LW* 3,4,1 y 12) en los que se mencionaban a los hijos legítimos de anterior matrimonio de la adúltera y lo mismo del adúltero que tenían derecho a recibir su *portio debita* disminuyendo la adquisición del marido burlado que como consecuencia del *iudicium dulterii* tenía derecho a hacer suyos la persona y los bienes de los adúlteros. Leyendo entonces aquellos textos me pareció ver ciertos ecos de la legítima romana, y ahora habiéndolos examinado con más detenimiento me atrevo a confirmar la idea de existencia de la legítima en Derecho visigodo a lo que voy a dedicar estas páginas.

Podemos aproximarnos al tema objeto de estas reflexiones desde tres puntos de vista:

a) Desde la consideración de las personas reforzando la nueva visión de la familia, que probablemente por influencia cristiana a partir del siglo IV prestó una atención especial al matrimonio que en Hispania se consumó con la conversión de Recaredo al catolicismo en el III Concilio de Toledo (año 589). Esta nueva visión de la familia con su incidencia inmediata en el derecho sucesorio que es el enfoque que defiendo, se plasmó especialmente en la contemplación de los hijos legítimos de los adúlteros (*LW* 3,4,1 y 3,4,12): los del *adulter* por un lado y por otro los de la adúltera habidos *de priori coniugio*, (eod. 12) con la inherente protección de tales

¹ TORRENT, «Derecho penal matrimonial romano y “*poena capitis*” en la represión del adulterio», en *RIDROM*, 17 (2016), pp. 229-301 (en adelante *Poena capitis*); *id.*, «La represión del adulterio en las leyes romano-bárbaras y especialmente en la legislación visigótica hispana», de inminente aparición en *TSDP*, 10 (2017) (en adelante *Leyes romano-bárbaras*).

hijos legítimos desde un punto de vista sucesorio acogiendo el Derecho romano que iba configurando la sucesión necesaria o forzosa insinuada en la norma *si sus heres non escit* de las XII Tablas, y fundamentalmente en la *iurisdictio praetoria* de finales de la República creadora de una novedad de suma importancia como fue la *bonorum possessio sine tabulis y contra tabulas*, semilla fructífera engendradora de la inmediatamente posterior sucesión legítima, a su vez muestra evidente de la conexión inescindible entre familia y derecho sucesorio. En Roma desde antiguo el padre tenía el *ius vitae necisque*, rigor que se fue dulcificando con el tiempo mediante diversos expedientes a partir de la *nota censoria* (la magistratura censoria fue creada en el 443 a. C.) que podía sancionar los tratos a veces inhumanos que el padre ejercía sobre los hijos; en el Principado está documentado que Adriano (117-138) deportó a un padre por malos tratos a sus hijos. Mucho influyó en el campo familiar-hereditario la visión cristiana de la familia afirmadora de la protección de los hijos difundida a partir de Constantino que en el edicto de Milán del 313 tolerando la fe católica profundizaba en la protección de los hijos, protección asumida por los visigodos intensamente atraídos por la concepción política del Estado desarrollada por Constantino con la inherente primacía del *princeps* en la producción del derecho. La España visigótica es tributaria tanto de las ideas políticas como de la estructuración familiar-hereditaria del llamado Derecho postclásico que se hicieron más fecundas con la conversión al catolicismo de Recaredo en el año 589, pues hasta entonces los visigodos eran arrianos que en materia de derecho de familia mantenían ideas similares a los católicos: ambas eran religiones cristianas.

b) Cabe otra aproximación en Derecho visigodo desde el punto de vista de mera distribución de los bienes de los adúlteros repartidos entre el marido burlado y los hijos legítimos citados en situaciones: en el llamamiento a los hijos habidos de *priori coniugio* de los bienes de la madre adúltera conseguidos del primer marido, entregándose una parte a aquellos hijos, como también a los hijos legítimos del adúltero tenidos con anterioridad al adulterio. En este sentido hay que destacar que la represión del adulterio entre los visigodos no es ninguna novedad frente a la represión del Derecho romano institucionalizada desde Augusto que legalizó el antiquísimo *ius occidendi* sobre los adúlteros, y sustancialmente los monarcas visigodos seguían siendo tributarios de la *lex Iulia de adulteriis coeorcendis* que otorgaba al padre de la adúltera o al marido burlado la potestad de dar muerte a los convictos y todos los bienes de estos.

c) Desde un punto de vista sucesorio en la medida que se iba configurando la sucesión forzosa alineada con la reducción creciente del círculo familiar pasando en Roma de la primitiva familia agnaticia a la familia cognaticia que primaba a los hijos legítimos y a los parientes de sangre más cercanos que se venía planteando desde finales de la República con la concesión por el pretor de la *bonorum possessio sine tabulis* en la sucesión *ab intestato* y *contra tabulas* en la testamentaria cuando el causante dejase a los legitimarios menos de lo que les correspondía en la sucesión intestada, variando la cuantía de las cuotas de los legitimarios en la evolución del Derecho romano, la nueva concepción de las legítimas llegó a los visi-

godos a través de la jurisprudencia y legislación postclásica. El estudio de nuestro tema en Derecho visigodo nos acerca además a consideraciones de Derecho penal matrimonial al estar estrechamente relacionado con la represión del adulterio; así se advierte en las legislaciones germánicas y especialmente en la visigótica-hispana², tema que ya había analizado en su vertiente romanística. A su vez los textos que trataré fundamentalmente (*Lex Wisigothorum* 3,4,1 eod. 12 y 13) admiten un doble enfoque: material, sustantivo (consideración y consecuencias del adulterio en la sociedad visigoda) y formal (instrumentos procesales para resolver los relativos conflictos).

El pueblo visigodo dominó España desde el año 507 al 711 y era el más romanizado de todos los pueblos germánicos³ colindantes con el *limes*. Asentado originariamente en la *pars Orientis* del Imperio Romano, al norte del mar Negro, ante la presión de las hordas asiáticas fué trasladándose a Occidente instalándose en la Galia del sur llegando hasta Aquitania con capital en Tolosa hasta que vencidos en la batalla de Vouillé (a. 507) por Clodoveo, rey de los francos, pasaron los Pirineos instalándose en España poniendo su capital en Toledo, antigua ciudad ibérica que en el 72 a. C. era una *civitas stipendiaria*. Hispania a finales del siglo V era una región plenamente integrada en la órbita romana a lo que mucho facilitaron las leyes municipales flavias y la generalizadora e igualitarista *constitutio Antoniniana* del 212 d. C. La dominación romana en Hispania había durado seis siglos desde el 218 a. C. en que desembarcan en España las legiones romanas al mando de los hermanos Cneo y Publio Scipión para ayudar a los saguntinos del asedio cartaginés⁴, hasta la caída del Imperio Romano de Occidente que convencionalmente se fija en el 476 d. C. Toledo pasó de ser una ciudad hispano-romana a capital del Imperio visigótico durante dos siglos (desde el 507 al 711), y musulmana desde el 711 hasta el 1085 en que fue reconquistada por Alfonso VI rey de Castilla y León. Las crónicas árabes describen Toledo como ciudad opulenta donde se custodiaba la fabulosa y mítica mesa de Salomón que leyendas cristianas describirían situada más tarde en Santiago de Compostela.

Es sabido que la legislación visigótica tiene una fuerte influencia romanística que se manifiesta en el Código de Eurico⁵ del 475 compuesto para los galo-romanos de la Provenza y Aquitania; en la *Lex Romana Wisigothorum* del 507 compuesta para los hispano-romanos por Alarico II una vez que los visigodos habían sido expulsados de Francia; en el todavía no encontrado *Codex revisus* de Leovigildo (569-585), y en

² TORRENT, *Leyes romano-bárbaras*, cit.

³ Vid. N. SANTOS YAGUAS, *Los pueblos germánicos en la segunda mitad del siglo IV a. C.*, Oviedo, 1987.

⁴ Tema que he tenido ocasión de estudiar particularmente desde un punto de vista jurídico-económico; cfr. TORRENT, «La “lex locationis” de las tres “societates publicanorum” concurrentes “sub hasta” en el 215 a. C.», en *SDHI*, 80 (2014), pp. 71-100.

⁵ Sigo la magnífica edición de A. D'ORS, «El Código de Eurico. Edición, palíngenesia, índices», en *Estudios Visigóticos*, II, Roma-Madrid, 1960.

la *Lex Wisigothorum*⁶ de Recesvinto del 654 revisada por Ervigio en el 681 que recoge citadas como *antiqua* leyes de los reyes visigodos anteriores a Recesvinto. La *LW* fue conocida como *Liber iudiciorum* desde el siglo VIII, fecha del manuscrito más antiguo de la obra recesvindiana que en el siglo XIII castellanizada como *Fuero Juzgo* estuvo vigente hasta avanzado el siglo XIX cuando empezaron a publicarse las Leyes de Base preparatorias del Código Civil español⁷ de 1888 que entró en vigor el 1 de enero de 1889. La influencia romanística entre los visigodos trae sus raíces de Constantino, los Códigos Gregoriano, Hermogeniano, Teodosiano, Novelas postth., y obras jurisprudenciales epitomadas en la Tarda Antigüedad como las *Pauli Sententiae*, la *Collatio* y algunos fragmentos de los *responsa* de Papiniano. Toda la legislación visigótica sobre el adulterio viene de estas fuentes a las que se fueron añadiendo modificaciones por la monarquía visigótica, especialmente por Leovigildo, Sisebuto (612-621), Chindasvinto (642-653,) Recesvinto (653-672), y reyes posteriores. Sustancialmente por lo que interesa en esta sede, todo el material referente al adulterio que citan las fuentes romanas tardo-clásicas y a su estela la legislación visigótica, hunde sus raíces en la *lex Iulia de adulteriis corcendis* promulgada por Augusto en el 18 a. C. que había desarrollado una intensa actividad legislativa⁸ de la que arranca la creciente labor normativa imperial que conocemos gracias a numerosos documentos epigráficos y papirológicos que diligentemente ha elencado Purpura⁹.

El documento más significativo de la influencia romanística en Hispania, y a la vez de la creciente expansión de la voluntad imperial como fuente de producción del derecho bien a través de *rescripta* o de *leges generales*¹⁰ que había empezado a introducir Constantino, lo tenemos en

⁶ Sigo la lectura de K. ZEUMER, *Monumenta Germaniae Historica. Legum sectio I. Tomus I* (1902 = Hannover et Lipsiae, 1973).

⁷ Cfr. TORRENT, «El Código Civil español en la secuencia comparativista de fundamentos del Derecho europeo», en *RIDROM*, 12 (2014), pp. 137-192.

⁸ Ejemplo de ello ofrece G. D. MEROLA, «La revisione augustea della lex portus Asiae», en *Vir doctus Anaticus, Studies in memory of Senner Sahin*, Istanbul-Kabalcı-Yaymevi, 2016, pp. 627 y ss. Fundamentalmente la *lex portus Asiae* es un documento aduanero descubierto en Efeso (*Monumentum Ephesenun*) en 1976, editado por H. ENGELMANN y D. KNIBBE, «Das Zollgesetz der Provinz Asia», en *EA*, 14 (1989) pp. 1 y ss., reeditado en el 2008 por M. COTTIER *et al.*, *The customs Law of Asia*, Oxford, 2008. Vid. también MEROLA, «Su Augusto e il potere normativo del princeps», en *Scritti Corbino*, 5, Tricase, 2016, pp. 69 y ss., que trata fundamentalmente de las intervenciones de los julio-claudios (hasta Nerón) a propósito de la *lex Portus Asiae*. Vid. lit. sobre la misma en Ead., *Autonomia locale e governo imperiale. Fiscalità e amministrazione nelle province romane*, Bari, 2001; TORRENT, «Los “publicani” en la “Lex Portus Asiae”», en *Scritti Corvino*, cit., 7, pp. 179 y ss. Podría decirse que esta ley es una ley de aluvión que partiendo del texto-base del 75 a. C. fue siendo completada con diversos añadidos desde la misma época tardo-republicana, siendo el último del 62 d. C. en época de Nerón.

⁹ G. PURPURA, *Revisione ed integrazione dei fontes Iuris Romani Anteustiniani (FIRA)*. I. *Leges*, Torino, 2012, pp. 319 y ss.; *Introduzione*, pp. 297 y ss.; cfr. J. CORIAT, «Introductio», en G. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, Milano, 1963, nueva edición preparada por G. SANTUCCI y N. SORTI, Bologna, 2012, X.

¹⁰ Vid. L. DE GIOVANNI, «In tema di “lex imperialis” tra IV e V secolo», en M. P. BACCARI y C. CASCIONE (cur.), *Tradizione romanística e costituzione*, Napoli, 2006, p. 289; G. BASSANELLI SOMMA-RIVA, «Leges generales: linee per una definizione», en *SDHI*, 83 (2016), pp. 61 y ss.

un magnífico texto epigráfico descubierto en la Bética cuya *editio princeps* es de 1986, la llamada *lex Irnitana*¹¹, que en el capítulo 93 hace un reenvío expreso al *ius civile* y al edicto pretorio para la solución de los problemas de los *municipes* irnitano¹²; en otros capítulos se hace mención a *leges*, *plebiscita* y *senatus consulta* mencionando asimismo *edicta*, *decreta* y *constitutiones principum* (Augusto, Tiberio, Claudio, Nerón (pero sin citarlo expresamente debido a su *damnatio memoriae*) y por supuesto Vespasiano, Tito y Domiciano)¹³. Por ello puede decirse que la *lex Irr.* que cita expresamente las *leges iudiciorum* de Augusto aunque es una regulación específica de época flava aprobada por Domiciano¹⁴, desde el punto de vista de su contenido es una ley que recoge *leges* y otros textos normativos anteriores para la regulación política, administrativa y jurídica del municipio *iuris latini* irnitano, y en este sentido no tiene carácter generalísimo pues solo afecta a los habitantes de Irni, pero tiene el sentido importante de recoger leyes y senacoconsultos anteriores; otro ejemplo romano de acarreo de materiales normativos desde el 75 a. C. hasta el 62 d. C. lo encontramos en *lex portus Asiae*¹⁵, y en la Alta Edad Media en la *Lex Wis.* de Recesvinto.

Todas estas leyes de alguna manera puede decirse que son leyes de aluvión; en nuestra ley visigótica porque recoge reglas romanas que arrancan de la *lex Iulia de adult.* junto con una fortísima influencia de la legislación constantiniana¹⁶ y en general de textos postclásicos, y ya propiamente en la época visigótica al recoger leyes promulgadas por monarcas visigodos anteriores a Recesvinto (*antiquae*) interesando en esta sede sobre todo la legislación de su padre y antecesor Chindasvinto. También el manuscrito del siglo VIII que recoge la *LW* y otras versiones altomedievales de la misma desde el siglo VIII conocida como *Liber iudiciorum* que recoge reglas y modificaciones de reyes posteriores a Recesvinto, como las de Ervigio y Egica.

Las leyes fundamentales de la *LW* que nos interesan en esta sede de contemplación sucesoria de los hijos legítimos de los adúlteros habidos

¹¹ Cfr. TORRENT, *Municipium Latinum flavium Irnitum*, Madrid, 2010.

¹² *Lex Irnitana*, cap. 93. (Rúbrica) *De iure municipum*.

«*Quibus de rebus in h(ac) l(ege) nominatim cautum praescriptum(ve)*.

Non est quo iure inter se múnicipes municipi Flavi.

Irnitani ant, de iis rebus omnibus (h)i inter (se eo iure).

agunto quo cives Romani inter se iure civile

agunt...».

¹³ *Lex Irnitana*, cap. 19, lin. 18-19; 20, 33-34; 40, 11-12; 81, 24-25. Cfr. J. GONZÁLEZ, «The Lex Irnitana, a new copy of the flavian municipal Law», con traducción al inglés y comentario de M. CRAWFORD, en *jrs*, 76 (1986), 1253; p. 158; 174; D'ORS, *La ley Flavia municipal (Texto y comentario)*, Roma 1986, p. 181; F. LAMBERTI, «*Tabulae Irnitanae*», *Municipalit  e ius Romanorum*, Napoli, 1993; T. SPAGNUOLO-VIGORITA, «La legislazione imperiale. Forme e orientamenti», en A. SCHIAVONE (vur.), *Storia di Roma. II, L'impero mediterraneo, 3. La cultura e l'Impero*, Torino, 1992, p. 110; TORRENT, *Mun. Lat. Flav. Irr.*, pp. 62 y ss.

¹⁴ Cfr. TORRENT, «*Litterae domitiani y lex Irnitana*», que aparecerá en *BIDR*.

¹⁵ Cfr. TORRENT, *Publicani y lex portus Asiae*, cit. *supra*, n. 8.

¹⁶ Vid. E. OSABA, «Influenza delle leggi costantiniane nella Lex Wisigothorum», en *dirittoes-toriat/memoria 2/Testi*, 2002, pp. 1-13.

por la mujer *de priori coniugio*, son 3,4,12¹⁷ y 13 (esta última ley tiene un contenido eminentemente procesal, por lo que dejaré su tratamiento específico para un ulterior trabajo sobre la *accusatio adulterii* en Derecho visigodo), ambas *antiquae* de Chindasvinto¹⁸ (Zeumer¹⁹; Ureña²⁰). De todos modos debemos tener en cuenta que la distribución del *Lib. iud.* en libros, títulos y leyes probablemente no fuera de tiempos de Chindasvinto, atribuyéndose esta labor distributiva y clarificadora bien a Recesvinto como entiende García López²¹ que considera que quizá Braulio, obispo de Zaragoza, fuera el autor material de esta distribución, bien como entiende Díaz y Díaz²² debida a la iniciativa reformadora de Ervigio (680-697) que se manifiesta también en *LW* 3,4,3. El Título 4 del Libro 3 está situado en la rúbrica *de adulteriis*, y los textos que nos interesan, eod. 12 y 13, tienen no solamente un contenido sustantivo sino también procesal. Dejaré aparte la última frase de eod. 12: *similis ratio* —fin mayoritariamente entendida como añadido de Ervigio extendiendo la regulación de Chindasvinto-Recesvinto a los que han contraído promesa de futuro matrimonio llamada en Derecho romano *sponsalia*, que la nueva visión cristiana a partir de Constantino equiparaba en tantas ocasiones al matrimonio.

Las leyes de Chindasvinto recogidas en *LW* 3,4,12 (con contenido fundamentalmente sustantivo) y 13 (con contenido sustancialmente procesal)²³ más algunas *antiquae*²⁴ y las modificaciones introducidas por Ervigio cierran el ciclo del tratamiento del adulterio en la legislación visigótica; siguen a las inmediatamente anteriores 10 y 11 *antiquae* que prescribían reglas sobre la tortura *in capite dominorum*²⁵, suminis-

¹⁷ Siguiendo a OSABA, *El adulterio uxorio en la lex Visigothorum*, Madrid, 1997, pp. 151-152, dividiré esta ley en cinco grandes apartados.

¹⁸ Rey cruel que en el 642 usurpó el trono al joven Tulga, hijo de Chintila. A este que ya tenía más de setenta años, también lo desplazó tonsurándolo y encerrándolo en un monasterio. Posiblemente, dice OSABA, *Adult. ux.*, p., 150, n. 237, Chindasvinto habría ocupado algún puesto de responsabilidad en alguna provincia y habría participado en su larga vida en otras conjuras nobiliarias. Posiblemente debía tener una cierta cultura; conocía el latín y acaso tuviera interés por la literatura y la teología. Sin duda alguna la personalidad y la obra de Chindasvinto constituyen uno de los temas más interesantes de la monarquía visigótica del siglo VII; cfr. D. CLAUDE, *Adel, Kirche und Königtum im Westgothenreich*, Sigmaringen, 1971, pp. 15-131; H. J. DIESNER, *Politik und Ideologie im Westgothenreich von Toledo: Chindasvint*, Berlin, 1973, pp. 3-35; E. A. THOMPSON, *Los godos en España*³, Madrid, 1985, pp. 218-228; J. ORLANDIS, «Época visigoda (409-711)», en A. MONTENEGRO (coord.), *Historia de España*, 4, Madrid, 1987, pp. 61-70.

¹⁹ Fue el primero que realizó una gran edición crítica de la *Lex Wis.*

²⁰ R. UREÑA, *La legislación gótico-hispana*, Madrid, 1905, p. 438.

²¹ F. GARCÍA LÓPEZ, *Estudios críticos y kluterarios de la lex Wisigothorum*, Alcalá de Henares, 1996, pp. 16-17.

²² M. C. DÍAZ Y DÍAZ, «La Lex Wisigothorum y sus manuscritos», en *AHDE*, 46 (1976), pp. 205-206.

²³ Dejaré aparte la última frase de *LE* 3,4,12 desde *similis ratio*-fin mayoritariamente entendida como añadido de Ervigio extendiendo la regulación de Chindasvinto-Recesvinto a los que han contraído promesa de futuro matrimonio (*sponsalia* en Derecho romano), que la nueva visión cristiana a partir de Constantino equiparaba tantas veces al matrimonio.

²⁴ La citación *antiqua* no aparece en todos los manuscritos.

²⁵ Que ofrecen indudables analogías por *PS* 2,36,9 que no aparecen en la *LW*. Podría verse un posible antecedente de estas *leges* en Hermog. (2 de *iuris epit.*), D. 5,1,53 y C. 9,41,1 de Septimio Severo y Caracalla que tratan del *ius ulciscendi* sobre los esclavos que prudentemente niega

trando dentro de un contenido más heterogéneo en eod. 13 reglas sobre la prueba del adulterio, que lógicamente deben enmarcarse en la iniciativa legislativa procesal de Chindasvinto, añadiendo Osaba²⁶ que encajan perfectamente en su política nobiliaria. En realidad desde una óptica procesal Chindasvinto llevó adelante la política reformadora del proceso iniciada por Leovigildo un siglo antes. La política legislativa de estos monarcas es vista por Petit²⁷ como reflejo (yo diría como prueba) del afán de ambos reyes por reforzar el poder real imponiéndose sobre la nobleza visigoda²⁸. Si Leovigildo, rey enérgico, legislador, centralista, imitador de la concepción del poder y del fasto imperial romanos²⁹, llegó a promulgar un *Codex revisus* perdido, aisladamente defiende King³⁰ que también Chindasvinto habría promulgado un código en los años 643 o 644 con tan poco éxito que sería revisado por Recesvinto, su hijo y sucesor en el 654.

Citaré la primera de las *leges* introducidas por Chindasvinto que tratan el tema de las legítimas con la segmentación alfabética con que la cita Osaba que me parece utilísima para explicar mejor su significado.

«Lex Wis. 3,4,12 ant.³¹ (Chind.) A) *Preterite quidem legis sanctione constitutum recolimus, adulterium mulierem pariter et adulterum marito ius tradi debere*; B) *tamen, quia de rebus eorum sepe iudices dubitare contingit, ideo specialiter decernere necessarium extitit, ut, si uxoris adulterium proponente viro manifeste patuerit, et tam adultera quam adulter de priori coniugio legitimos filios non habuerit, omnis eorum hereditas marito mulieris adultere cum personis pariter addicatur*. C) *Certe si filios legitimos de priori coniugio adulter habuerit, ipsi eius hereditas ex omnibus pertinebit, et huius tantum persona marito adultere subiacebit*. D) *Uxor autem adultera sive de priori coniugio vel postremo legitimos filios habere dinoscitur, sequestrata filiis de priori coniugio portionem et in eorum potestate relicta, sic suorum filiorum ex eadem, que postmodum in adulterio convincitur, coniuge creatorum maritus eius portionem obtineat, ut post suum obitum eisdem filiis possidendam relinquat*; E) *ita tamen, ut, postquam uxor adultera in potestate fuerit mariti redacta, nulla sit illi ulterius vel fornicandi cum ea vel in coniugium illam sibi sociandi licentia. Nam si fecerit, ipse quedem de rebus eius nihi habiturus est; omnis tamen mulieris facultas aut filiis eius legitima, aut, si filii defuerint, heredibus mulieris ex toto proficiet. Similis ratio et de sponsatis forma servetur*».

OSABA, *Adult. ux.* 146. Pienso que acaso estas fuentes romanas que tratan de la tortura sobre los esclavos podrían tener un remoto antecedente en la *iñtop mecos* sobre los esclavos prevista a propósito de la aplicación del senadoconsulto Silaniano; *vid.* TORRENT, «Quaestio servorum y senadoconsulto Silaniano. Problemas de Derecho penal hereditario. Imputabilidad penal de los esclavos del causante», en *O direito das successoes: do direito romano ao direito actual*, Coimbra, 2006, pp. 793 y ss.; *id.*, «Ultio necis, indignitas y senadoconsulto Silaniano», en *BIDR*, pp. 103-104 (2000-2001, pero 2009), pp. 67 y ss.

²⁶ OSABA, *Adult. ux.*, pp. 150.

²⁷ C. PETIT, «De negotiis causarum», I, en *AHDE*, 55 (1985), p. 159.

²⁸ Cfr. K. ZEUMER, *Historia de la legislación visigoda*, Barcelona, 1944, pp. 81 y ss.

²⁹ TORRENT, «Una aproximación a la legislación visigótica hispana. La “imitatio imperii”», en *RIDROM*, 18 (2017) (en adelante *Imitatio imperii*), conferencia pronunciada el 27 de noviembre del 2016 en la Universidad Federico II de Nápoles con ocasión de un «Convegno sulle leggi romano-barbariche».

³⁰ P. D. KING, *Derecho y sociedad en el reino visigodo*, Madrid, 1981, p. 57.

³¹ La citación *antiqua* no aparece en todos los manuscritos.

El texto es complejo y abarca distintas situaciones de las personas que cometen adulterio así como su prueba, ampliando la *accusatio adulterii* a *fili vel propinquis* (eod. 13), y otorgando una consideración especial en el caso de la adúltera a los hijos legítimos de anteriores matrimonios (*de priori coniugio*) que si el marido burlado negaba entregar su legítima a ejecutar sobre los bienes donados o por otro título entregados por el anterior marido a la adúltera, o a los hijos legítimos del *adulter*, cualquiera de estos podía reclamar su legítima ante la justicia real. En mi interpretación la *antiqua* de Chindasvinto se está refiriendo a las legítimas en su sentido sucesorio. Su disposición general encerrada en la frase inicial A) *Preterite - marito ius tradi debere* encierra toda la filosofía de Chindasvinto siguiendo en este punto *ant.* anteriores, y sustancialmente las reglas romanas que desde la *lex Iulia de adulteriis* legalizaron el *ius occidendi* sobre los adúlteros recordado en LW 3,4,12 B): *adulterum et adultera marito <ius tradi>*, que con evidente *fumus* augústeo y constantiniano se refiere obviamente junto con eod. 13 al adulterio de la mujer casada, como prescribe también el *FJ*. La versión latina no prescribe exactamente la aplicación del *ius occidendi* sino que habla de *marito tradere* con la misma connotación (ejercicio del *ius occidendi*) que Chindasvinto sustituye por *tradere in sua potestate*. Mucho más contundente es 3,4,1 que en caso de adulterio consentido debidamente probado *ante iudicem* declara la libertad del marido burlado para hacer de las personas de los adúlteros *de eis faciendi quod volet*, es decir, matarlos, azotarlos, mutilarlos, tomarlos como esclavos, etc., otorgándole amplísimas facultades sobre las personas de los adúlteros, y naturalmente sobre todos sus bienes, versión que se repite en la versión romance del *Lib. Iud.*

Se discute en la ciencia romanística la atribución de LW 3,4,12 a Chindasvinto en cuanto como señala Zeumer la citación *antiqua* aparece en unos manuscritos de la versión *vulgata* (también en la de Ervigio) y en otros falta. La legislación de Chindasvinto hace frecuentes alusiones a leyes anteriores, y Otero Varela³² había advertido diferencias en el léxico empleado en la citación de textos por Chindasvinto cuando trae en causa textos romanos, *Cod. Eur.*, *LRW*, ignoto *Codex revisus* de Leovigildo, y las aportaciones de Recesvinto en la *LW*, lo que no deja de presentar problemas en orden a la calificación y represión del adulterio. También se ha puesto de manifiesto³³ como propio de Chindasvinto el uso de *antiquae* junto con otras medidas políticas y administrativas para dar la apariencia de restauración de las antiguas costumbres con la finalidad de buscar la legitimidad que hiciese olvidar sus orígenes usurpadores³⁴, y no es inocuo (Osaba) la instrumentalidad del recurso a la restauración de las leyes antiguas aplicada a la regulación del adulterio, porque a pesar de la remisión expresa a *praeterita lex* Chindasvinto fue un gran innovador del proceso por adulterio iniciado por Leovigildo que fueron los grandes innovadores del proceso visigodo en el campo del adulterio como como se desprende

³² A. OTERO VARELA, «La mejora», en *AHDE*, 33 (1963), p. 10, n. 9.

³³ OSABA, *Adult. ux.*, p. 153.

³⁴ DIESNER, *Politik*, p. 12.

sobre todo de *Lib. Iud.* 3,4,13 que entre las personas que pueden ejercitar la *accusatio adulterii*, además del marido, cita a los hijos legítimos, eod. B) y C) *de priori coniugio* de la adúltera e hijos presentes del adúltero, y a falta de estos hijos legítimos los *propinqui* eod. C, D y E). Pero veamos antes la versión romanceada de 3,4,12 y la latina de eod. 13.

«Fuero Juzgo 3,4,12. De las cosas de los que fazen adulterio. En la ley de suso avemos establesco que a muier que faze adulterio, ella hy el adulterador deven ser metidos en poder del marido della. Mas porque los juezes dubdan muchas vezes que deven fazer de sus cosas dellos, por ende establesomos assi que si el marido della pudiere mostrar el adulterio connocidamentre, e a muier que face el adulterio i el adulterador si non ovesen fijos legitimos dotro casamiento, toda la heredad dellos e de sus personas sean metidos en poder del marido daquela muier que fizo el adulterio. E si el adulterador á fijos legitimos dotro casamiento, los fijos deven aver la heredad dél, e la persona dél solamente sea metido en poder del marido. E si la muier á fijos legitimos dotro casamiento ante o después, los fijos del primero casamiento deven aver el quinnon de la heredad departidamiente en su poder, hy el quinnon de los otros fijos, que ovo después que fizo el adulterio, sea en poder del marido, e délo a los fijos después de la muerte della. E todavia en tal manera que pues que la muier que fizo el adulterio fuere en poder del marido, por ninguna manera non se ayunte carnalmente uno con otro, ca si lo fizieren, el marido non deve aver de las cosas della nnenguna cosa, mas dévenle aver los fijos legitimos; e si jon oviere fijos, devenle aver los herederos ms propinquos E otrosí mandamos guardar esta ley en aquellos que son desposados».

LW 3,4,13 (Chind.) *De personis, quibus adulterium accusare conceditur, et qualiter perquiri aut convinci iubetur.* --A) *Si perpetratum scelus legalis censura non reprimit, sceleratorum temeritas ad adsuetis vitiis nequaquam quiescit. Ideoque, quia quorundam interdum uxores, viros suos abominantes seseque adulterio polluentes, ita potionibus quibusdam vel maleficiorum factionibus eorundem virorum mentes alienant adque precipitant, ut nec agnitum uxoris adulterium accusare publice vel defendere valeant, nec ab eiusdem adultere coniugis consortio vel dilectione dicatedant, id in causis talibus omnino servandum est:* B) *ut, si eiusdem adultere aut decepti mariti etate sunt legitimi filii, ipsis, iuxta quod maritus adultere poterat, sit apud iudicem mulieris adulterium accusandi vel comprobandi licentia.* C) *Certe si aut filii desunt, aut non eiusdem etatis vel sollertie, qui hoc experire legitime possint, ne fortasse, dum dilatio ulciscendi adulterii intercedit, aut deceptum maritum fraudulenter adultera perimat, aut facultas eius filiis suis aut propinqui ex hac occasione depereat, propinquos mariti adultere sub hac discretione accusandi adulterium lex ita constituit,* D) *ut si, accusationis huius fiduciam adsumentes, adulterium mulieris eorum inquisitione manifeste potuerit, tom eius adultere filii ex ipso iam tempore, quo convicta fuerit tale facinus perpetrasset, quam etiam propinqui sui post eius obitum, si filii defuerint, adultere mulieris obtinendant facultatem.* E) *Sin autem filii suprestes existunt, et tamen aut non eiusdem etatis aut talis experientie, qui mulieris adulterium accusare vel convincere competenter intendant, tunc ille propincus mariti, qui manifestum mulieris adulterium ultus fuerit, quintam partem facultatis adultere pro labore suo percipiat; quattuor autem partes ad integrum predictorum filii sibi vindicent ac defendant.* F) *Nam si, aut propinquorum in hac parte tepiditas aut filiorum neglegentia vel fortasse numeris acceptio utrosque corrumpens, minime fuerit eadem actio a talibus personis quaesita,* G) *dum ad regiam cognitione eadem causa pervenerit, ipse procul dubio pro mercedem suam constiturus est, vel a quo debeat tale negotium prosecui, vel quantum prosecutor de rebus scelerate mulieris pro commodo sui laboris incunctanter con-*

sequi possit. H) Verum quia difficile fieri potest, ut per liberas personas mulieris adulterium indagetur, dum frequenter hoc vitium occulte perpetrari sit solitum, proinde, quando ad convindendum adulterius accusate mulieris ingenuitas omnino defuerit, predictis personis, quibus eius adulterium accusare presenti lege permissum est, hoc etiam aperte licitum erit, ut per questionem familie utriusque domini accusate mulieris adulterium coram iudice iustissime requiratur.

En las *leges* sucesivas del Título 3,³⁵ otras *antiquae* recogen supuestos de adulterio que ya no tienen en cuenta solamente el de la mujer casada, sino que llegan a contemplar el adulterio *violenter* de vírgenes y viudas³⁶ (14); el adulterio de hombre ingenuo o liberto con una esclava (15 y 16); la prostitución (17); cerrando el Título 4 (18) una ley de Recesvinto referida al adulterio de los clérigos. Por eso atribuye Osaba³⁷ la calificación de «fronterizos» a los 12 y 13, pero observando al mismo tiempo que todas estas *leges* tienen relación con la institución matrimonial, incidiendo especialmente en ella eod. 12 que a su juicio compone o quizá modifica una ley exclusivamente centrada en las consecuencias de la acusación marital, mientras que eod. 13 abre la acusación a nuevas personas.

Pero hay un problema: estos §§ a mi juicio constituyen uno de los temas capitales y problemáticos de la legislación visigótica que interesan en esta sede porque permiten dos tipos de explicación: *a)* entender que tratan de casos sucesorios que en cierto modo podrían asimilarse o tener alguna conexión con la sucesión *mortis causa* legítima o forzosa, a lo que da pie el uso de términos como *hereditas*, *portio*, *portio relicta*; *b)* un tema de distribución *ex lege* de los bienes de los adúlteros para el caso tanto de muerte de la adúltera que deja hijos legítimos de anteriores matrimonios como del adúltero también con hijos legítimos. En ambos casos las personas y bienes de los adúlteros cogidos *in fraganti* y reconocido judicialmente el adulterio eran entregados al marido burlado (*ius tradi debere; in potestate mariti*) que por supuesto si ejercitaba el *ius occidendi* sobre los adúlteros su homicidio quedaba impune; si no lo ejercitaba se limitaba a tomarlos como esclavos junto con todos sus bienes respetando la *portio debita* a los hijos legítimos de los reos de adulterio, que fue la

³⁵ Que, insisto, dado su eminente contenido procesal creo que merece un estudio aparte por lo que en esta sede me limitaré a señalar la normativa general en materia de protección de la legítima de hijos habidos de *iustae nuptiae* de matrimonios anteriores de los adúlteros. En cierta medida puede decirse que 3,4,12 aparentemente plantea una contradicción entre el derecho del marido burlado a hacer suyos todos los bienes de los adúlteros, y el derecho a la legítima de los hijos legítimos de matrimonios anteriores.

³⁶ Durante muchos siglos esta conducta ha sido entendida como delito de violación considerado delito contra la moralidad familiar; conducta que desde el Mundo Antiguo ha recibido una abundante literatura sobre todo dramática y en ocasiones engendradora de guerras terribles; el caso más clamoroso es el adulterio de París con Helena, mujer de Agamenón; en Roma la violación de Lucrecia por un hijo de Tarquinio el Soberbio dio lugar a la caída de la primitiva monarquía romana abriendo paso a la República convencionalmente en el 509 a. C.; un episodio de características similares ocurrió en el 450 con la muerte de Virginia, joven plebeya puesta a disposición de los torpes deseos de Apio Claudio, jefe de los *decemviri legibus scribundis*, viéndose el padre de Virginia en la tesitura de dar muerte a esta para salvarla del deshonor. También este hecho lo enmarcan los autores latinos en acontecimientos políticos de primera magnitud pues dio lugar al derrocamiento del decenvirato legislativo tornando a la magistratura dual consular.

³⁷ OSABA, *Adult. ux.*, p. 152.

gran novedad de la legislación de Chindasvinto-Recesvinto que en definitiva equivale a la proclamación de intangibilidad de sus legítimas. El reconocimiento de *portio debita* no es por tanto una atribución graciosa de Chindasvinto, sino que apunta al reconocimiento de los derechos sucesorios de los hijos legítimos.

Osaba³⁸ niega que se trate de un caso de sucesión *mortis causa*. En sede de crítica a Osaba podría decirse que su tesis puede ser verdad al 50 por 100: sucesión en caso de muerte de los adúlteros; distribución *ex lege* del patrimonio de los adúlteros en caso de supervivencia, pero me inclino más por la vertiente sucesoria que proclama la intangibilidad de las legítimas de los hijos habidos de *iustae nuptiae* anteriores al adulterio, que es lo que viene a proclamar Chindasvinto. Aparentemente puede presentarse este caso como distribución *ex lege* de los bienes de los adúlteros, pero en vez de entregarse globalmente al marido burlado, este sufre una disminución de su adquisición al tener que respetar la legítima de los hijos de anteriores *iustae nuptiae* y los del propio *adulter*. El *Lib. iud.* utiliza una terminología que corresponde a la aplicación de normas e instituciones sucesorias alineando la sentencia del proceso de adulterio que prescribe el *ius tradi debere de personis et bonis eorum* al marido burlado con la sucesión *ex lege*, incluso podría pensarse que los procesos de adulterio en principio de alguna manera pueden dar la impresión de anular eventuales testamentos anteriores que pudieran disminuir el montante de la sucesión de los hijos legítimos. Creo que en realidad el *iudex* está pensando en la sucesión de estos hijos legítimos; en definitiva la disposición de Chindasvinto está pensando en la sucesión de los legitimarios dado que su padre adúltero aparte de ser muerto por el marido burlado, aunque sobreviva sufre la muerte civil con pérdida de todos sus bienes y derechos, por lo que creo que en la legislación visigótica podemos ver cierto eco o proyección de las legítimas romanas delineadas en el Bajo Imperio en el sentido que la prescripción visigótica tiene el sentido de dirigirse a evitar todo ataque a la sucesión a la *portio debita* a la que son llamados en la sucesión *ab intestato* y contra el testamento.

Esta es la doctrina de la LW 3,4,12 y 13 que corrige lo que podría considerarse una preterición de los legitimarios que en mi opinión en cierta manera desde otro ángulo admite también Osaba al considerar la norma visigótica como claramente indicativa de la protección de los hijos legítimos habidos *de priori coniugio* en el adulterio uxorio, pero si Osaba niega todo atisbo de previsión sucesoria en favor de aquellos hijos legítimos, su tesis debe ser corregida porque al menos la mención de la *portio debita* (*relicta* en la mención de Chindasvinto) junto a la mención de la *hereditas*, hacen pensar en la presencia de previsiones sucesorias de los monarcas visigodos en favor de los hijos legítimos de anteriores matrimonios en casos de adulterio comprobado y los hijos legítimos del adúltero. Ciertamente que los adúlteros y sus bienes son puestos a disposición del marido burlado que adquiere sus personas y bienes, lo que no deja de ser una su-

³⁸ OSABA, *Adult. ux.*, p. 153.

cesión universal por orden de la justicia real, pero esta adquisición experimenta una disminución: la destinada por Chindasvinto a la protección de las legítimas de hijos tanto los del adúltero como los *de priori coniugio* de la adúltera. Chindasvinto previene una sucesión forzosa en los bienes paternos y maternos en favor de aquellos hijos que recuerda las previsiones de la herencia pretoria, sustancialmente la *bonorum possessio unde liberi* como también la legítima tardoantigua.

De todos modos novedad absoluta de la legislación visigótica respecto a la tardo-romana es que este llamamiento en los procesos de adulterio solo se refiere a los hijos legítimos excluyendo a los demás legitimarios llamados en Roma por su orden: ascendientes, hermanos, nietos y otros parientes cercanos del causante. ¿A qué se debe esta limitación? La legislación visigótica no señala la causa de estas legítimas restringidas que excluyen del llamamiento legitimario a otras clases de hijos como los naturales y los adoptivos; se diría que los visigodos, acaso por influencia germánica tenían una concepción restringida y legalista del llamamiento legitimario, o incluso una concepción restringida de la familia, o quizá de una remota influencia específicamente hispánica pues en la *lex Irnitana* cap. 21 (91 d. C.) se excluía a los hijos adoptivos de un beneficio tan importante como el *ius adipiscendae civitatis Romanae*³⁹ que lograban sus adoptantes *per magistratum vel honorem*. No hay ciertamente una clara analogía entre la exclusión irnitana de los hijos adoptivos y la exclusión visigótica que priva de parte de los bienes de los convictos al marido burlado en los procesos de adulterio, porque la norma irnitana se refería a un beneficio de derecho público desde luego de gran importancia, y la exclusión visigótica es consecuencia de un proceso de adulterio en que la sentencia judicial reconoce el derecho a la legítima siguiendo las mismas vías como si el hijo legítimo hubiera sido preterido en un testamento que ciertamente no es el caso de la norma visigótica de la que se desprende una consideración restringida de la familia pensando exclusivamente en los hijos legítimos de los adúlteros sin llamar faltando estos a ulteriores legitimarios, imponiendo coactivamente al marido burlado en los procesos de adulterio lo que implica en la *LW* una concepción restringida de la familia al contemplar exclusivamente a los hijos legítimos de los convictos, cuya existencia priva al marido burlado de parte de los bienes que pudieran adquirir derivados de la sentencia judicial del *crimen adulterii* tal como se entendía desde Augusto al prescribir el *ius occidendi* y la adquisición de todos los bienes de los adúlteros disminuidos por Chindasvinto por la cuota legítima de los hijos existentes con anterioridad al adulterio. Los hijos legítimos adquieren *ex lege* por la sentencia judicial lo que les correspondería a título de legítima en la herencia de sus padres. Osaba plantea este caso como un supuesto de distribución de los bienes de los adúlteros: la mayor parte al marido burlado y la cuota legitimaria a los hijos legítimos que eventualmente tuvieran los convictos, los del

³⁹ Vid. TORRENT, «Exclusión de los hijos adoptivos del “ius adipiscendae civitatis Romanae”. Lex Irnitana cap. XXI», en *SDHI*, 77 (2011), pp. 33-41.

adúltero en todo caso y los de la mujer habidos *ex priori coniugio*. Entiendo que este llamamiento *ex iudice* a los legitimarios es planteado por la ley visigótica en términos claramente, o si se quiere análogamente, a como se produce la sucesión con preterición de legitimarios. La norma visigótica no plantea la existencia de un testamento, y el llamamiento a los hijos legítimos que declara Chindasvinto lógicamente no implica que los legitimarios en los procesos de adulterio tengan derecho a ejercitar por ejemplo la *actio ad implendam legitiman*, y admito que el montante de la cuota legitimaria que les corresponde *ex lege* visigótica es difícil de calcular, pues en el caso de los de la mujer adúltera tiene que calcularse sobre los bienes que el primer marido le hubiere dejado a título gratuito, o acaso sería mejor decir a título lucrativo, no diciendo nada la regla visigoda sobre los hijos del adúltero que habrá de calcularse en relación a todos los bienes del padre. El problema es complejo y debía suscitar muchas dificultades a los jueces como reconoce LW 3,4,12 B): *quia de rebus eorum sepe iudices dubitare contingit*.

No niego que aparentemente la situación descrita en LW 3,4,12 pueda ser entendida como un caso de distribución de los bienes de los adúlteros empleando términos sucesorios, pero más que simple protección de los legitimarios en esa distribución creo que la terminología del *Lib. Iud.* corresponde a la aplicación de normas e instituciones sucesorias que significan la privación al marido burlado de bienes de los adúlteros, una sucesión *ex lege* de los legitimarios. Los §§ 12 y 13 en realidad introdujeron una norma que corresponde a lo prescrito en Roma sobre la preterición de los legitimarios, aludida en forma negativa en el sector B) de eod. 12 que alude a los derechos sucesorios de estos: «*et tam adultera de priori coniugio quam adulter legitimos filios non habuerit, omnis eorum hereditas marito mulieris cum personis pariter addicatur*», perfeccionando la *lex Iulia de adult.* que no hacía estas sutiles distinciones respecto de los bienes de los convictos que introduce la ley visigótica,

En realidad las normas de Chindasvinto sobre el tema están planteadas en términos sucesorios: la adquisición por el marido burlado *de personis et de bonis eorum*, porque sobre todo la de los bienes podría plantearse intelectualmente como sucesión de los convictos a favor de los hijos legítimos en conexión con la pena por el adulterio de la que hay que descontar en detrimento del marido burlado la legítima de los hijos en las situaciones descritas que Chindasvinto plantea como sucesión necesaria o forzosa que recuerda las previsiones de la *bonorum possessio unde liberi* pretoria. No es por tanto una sucesión universal a favor de los hijos legítimos, sino solo de la porción del patrimonio de sus padres que les hubiera correspondido necesariamente en la sucesión legítima, necesaria o forzosa.

El sector A) de LW 3,4,12 apunta a una característica de la legislación visigótica en que *praeterita lex* necesariamente trae en causa *leges antiquae* que en nuestro caso pueden ser las aludidas en 3,4,1 en la lectura de Zeumer. Osaba añade eod. 3, e incluso en mi opinión podría añadirse

eod. 5 que junto con eod. 13 presentan al marido (en Roma también al padre de la adúltera) como acusadores privilegiados; todos estos §§ reiteran un hecho frecuente en la legislación de Chindasvinto y la de su hijo y sucesor Recesvinto: reclamar *leges* de monarcas anteriores sin citar su nombre que solo ocurrirá a partir de Recesvinto. También destaca eod. 12 A) que la adúltera y su cómplice deben ser entregados al marido siempre que este hubiera ejercitado la *accusatio adulterii* (*proponente viro*) atribuyéndole el *ius tradi debere* no solamente sobre sus personas sino también sobre sus bienes; eod. B): «*omnis eorum hereditas marito mulieris adultere cum personis pariter addicatur*», aclarando para despejar cualquier duda que pudieran tener los jueces en casos de adulterio comprobado («*manifeste*) *de rebus eorum... pariter addicatur <marito>*»). La novedad de Chindasvinto consistió en introducir una importante limitación a la entrega al marido de los bienes de los adúlteros en presencia de hijos legítimos (en este trabajo cuando hablo de hijos legítimos me refiero genéricamente a los habidos de otro matrimonio del adúltero antes del adulterio y a los *de priori coniugio* de la adúltera) todos inocentes de la conducta lasciva de los convictos, lo que me hace pensar que la legislación visigótica seguía en este punto las prescripciones romanas tardoantiguas que regulaban la sucesión de los legitimarios tal como que prescribe eod. 12 B): «*et tam adultera quam adulter de priori coniugio legitimos filios non habuerit, omnis eorum hereditas marito mulieris cum personis pariter addicatur*». La mención de la *hereditas* me parece muy significativa; Chindasvinto se está expresando en términos sucesorios para la salvaguardia de las legítimas, y considero muy probable que Chindasvinto —o sus relevantes asesores— conocieran el régimen postclásico de las legítimas, lo que me lleva a pergeñar algunas reflexiones sobre el tema en Derecho romano que ciertamente no es un dechado de claridad en este campo entremezclando temas de derecho familiar y hereditario, oscilaciones que aparecen también en Derecho visigótico.

Al respecto merece destacarse este § que introduce unas modificaciones de Ervigio en su *Codex revisus* del 681 que precisa la represión del adulterio *violenter* y donde la *antiqua* que menciona los *fili legítimi* seguramente procede de Chindasvinto, mientras que la interpolación ervigiana Osaba⁴⁰ la considera comprendida en *si ipse adulter filios habens legitimos* hasta *in potestate mariti mulieris deveniat*, volviendo a tener en cuenta esta vez a los hijos legítimos de anteriores matrimonios. Sin duda parece 3,4,12 mucho más concreto en lo que respecta a la atribución a los hijos legítimos de la *portio debita*, distinguiendo eod. 1 entre adulterio *violenter* y aquel en que la mujer *fortasse consensus* en el adulterio. Para Osaba la enmienda de Ervigio en 3,4,1 tiene como finalidad poner en sintonía la disposición de Chindasvinto en eod. 12 respecto de los bienes de los adúlteros con hijos legítimos.

Si el tema de las legítimas ha experimentado una complicada evolución en el Derecho romano, también es complicado en Derecho visigóti-

⁴⁰ OSABA, *Adult. ux.*, p. 95.

co; es evidente que en ambos derechos la legítima sucesoria tiene mucho que ver con la protección de la familia legítima; en el Derecho visigodo sin duda con el matrimonio católico una vez abandonado el arrianismo en el 589, aunque no hay diferencias entre el matrimonio arriano y el católico y ambas vertientes cristianas persiguen el *bonum filii*, y la legislación se muestra muy severa con el adulterio considerado el acto más grave contra el consorcio doméstico reprimido por la moral familiar y el ordenamiento jurídico que legalizó el *ius occidendi* sobre los adúlteros a partir de la *lex Iulia de adult. coerc.* También las leyes romano-bárbaras del siglo VII contemplan una dura represión del adulterio⁴¹, y en este ámbito se va desarrollando la sucesión *ex lege* cuya concepción romana es seguida por Chindasvinto que se hace eco de la concepción restringida de los círculos familiares que tiene una primacía máxima en el llamamiento de los hijos legítimos de los convictos. Puede advertirse en LW 3,4,12, como también en eod. 1 una concepción restringida de los llamamientos sucesorios *ab intestato* del Derecho romano postclásico perfeccionador del sistema de legítimas que se venía configurando desde la pretoria *bonorum possessio sine tabulis* y *contra tabulas*. Chindasvinto enfoca el problema de entrega forzosa de parte de los bienes de los adúlteros a los hijos legítimos *sub specie hereditaria*, entrega que no va más allá de los hijos legítimos. Por el contrario es más amplia su concepción de la familia en tema de la *accusatio adulterii* ejercitable por el marido burlado y extendida a los *propinqui*, estando asumido entre los visigodos la necesidad de una dura represión del adulterio y la contemplación de los hijos legítimos de los adúlteros cuya *portio debita* hereditaria debía ser protegida, convicción que se advierte en:

«Lex Wis. 3,4,1 ant. Si conibente aut non conibente uxorem cum altro viro adulterium faciat.—Si quis uxori aliene adulterium intulerit violenter, si ipse adulter filios habens legitimos talia perpetraverit, ipse solus absque rebus addicatur marito mulieris. Si autem filios legitimos non habuerit, quibus facultas non debere legitime possit, cum omnibus rebus suis in potestate mariti mulieris deveniat ut in eius potestate vindicta consistit. Quod si mulieris fuerit fortasse consensuus, marito simili sit potestas de eis faciendo quod placet».

También se advierte en este § la protección de las legítimas que arrancaba en los últimos tiempos romanos republicanos de las limitaciones a la libertad de testar al considerar reproducible la conducta de los que en su testamento preterían a sus más próximos parientes, en especial los hijos⁴², considerando su testamento contrario al *officium pietatis*⁴³ y por ello *inofficiosum*. Volterra⁴⁴ señala que iba adquiriendo creciente importancia la familia doméstica basada sobre el matrimonio y las relaciones entre los miembros de la familia tratando de impedir que los bienes de un *paterfamilias* fallecido fueran a parar a *extranei*. Entiendo subyacente

⁴¹ TORRENT, *Leyes romano-bárbaras*, cit.

⁴² Cfr. E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1961, p. 803.

⁴³ Cfr. TORRENT, «Patria potestas in pietate non atrocitate consistere debet», en *INDEX*, 35 (2007), pp. 159 y ss.

⁴⁴ VOLTERRA, *Ist.*, p. 800.

esta visión en las fuentes visigóticas examinadas y veo su rastro en los sectores C) y D) de LW 3,4,12.

La legítima en Derecho romano está en relación con las limitaciones a la libertad de testar⁴⁵ reflejadas en el principio *sui heredes instituendi aut exheredandi sunt*⁴⁶ que imponían al testador declaraciones muy formalistas. La *exheredatio* que privaba a los *sui* de la herencia paterna requería ser hecha *nominatim* en forma imperativa, y bajo pena de nulidad no admitía término ni condición, rigor requerido asimismo para la *heredis institutio* abolido en época del emperador Constancio en una constitución del a. 339⁴⁷ recogida en C. 6,23,13. El requisito de escribir el testamento en latín había sido suprimido por el emperador Alejandro Severo que permitió el uso de la lengua griega en una constitución en principio dirigida a los ciudadanos romanos de Egipto generalizada en el Bajo Imperio (Nov. Theod. 16,8 del a. 439; cfr. C. 6,23,21,6). El principio citado nos lleva al campo de la sucesión universal contra el testamento, que en mi opinión tiene un eco lejano en las innovaciones de Chindasvinto, aunque ciertamente la sentencia que confirmaba el adulterio anulaba cualquier disposición sucesoria que hubieran otorgado los adúlteros a los que se privaba de toda capacidad jurídica.

En el Derecho romano del Principado se fue imponiendo que frente a la plena libertad de testar de las épocas monárquica y republicana, el testamento debía contemplar a los *sui*, primordialmente los hijos⁴⁸ bien para instituirlos bien para desheredarlos; si los omitía su testamento era considerado *inofficiosum* contrario al *officium pietatis* que debía regir en las relaciones del padre con sus hijos. Paralelamente iba adquiriendo creciente importancia la familia basada sobre el matrimonio y las relaciones entre los miembros de la familia, tratando de impedir que los bienes de un ciudadano romano fueran a parar a *extranei*. Creo que esta concepción está a la base de la solución propuesta en LW 3,4,12 que trata de impedir que los bienes del primer marido donados a la adúltera fueran a parar al marido burlado, y de ahí que el llamamiento a los hijos legítimos del primer matrimonio lo fundara Chindasvinto sobre el sistema de legítimas, aunque con ello se limitara el derecho del marido burlado a hacer suyo todo el patrimonio de la adúltera, y por tanto me parece evidente la proyección de las ideas romanas sobre las legítimas (*portio debita*) sobre la legislación visigótica que deja su rastro en los sectores LW 3,4,12.

La regla *instituendi* había quebrado la antigua regla romana civilística de libertad de testar que la ciencia romanística califica sistema sucesorio necesario en cuanto la no institución ni desheredación de los *sui* abría la

⁴⁵ Cfr. con fuentes y lit. E. POLO ARÉVALO, «La libertad de testar en el Derecho romano y su recepción en el Derecho foral valenciano», en *Direito romano. Poder e direito*, Coimbra, 2013, pp. 385 y ss.

⁴⁶ GAYO 2,123; ULP. 12,14.

⁴⁷ La doctrina discute esta datación; cfr. M. E. ORTUÑO, *La institución de heredero en el derecho sucesorio de Cataluña y sus antecedentes romanos*, Madrid, 1999, p. 92, n. 245.

⁴⁸ E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1961, p. 803.

sucesión *ab intestato*, y en caso de testamento el pretor llamaba a los *sui preteridos* concurriendo con los instituidos en la medida que correspondiese a cada uno en la sucesión *ab intestato*. De este modo el pretor⁴⁹ en su función de *supplere, adiuvare, corrigere* el *ius civile*⁵⁰ llegó a delinear paralelamente a la *hereditas* civil un nuevo sistema sucesorio instrumentado a partir de la concesión de la *bonorum possessio* (en primer lugar *sine tabulis*) llamado *hereditas praetoria* en favor de los *sui et liberi*, parientes más cercanos al *de cuius* creando cuatro grandes categorías de llamamientos: *liberi, legitimi, cognati, vir et uxor*. Durante mucho tiempo no se admitió a la madre en la sucesión de los hijos y a estos en la de la madre admitida posteriormente por vía de los senadoconsultos Tertuliano y Orfiziano que reflejaban la voluntad imperial. Ciertamente que era grave el llamamiento pretorio primando sobre el civil contradiciendo la *voluntas defuncti* en caso de sucesión testamentaria, que llegó a justificarse en que el testador había hecho su testamento *sub colore insaniae* como informa Marcelo (3 *Digestorum*) D. 5,2,5: *ille quasi non sanae mentis fuisse cum testamentum inicuum ordinaret*. También admitía el edicto haciendo prevalecer el llamamiento pretorio sobre el civil en la *bonorum possessio contra tabulas* a favor del patrono la *bonorum possessio dimidiaie partis* (Gayo 3,41) sobre el patrimonio relicto del liberto muerto sin hijos naturales nacidos *ex iustae nuptiae*. El liberto sin hijos debía dejar al patrono la mitad de su patrimonio, y en esto consistía su *portio debita*⁵¹.

Ciertamente⁵² que antes del delineamiento de la *querela inofficiosi testamenti* que anulaba el testamento la sociedad romana consideraba un deber del padre evitar una desheredación injusta que entraba en el *officium pietatis* del padre con sus hijos, deber moral antes que jurídico que se convierte en jurídico cuando la *querela* permite superar aquella *exheredatio* injusta impugnando la validez del testamento que ya era conocida en tiempos de Cicerón. En tiempos postclásicos por una constitución del emperador Constancio II recordada en CTh 2,19,4⁵³ sabemos que si el testamento contuviese la cláusula que si la *portio debita* (*quarta*) a los hijos preteridos parcialmente era insuficiente debía ser completada a cargo de los herederos *arbitratu boni viri* después de una *iusta taxatio*, lo que impedía a los preteridos no solo actuar *de inofficioso testamento* sino asimismo *de inofficiosa donatione*⁵⁴.

⁴⁹ Sobre el sistema sucesorio del *edictum praetoris*, vid. TORRENT, *Manual de Derecho privado*, Madrid, 2008, pp. 665-667.

⁵⁰ Vid. E. BETTI, «La creazione del diritto nella "iurisdictio" del pretore romano», en *Studi Chiovena*, Padova, 1927, pp. 67-129.

⁵¹ ULP. (42 *ad Ed.*), D. 38,3,10.

⁵² TORRENT, *Manual*, 669.

⁵³ CTh 2,19,4. «Cum scribit morientes, ut arbitrarua bono viri, si quid minus filius sit relictum quam modus quartae, que per successionem bonus stantum libeis debetur, efflagiat, id ipsum ab herede iisdem in opecuniis compleatur, manifestum est nullam iam prorsus nec super testanebteo nec super donationibus quelellam remanere, praesertim cum universum eqndem repellat et reprimat, quae ad percuriam redigit, iusta taxatio».

⁵⁴ Sobre la regulación prevista por Constancio vid. G. LA PIRA, *Successione ereditaria intestata e contro el testamento in diritto romano*, Firenze, 1930, pp. 470, 482; *Diritto ereditario romano*², II, Milano, 1963, pp. 730 y ss.; F. SAMPER, «"Pars debita" en el Derecho romano vulgar», en *SDHI*

La rigidez del sistema civilístico romano a favor de *sui y liberi* podía ser corregida mediante la *querela inofficiosi testamenti*⁵⁵, expediente ideado por los retóricos⁵⁶ a finales de la República para defender las causas de sus clientes ante el tribunal de los *centumviri*, único competente para entender en materia hereditaria, *querela* que si triunfaba anulaba el testamento que se consideraba otorgado *sub colore insaniae* abriendo el campo de la sucesión forzosa o necesaria que desembocó en el llamado sistema de legítimas recordado en la legislación visigótica y que perdura en el sistema civil español.

Un aspecto relevante del Derecho visigótico que debemos tener en cuenta en la regulación del adulterio por su incidencia en la contemplación de las legítimas, es la diferenciación entre adulterio forzado y consentido de LW 3,4,1 que responde según Osaba⁵⁷ a que la mención explícita a la violencia ejercida sobre la mujer estaba encaminada en mayor medida a eximir a esta del castigo por el adulterio cometido bajo estas condiciones que a establecer dos tipos de conducta diferentes, idea que en cierto modo ya había apuntado D'Ors⁵⁸ considerando que el término *violenter* no se dirigía a calificar el delito sino más bien a salvar a la mujer del castigo, entendiendo que el § solo contemplaba los adulterios cometidos por la fuerza⁵⁹. En cualquier caso a mi modo de ver puede deducirse de este § un alto respeto por la persona y situación jurídica de la mujer casada que es forzada a tener relaciones sexuales con varón distinto del marido, violada decimos hoy en que la conducta del que ejerce la fuerza es considerada como un delito contra la libertad sexual alejándose cada vez más tanto de sus antiguas connotaciones morales (atentado contra la moral familiar) como de lesión de los derechos (exclusivos y excluyentes) que el marido tenía sobre su cónyuge, por lo que el legislador visigodo prescribe que el adúltero sea entregado al marido burlado (*addicatur marito*). A su vez la diferencia entre adulterio forzado y consentido prescribe una distinta regulación de los bienes de los adúlteros: si el adúltero dejaba hijos legítimos el juez tenía que pronunciarse para preservar su legítima; en caso de no haberlos (*quibus facultas non debere legitime possit*) viene reforzada la *potestas mariti* prescribiendo en caso de adulterio consentido *marito similis sit potestas de eis faciendi quod placet* con entrega al marido de la persona y bienes de los adúlteros. Destaca Osaba a propósito de este

37 (1971), pp. 98 y ss.; A. SANGUINETTI, *Dalla «querela» alla «portio legitima»*. *Aspetti della successione necessaria nell'epoca tardo imperiale e giustinianea*, Milano, 1996, pp. 76 y ss. L. GUTIÉRREZ MOSSON, «“Actio ad implendam ligitimam firmitatem testamenti conservadi causa”». La preterición testamentaria parcial en Derecho romano», en *BIDR*.

⁵⁵ Vid. TORRENT, *Manual de Derecho privado romano*, Madrid, 2008, pp. 669-672.

⁵⁶ Según M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 1989, p. 865, está basada sobre la necesidad de instituir herederos o desheredar *sui et liberi* que debían ser instituidos al menos en una cuota mínima, de lo que se derivaba la sucesión necesaria formal de la que estaba excluida la madre en los bienes de los hijos y estos en los de la madre. Fuera de este caso no había sucesión necesaria material en favor de los parientes mas cercanos del causante.

⁵⁷ OSABA, *Adult. ux.*, p. 93.

⁵⁸ D'ORS, *Cod. Eur.*, p. 146, n. 406.

⁵⁹ Interpretación rechazada por OSABA, *Adult. ux.*, p. 93, n. 47, que con razón la entiende desmentida en el propio § que también contempla las relaciones adúlteras consentidas.

§ que en la *ant.* se establece el castigo del adulterio a través de un proceso público, y por tanto no se está abordando el delito flagrante⁶⁰ ni tampoco concediéndose al marido la posibilidad de actuar autónomamente y con independencia de la justicia del rey ante la que debe ejercitar la *accusatio adulterii*, rechazando en mi opinión el inmediato *ius occidendi patris vel mariti ante legem Iuliam* reconocido después al padre (o al marido *sui iuris*) que *calore, impetu* y *iustus dolor* justifican dar muerte impunemente a los adúlteros reprimiendo el adulterio como *crimen publicum*.

En este tema como en general en la medida que se iba introduciendo la *cognitio extra ordinem*, Augusto rompe con la antigua justicia privada haciendo necesario un proceso público delimitando las circunstancias del hecho delictivo (*iustus dolor* del padre, sorprender a los adúlteros en modo flagrante *in domo mariti vel patris*). La *lex Julia de adult.* marcó la evolución del adulterio y en sus versiones postclásicas influyó en la legislación visigótica que recalca la importancia de la justicia del rey; Melicher⁶¹, D'Ors⁶² y Osaba⁶³ destacan la intervención de la justicia pública en los procesos de adulterio, que en la *LW* hace posible la ejecución de la sentencia con entrega directa de los convictos al marido burlado por orden de la justicia real (*ante iudicem addicatur marito mulieris*). Señala Osaba⁶⁴ que esta utilización del verbo *addicere* en forma pasiva permite apreciar la existencia de una instancia judicial que en cumplimiento de disposiciones de los reyes visigodos pone a los adúlteros a disposición del marido, *addictio* cuya naturaleza Osaba entiende como pena que parece representar simplemente la sanción legal de la venganza privada. Osaba no cree que esta sanción visigótica tenga precedentes romanos, pero su tesis me parece discutible; la pena como sanción del adulterio es *tam romanam quam visigothicam*. De donde proceda la *ant.* de *LW* 3,4,1 es tema controvertido; un sector importante de la historiografía entiende que procede del *Cod. Eur.*, pero este no es completo; en el palimpsesto euriciano de Paris 12.161 faltan los fragmentos que tratan del adulterio⁶⁵ y no hay ningún título *de adulteriis*. Incluso se ha entendido que hay cierta conexión de *LW* 3,4,1 con la *lex Bavariorum* dada la utilización del *Cod. Eur.*

Osaba⁶⁶ estima que puede haber cierta conexión más textual que temática con un precepto que se repite sistemáticamente en las leyes de los longobardos, salios, frisios, ribuarios y alamanos⁶⁷, concluyendo que

⁶⁰ Por el contrario P. KETSCH, «Aspekte der rechtlichen und politisch-gesellschaftlichen Situation von Frauen im frühem Mittelalter (500-1150)», en A. KUHN y J. ROSEN (eds.), *Frauen in der Geschichte*², Düsseldorf, 1986, p. 20, entiende la *LW* reguladora del delito flagrante.

⁶¹ T. MELICHER, *Die germanischen Formen der Eheschliessung im westgothisch-spanischen Recht*, Wien, 1940, p. 77.

⁶² D'ORS, *Cod. Eur.*, pp. 145-146.

⁶³ OSABA, *Adult. ux.*, p. 93.

⁶⁴ OSABA, *Adult. ux.*, p. 94.

⁶⁵ No obstante D'ORS, *Cod. Eur.*, p. 144 señala que con toda probabilidad en la obra euricana sí existía este título como en *LW* 3,4.

⁶⁶ OSABA, *loc. ult. cit.*

⁶⁷ En mi opinión hay conexiones evidentes entre todas las llamadas leyes romano-bárbaras; vid. TORRENT, *Leyes romano-bárbaras*, cit.

dada su redacción no es posible encontrar un antecedente romano⁶⁸ que de haber existido no ha llegado hasta nosotros, lo que me parece una afirmación demasiado radical porque como hemos visto al examinar 3,4,12 entiendo que puede estar subyacente la contemplación romano-vulgar de las legítimas sucesorias a la que tienen derecho los hijos legítimos de la adúltera habidos de *iustae nuptiae* anteriores y los del adúltero, aunque Osaba se empeña en explicar este § como un simple tema de distribución de bienes del adúltero diciendo que Chindasvinto adoptó simplemente una serie de medidas protectoras de los hijos legítimos, y yo prefiero explicarlo desde enfoques sucesorios dado que la pena del adúltero implica su muerte civil con pérdida de todos sus bienes e incluso la muerte física de los adúlteros por el marido que ejercita impunemente el *ius occidendi*; a mi modo de ver la sentencia judicial no hace otra cosa que destacar el derecho a la *portio debita* de los legitimarios como he ido aclarando en estas líneas, llamamiento que acaso formara parte del *arbitrium* judicial aunque cuando aparece el término en LW 3,4,3 solo se refiere al del marido burlado para señalar que este al que la sentencia atribuye la persona y bienes de los adúlteros puede hacer con ellos *quid volet* una vez comprobado el adulterio: LW 3,4,1 y 12 D).

El supuesto de adúltera con hijos legítimos de un matrimonio anterior como del posterior⁶⁹ pero estos últimos no son llamados a su legítima procedente de los actos gratuitos del primer marido en favor de la mujer en la norma de Chindasvinto aun cuando sea en el segundo matrimonio cuando comete adulterio y lógicamente podía engendrar otros hijos legítimos en su segundo matrimonio en cuyo caso todos los bienes de los adúlteros van a parar al marido burlado padre de los segundos hijos legítimos de la adúltera, supuesto contenido en LW 3,4,12 D): «*Uxor autem adultera sive de priori coniugio vel postremo legitimis filios habere dinoscitur, sequestrata filiis de priori coniugio portionem et in eorum potestate relictam, sic suorum filiorum ex eadem, quae postmodum in adulterio convincitur, coniuge creatorum maritus eius portionem obtineat ut post suum obitum eisdem filiis possidendam relinquat*». Esta me parece una prueba más de los planteamientos en clave sucesoria de Chindasvinto. Los hijos *de postremo matrimonio* son igualmente legítimos, y aunque todos los bienes de la madre son entregados al marido-padre burlado, los que este hubiera donado a la madre deben ser entregados a los hijos legítimos del segundo matrimonio, que por tanto y aunque no lo dice el texto expresamente pero siguiendo la línea argumental de Chindasvinto deben ser excluidos los bienes de la madre recibidos del primer marido en el cómputo de la legítima que habrían de recibir a la muerte de su padre en el caso que no los hubiera instituido o lo hubiera hecho insuficientemente pudiendo reclamar su legítima en los bienes de su padre sin computar la legítima los bienes de su madre procedentes del primer marido atribuidos a los hijos *de priori coniugio*.

⁶⁸ OSABA, *Adult. ux.*, p. 106.

⁶⁹ OSABA, *Adult. ux.*, p. 159, destaca que de nuevo se repite la alusión al matrimonio anterior aunque ahora aparece por oposición al posterior y último matrimonio durante el cual tiene lugar el adulterio.

La *ant.* de Chindasvinto que ofrece un orden del sistema sucesorio de los hijos⁷⁰, distingue entre hijos legítimos *de priori coniugio* y los del adúltero que siguiendo las reglas hereditarias de la *LW* (*praeteritae leges*) a las que se remite Chindasvinto⁷¹, fija que la porción que les correspondería (*de priori coniugio portionem*) debía ser separada (*sequestrata*) y entregada a dichos hijos (*in eorum potestate relictā*), de modo que según aquellas reglas hereditarias la *portio* debía dividirse en tantas partes como hijos legítimos del matrimonio anterior, es decir de los bienes recibidos del primer marido que esencialmente consistirían en los recibidos a título de *donatio*⁷² también llamada dote por el mismo Chindasvinto *LW ant.* 4,5,2, que considera no deben llegar a los hijos (obviamente también legítimos) del posterior matrimonio la dote que hubiera recibido del anterior marido, ni cualquier otro bien extradotal⁷³. Citaré por completo este texto porque también incluye la cantidad de aquellos bienes que corresponde a los hijos.

«*LW 4,5,2 (Chind.) ... Denique constituentes decernimus, ut de dote sua mulier, habens filios vel nepotes, seu causa mercedis ecclesiis vel libertis conferre, sive cuicumque voluerit, non amplius quam de quarta parte potestate habebit.... Verumtamen femine, quas contingerit duobus viris aut amplius nuber atque ex eis filios procreare, non eis licitum erit, dotem ab alio marito acceptum filiis aut nepotibus ex alio viro genitis dare, sed unuquisque filius filiae, nepos aut neptis ex ipsa línea procreati dotem, quam avus aut pater eorum eorum concesserat, post mulieris obitum per omnia secuturi sunt*».

Estas leyes visigóticas de Chindasvinto, de alguna manera limitan el amplísimo poder otorgado al marido que con la *accusatio adulterii* deja probado el hecho ilícito *ante iudicem*, siendo la justicia real la que como pena del adulterio permite al marido burlado hacer de *adulter* y *adultera*... *de eis facere voluerit in eius proprio consistat arbitrio* como prescribe *LW 3,4,3*, que en mi opinión sin gran fundamento la mayoría doctrinal entiende que procede del *Cod. Eur*⁷⁴, lo que no me parece probable pues este § es de eminente carácter procesal dejando al *arbitrium mariti* la conducta a seguir (*quid volet*) con las personas y bienes de los convictos disminuyendo su adquisición patrimonial incluida en la pena por el adulterio, por la salvaguardia de la *portio debita* de hijos legítimos *de priori coniugio*.

«*LW 3,4,3 ant. De adulterium uxoris.—Si cuiuslibet uxor adulterium fecerit et deprehensa non fuerit, ante iudicem competentibus signis vel indiciis maritus accuset. Et si mulieris adulterium manifeste potuerit, adulter et adultera ipsi tradantur, ut quod de eis facere voluerit in eius proprio consistat arbitrio*».

⁷⁰ Sobre el tema en general *vid.* J. LALINDE ABADÍA, «La sucesión filial en Derecho visigodo», en *AHDE*, 32 (1962), pp. 113-130; OTERO VARELA, «La mejora», en *AHDE*, 33 (1963), pp. 5-131; M. PÉREZ DE BENAVIDES, *El testamento visigótico. Una contribución al estudio del Derecho romano vulgar*, Granada, 1975, pp. 102 y ss.

⁷¹ La frase reglas hereditarias de la *LW* es de OSABA, que acaso inadvertidamente, y aunque no lo dice expresamente, admite las reglas de la legítima en la legislación visigótica.

⁷² Sobre el tema *vid.* OTERO VARELA, «*Liber iudiciorum* 3,1,5 (en tema de dote y *donatio propter nuptias*)», en *AHDE*, 29 (1959), pp. 545-555.

⁷³ La exclusión de los bienes extradotales viene afirmada en *LW ant.* 5,2,4.

⁷⁴ TORRENT, *Leyes romano-bárbaras*, *cit.*

Esta condena que confirma la *accusatio adulterii* permite al marido actuar a su pleno arbitrio sobre los adúlteros «legalizando» su muerte después de la *traditio* judicial de los adúlteros. Según D'Ors⁷⁵ la pena de muerte era la sanción general contra los adúlteros, y la doctrina iusmedievalista⁷⁶ no duda que la ejecución de los adúlteros era competencia exclusiva del marido dentro de su *proprium arbitrium* atribuido por la autoridad judicial. También Zeumer⁷⁷ había entendido que este *ius occidendi* era una de las competencias del marido sobre los reos para vengar el adulterio entrando dentro del amplísimo *arbitrium* concedido al marido por los jueces, y Melicher⁷⁸ ya había afirmado que aunque para probar el adulterio habían sido sustituidos los parientes por los jueces reales, para la ejecución de la pena los reos eran entregados al marido *quod de eis facere voluerit*: matarlos, convertirlos en esclavos, y hasta dejarlos en libertad.

En la versión romance (siglo XIII) del *Lib. iud.* conocida como *Fuero Juzgo* se introducen algunas precisiones respecto a la *LW*. Todas las versiones distinguen: *a)* adulterio *violenter* y adulterio consentido, *b)* que la adúltera tuviera hijos legítimos de anterior matrimonio o no los tuviera; en ambos casos se apoderaba judicialmente de sus bienes el marido burlado planteando en el primer caso la atribución de la *portio debita* a aquellos hijos legítimos *de priori coniugio* reteniendo la persona y restos de bienes de los adúlteros (exceptuados por tanto los bienes debidos a los hijos legítimos), mientras que si no los tuviere, la persona y bienes de los adúlteros debían ser entregados al marido burlado por orden judicial (*ante iudicem*) como consecuencia del proceso subsiguiente a la *accusatio adulterii* del marido burlado (exceptuada la porción debida a los hijos legítimos de la adúltera de anterior matrimonio o los del adúltero que por su delito sufría la muerte civil o en su caso física a manos del marido burlado).

No quiero decir con lo expuesto hasta el momento que la legislación de Chindasvinto hubiera tenido en cuenta la regulación justiniana del adulterio ni de las legítimas, entonces no conocida en España, al menos al margen de la parte mediterránea reconquistada por Narsés en el 532, aunque Osaba entiende que para la época de Leovigildo y Recaredo no debe desdeñarse la influencia en la *LW* de la obra legislativa de Justiniano, tesis que no comparto ni tampoco para la de Chindasvinto y Recesvinto⁷⁹; en realidad la compilación justiniana parece desaparecida en Occidente hasta el a. 1088 con el descubrimiento o redescubrimiento de las Pandectas por Irnerio dando lugar, además del *ius canonicum*, a la

⁷⁵ D'ORS, *Cod. Eur.*, p. 146.

⁷⁶ E. ROSENTHAL, *Die Rechtsfolgen der des Ehebruchs nach kanonischen und deutschen Recht*, Würzburg, 1880; H. BRUNNER, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 2, Leipzig, 1892, p. 663; J. R. REINHARD, «Burning at the Stake», en *Speculum*, 16-2 (1941), p. 194; KING, *Derecho y sociedad*, 261; OSABA, *Adult. ux.*, p. 104.

⁷⁷ ZEUMER, *Historia*, p. 250.

⁷⁸ MELICHER, «Das Tötungsrecht der germanischen Hauherrn im spanischen, französischen und italienischen Recht», en *Zeitschrift für vergleichende Rechtswiss.*, 46, Stuttgart, 1931, p. 386.

⁷⁹ TORRENT, *Imitatio imperii*, cit.

prodigiosa labor del *ius commune*. Hay en todas las fuentes visigóticas hispanas un factor común: la admisión del *ius occidendi* sobre los convictos y que conocía Chindasvinto el régimen postclásico de las legítimas, también evidente en el *FJ* de gran influencia hasta el siglo XIX sin desdeñar la influencia que desde el siglo XII ejerció en España el *ius commune* de lo que son muestra evidente las *Partidas* de Alfonso X el Sabio publicadas en 1265⁸⁰.

Como he dicho anteriormente, está comprobado que las fuentes romanas esenciales del Derecho visigodo fueron constituciones imperiales de Constantino y sus sucesores, los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, las Novelas Postth. y algunas obras jurisprudenciales postclásicas que en conjunto llamamos Derecho romano vulgar: *PS.*, *Coll.*, *Ulp. Reg. lib.*, que la crítica moderna advierte en la *LRW* (llamada también *Breviarium Alaricianum*), y por supuesto en la *LW* de Recesvinto. Digo esto porque el término *hereditas* referido a los hijos legítimos de matrimonio anterior de los convictos, puede dar la impresión que no tiene un sentido rigurosamente técnico y recuerde el sentido material originario de la *hereditas*: *hereditas est pecunia* anterior al conceptual *ius successionis* que se advierte en la jurisprudencia clásica, pero tengo la convicción que el término *hereditas* traído en causa en *LW* 3,4,12 B) solamente puede corresponder a las expectativas legales sucesorias de los hijos legítimos *de priori coniugio* de la adúltera y los del adúltero infiel a su esposa, inocentes de la conducta reprochable de sus progenitores, del mismo modo que no serían legítimos los habidos con el adúltero en cuanto estaba prohibido el ulterior casamiento entre estos: eod. E). La sanción de los adúlteros (*ius occidendi*, *bonis eorum tradere*) viene prevista desde el primer § del Título 4, Libro 3 de la obra recesvindiana que recoge además una modificación de Ervigio añadida en su *Codex revisus* del año 681.

He preferido detenerme algo sobre la potestad del marido de dar muerte a los adúlteros, porque igualmente tiene la potestad de liberarlos de la muerte que los textos visigóticos debieron tomar de los *libri de adulteriis* de Pap. D. 48,5,23(22),4 liberando de la *poena capitis* a la *filia adultera* en base a la *pietas paterna*⁸¹, lo que me hace ver cierta conexión, o al menos una cierta hilación entre la *pietas paterna* respecto a la adúltera exonerada de la *poena capitis* (por ejemplo en caso de rapto)⁸² que desde luego no excluye de su *portio debita* los hijos legítimos de anterior matrimonio en los procesos de adulterio. La versión romanceada del *FJ* 3,4,1 solo tiene en cuenta los hijos legítimos del primer matrimonio que tienen derecho a su legítima, no teniendo en cuenta los hijos legítimos del segundo matrimonio, lo que parece una incongruencia: contemplación de los hijos legítimos *de priori coniugio*; silencio absoluto de los hijos legítimos

⁸⁰ Cfr. TORRENT, «La recepción del Derecho justiniano en España en la Baja Edad Media (siglos XII-XV), un capítulo en la historia del Derecho europeo», en *RIDROM*, 10 (2013), p. 49.

⁸¹ Cfr. referida exclusivamente al Derecho romano TORRENT, *Quaestiones de lege Iuola de adulteriis coercendis: ¿ius occidendi exclusivamente sobre el cómplice quedando exonerada de la poena capitis pietate paterna la filia adultera?* pendiente de publicación.

⁸² TORRENT, *Leyes romano-bárbaras*, cit.

del ulterior matrimonio; quizá por entender que podían haber sido hijos adulterinos, o que sufrían asimismo la *traditio* total de los bienes de la madre como consecuencia de su adulterio, o que como hijos legítimos del marido burlado tenían todo el derecho a obtener su legítima a la muerte de este.

Son muy interesantes las variantes del *FJ* respecto a la versión ervigiana. En mi opinión el *FJ* como la *ant.* de Chindasvinto en *LW* 3,4,1 y 12 recuerdan las legítimas como instrumento sucesorio en su versión romana postclásica, ordenando el *FJ* que en el adulterio con fuerza el adúltero sea entregado al marido burlado y sus cosas a los hijos legítimos del violador (su *portio legitima*) habidos del matrimonio legítimo mantenido al tiempo de la violación, pero si este no tuviere hijos legítimos todos sus bienes deben ser entregados al marido burlado. La variante que introduce el *FJ* es que en caso de adulterio consentido lo que ha de entregarse a los hijos legítimos *de priori coniugio* debe ser «todas las cosas della», evidente exageración respecto a la versión ervigiana, porque en este caso da la impresión que sustituye el llamamiento legítimo que siempre versa sobre cuotas concretas mermando la adquisición del marido burlado por el criterio de una sucesión universal *ab intestato* a favor de aquellos hijos en los bienes de la mujer, mientras que si no hubiere hijos legítimos y el adulterio fuese consentido por la mujer, persona y bienes de los adúlteros debían ser entregados al marido burlado, como reconoce el *Lib. iud.*

«*LW* 3,4,3 *ant.* *De adulterium uxoris*—*Si cuiuslibet uxor adulterium fecerit et deprenhensa non fuerit, ante iudicem competentibus signis vel indiciis maritus acuset. El si mulieris adulterium manifeste potuerit, adulter et adultera ipsi tradantur, ut quod de eis facere voluerit in eius proprio consistat arbitrio*».

En todo caso el adúltero es sancionado con la muerte civil, y en su caso material en el caso de adulterio forzado, siendo entregados su persona y bienes al marido de la adúltera, pero si esta lo consintió, persona y bienes de los adúlteros deben ser entregados al marido (*adulter et adultera ipsi tradantur*) que debe respetar la cuota legitimaria de los hijos *de priori coniugio* (eod. 4,12). El *FJ* en el adulterio violento tiene una visión amplísima de los bienes del adúltero con hijos legítimos procediendo como si el adúltero hubiese muerto, lo que habría ocurrido seguramente al ejercitar el *ius occidendi* el marido burlado dando lugar a una sucesión *ab intestato* forzosa y el legislador ordenase la sucesión de los hijos legítimos habidos con otra mujer en todo el patrimonio de su padre adúltero, lo que de algún modo me recuerda la *fictio legis Cornelia* en que se fingía la muerte del *paterfamilias* en el momento en que caía prisionero del enemigo abriéndose su sucesión *ab intestato*; yo me inclinaría más bien por la sucesión de los hijos del adúltero exclusivamente en su *portio debita*.

Si el tema es complejo en Derecho romano también lo es en el visigótico, dando la impresión de girar en torno a la protección de la familia legítima que en nuestro caso viene reflejado en la regulación visigótica del adulterio (el atentado más grave contra el consorcio matrimonial) centrada en la atribución de los bienes de los réprobos a los hijos legíti-

mos de matrimonios anteriores inocentes de la conducta de su padre o madre. También parece casi seguro que los nuevos criterios del *FJ* (recordemos que es del siglo XIII) que rectifican el *Lib. iud.* debieron estar influidos por los criterios canónicos de protección de la familia legítima. Jurídicamente lo que está en tela de juicio además de la represión del adulterio (vertiente penal) es la protección de la familia, base también del llamamiento *ex lege* a los hijos legítimos subyacente en la legislación visigótica. También puede decirse que en *LW* 3,4,12 y 13 está presente la concepción de los llamamientos *ab intestato* del Derecho romano postclásico, época en la que se iba precisando la figura de las legítimas subyacente en las reglas de Chindasvinto prescribiendo los llamamientos de los hijos legítimos a una parte del patrimonio de los adúlteros (*portio debita*) que no va más allá de los hijos legítimos habidos *de priori coniugio* en el caso de la adúltera, restricción algo chocante con la ampliación a los *propinqui* que pueden ejercitar la *accusatio adulterii* en las innovaciones de Chindasvinto.

La evolución de las legítimas es muy compleja tanto en Derecho romano como en el visigodo. Ya vimos que en Roma al introducir limitaciones a la omnimoda libertad de testar republicana se consideró reprobable la conducta de los que en su testamento preterían a los más próximos parientes, en especial a los hijos⁸³, de modo que su testamento era contrario al *officium pietatis* y debía ser considerado *inofficiosum* partiendo de la idea que los bienes familiares debían quedar dentro de esta y no ir a parar a los *extranei*, y entiendo que prima más la protección de los legitimarios atribuyéndoles la *portio debita* que la concepción romana de alejar a los *extranei* de los bienes de la familia, porque la atribución al marido burlado de los bienes de los réprobos viene presentada como pena por el adulterio, es decir, hay que plantearla en clave penal que es uno de los motivos que inspiró la *lex Iulia de adult.* en la represión del adulterio seguida por los visigodos que tomaron de Roma tanto esta proyección penal como la proyección hereditaria sobre las legítimas (*portio debita*⁸⁴), y veo este rastro hereditario en los sectores C) y D) de *LW* 3,4,12 que tampoco significó un punto final en el sistema de legítimas, pues desde la época postclásica que hoy suele llamarse tardoantigua⁸⁵, realmente desde Constantino que introdujo grandes novedades en nuestro sistema hasta nuestros días que hoy algunos llaman postmoderno⁸⁶, ha habido una gran evolución que

⁸³ Cfr. E. VOLTERRA, *Istituzioni*, p. 803.

⁸⁴ Vid. F. SAMPER, «*Pars debita*», pp. 74-113.

⁸⁵ La expresión nació en el siglo XIX en el campo de los historiadores del arte cuando Alois RIEGL quiso señalar las diferencias entre el arte clásico y el posterior a Constantino (la cita la tomo de G. COPPOLA BISAZZA, «La successione dei legittimari dal tardo antico al postmoderno», en *TSDP*, IX (2016), 1 n. 3 (en adelante COPPOLA, *Legittimari*); cfr. Ead., «Sui rapporti tra intellettuali e potere nella tarda antichità», en *IVRA*, 57 (2008-2009), p. 83; DE GIOVANNI, *Istituzioni scienza giuridica codici nel mondo romanistico. Alle radici di una nuova storia*, Napoli, 2007, pp. 2 y ss., n. 4.

⁸⁶ Vid. R. ORESTANO, «Dal “postmoderno” della “scientia iuris” e di altro», recogido en *id.*, *Edificazione del giuridico*, Bologna, 1989, pp. 323 y ss.; G. COPPOLA, *Legittimari*, pp. 1 y ss. Señala COPPOLA, *Legittimari*, p. 2, refiriéndose al Código Civil italiano, que esta sucesión necesaria representa una solución de compromiso entre dos exigencias opuestas: las que han privado al causan-

cristaliza en lo que llamamos actualmente sucesión necesaria⁸⁷ o sucesión forzosa que denomina el Código Civil español que impone a los legitimarios como herederos forzosos incluso contra la voluntad del testador cristalizado en lo que hoy llamamos intangibilidad de la legítima, que de alguna manera viene señalada en *LW* 3,4,12 que en mi opinión permite hablar de una sucesión necesaria⁸⁸ en la legislación visigótica, sin duda un hito importante en la historia del Derecho español en cuanto el *Lib. iud.* estuvo vigente hasta el siglo XIX y no dejó de tener incidencia en la codificación patria, aunque D. Florencio García Goyena en sus *Concordancias* hace escasísimas referencias a aquel monumento jurídico, y desde luego ninguna en el campo de la sucesión necesaria que yo entiendo expresado en *LW* 3,4,12 donde la atribución de la *portio debita* a los *fili legittimi* del primer matrimonio de la adúltera que había contraído nuevas nupcias, da a entender que el primer marido había fallecido, aunque si este hubiera sobrevivido no tenía derecho a reclamar lo donado a la adúltera, porque de estas donaciones nupciales se extraía la cuota hereditaria de los hijos legítimos, y solamente esta cuota porque el exceso de aquellas adquisiciones muliebres iban también al marido burlado.

Una ojeada al sistema sucesorio necesario romano es muy instructiva. Hay que pensar que originariamente no existía el testamento dada la fortísima solidaridad familiar plasmada en el *consortium ercto non cito*, pues según Gayo 2,157 los *sui heredes* eran *quodammodo domini vivente paterfamilias* formando a su muerte una *societas legitima et naturalis* según Gayo 3,154a, *inseparabilis* según Gellio, *N.A.* 1,9,12⁸⁹, indivisible según algunos autores que se fijan en este último texto⁹⁰, pero en mi opinión divisible⁹¹, tesis que comparte Calzada⁹². Tampoco definiendo la coactividad del consorcio que en época decenviral podía disolverse mediante la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*⁹³ y en época del procedimiento formulario mediante la *actio familiae erciscundae*, probablemente

te del poder disponer sin límites de su propio patrimonio, sea *mortis causa* que *inter vivos*, y la que por el contrario tiene el Estado que, reduciendo aquel poder y tutelando los lazos familiares establece que el patrimonio sea destinado, al menos en parte, a sujetos taxativamente señalados por la ley. En mi opinión la oposición está entre la absoluta libertad de testar y el llamamiento forzoso de los legitimarios impuesto por la ley.

⁸⁷ *Vid.* los arts. 806 y ss. del CC español y 536 y ss. del italiano.

⁸⁸ Sobre los orígenes históricos de la sucesión necesaria, *vid.* E. BETTI, *Successione legittima intestata e successione legittima necessaria*, II, Milano, 1992, pp. 3 y ss.; L. MENGONI, «Successione per causa di morte. Successione necessaria», en A. CICU y F. MESSINEO (dirs.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, continuado por MENGONI, Milano, 2000, pp. 3 y ss.

⁸⁹ En mi opinión esta expresión de GELLIO no tiene un riguroso valor técnico: TORRENT, «Consortium ercto non cito», en *AHDE*, 34 (1964), p. 491.

⁹⁰ Algunos autores entienden que la formación de este *consortium* a la muerte del *paterfamilias* era coactiva y su existencia indivisible: O. KARLOWA, *Der römischen Zivilprozess zur Zeit der Legisaktionen*, 1872, p. 142, n. 2; E. ALBERTARIO, «Appunti sul consorzio familiare romano», en *Riv. dir. commerciale*, 32 (1934), p. 228, y en nuestros días G. ARICÓ ANSELMO, «Societas inseparabilis o dell'indissolubilità dell'antico consorcio fraterno», en *AUPA*, 46 (2008), pp. 78 y ss. «*Iuris Vincula*». *Studi Talamasca*, I, Napoli, 2001, pp. 149 y ss.; COPPOLA, *Legittimari*, p. 4.

⁹¹ TORRENT, *Consortium*, pp. 491-493.

⁹² A. CALZADA, «Consortium ercto non cito: consortes qui a communione discedere velint», en *IVRA*, 59 (2011), pp. 151 y ss.

⁹³ *Cfr.* GAYO 4,17a.

la más antigua de las acciones divisorias⁹⁴. A la muerte del *paterfamilias* los *sui* no recibían *ex novo* una *hereditas* pues eran *quodammodo domini* del patrimonio familiar, de modo que no se producía una *hereditas* sino una *continuatio domini* como informa Paul. (2 *ad Sab.*) D. 28,2,11. Gayo señala que esta *domestica societas* era antiquísima (*olim* Gayo 3,154a) y debió desaparecer antes de las XII Tablas en que la división se practicaría mediante acuerdos amistosos⁹⁵ en los tiempos más antiguos.

Desde el siglo VI a. C. debió empezar a languidecer el *consortium ercto non cito* en cuanto Roma iba abandonando su antigua estructura económica de sociedad agraria y de pastoreo para emprender vías comerciales (ya desde época monárquica se importaban artículos de lujo, probablemente debido a la influencia etrusca), rompiendo la antigua copropiedad⁹⁶ familiar⁹⁷ de los *sui* afirmándose la libertad del *paterfamilias* para disponer del patrimonio doméstico abriendo paso en la interpretación pontifical de las XII Tablas a la absoluta libertad de testar. No es que desde entonces se afirmara el testamento que llegaría a ser una figura jurídica autónoma fundamental en la sociedad romana avanzada la República expresado en el principio civilístico *heredis institutio intelligitur caput et fundamentum totius testamenti* (Gayo 2,229)⁹⁸, que a pesar de todos los avatares acaecidos en época clásica por pretor, jurisprudencia y rescriptos imperiales, continuados en la tardo-antigua, todavía sigue recordado por Justiniano I. 2,20.34 que introdujo que a los herederos legítimos en vez de una cuota fija correspondía una cuota móvil.

Frente a la gran mayoría doctrinal⁹⁹ que estima que las XII Tablas conocieron el testamento pues se ocupa de la sucesión *ab intestato* en los versículos 5,4-5: «*Si intestato moritur cui sus heres nec escit adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit gentiles familiam habento*»¹⁰⁰, no la entiendo referida a un testamento en el sentido técnico que tomó posteriormente, sino a que el *pater* no había hecho una *testatio*, solemne manifestación *in comitiis* de quienes eran sus *sui* (hijos biológicos, adoptados, adrogados) que se harían cargo del patrimonio familiar; esto es lo que impropriamente sería llamado *testamentum in calatis comitiis*¹⁰¹,

⁹⁴ Sobre las acciones divisorias sigue siendo fundamental A. BERGER, *Zur Entwicklungsgeschichte der Teliungsklagen im klassischen römischen Recht*, Weimar, 1912.

⁹⁵ TORRENT, *Consortium*, p. 492.

⁹⁶ Hablo de copropiedad «tanto per intenderci» que decía mi maestro boloñés, prof. G. I. Luzzattp, pues la propiedad es un concepto tardío en Roma; *vid.* TORRENT, «Notas sobre la relación entre “communio” y copropiedad», en *Studi Grosso*, 2, Torino, 1968, pp. 99 y ss.

⁹⁷ Cfr. con muy interesantes relieves lexicográficos M. EVANGELISTI, «“Consortium ercto non cito”: etimi antichi e riflessioni sulla comproprietà romana», en *Diritto e Storia*, 6 (2007), pp. 1 y ss.

⁹⁸ *Vid.* con fuentes y lit. ORTUÑO, *Institución de heredero*, *cit.*

⁹⁹ *Vid.* por todos S. CASTÁN, *Sucesión testamentaria e intestada en el primitivo ius civile romano y en la Ley de las XII Tablas, Problemas, orígenes y evolución*, en *Estudios de Derecho privado en hom. Juan José Rivas*, I, Madrid, 2013, pp. 703-730.

¹⁰⁰ Sobre este texto decenviral cfr. COPPOLA, «Nascita e declino dell’adagio “nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest”», en *TSDP*, 5 (2012), pp. 3 y ss.

¹⁰¹ *Vid.* por último, CASTÁN, «Reflexiones sobre el origen de las sucesiones en Roma. El testamentum calatis comitiis y su relación con la sucesión intestada», en *RIDROM*, 11 (2013), pp. 205-287.

y tiene el mismo sentido que el *testamentum in procinctu*, manifestación solemne del destino de su patrimonio por parte de un *sui iuris* soldado ante la inminencia de la batalla: *in proelium exituri*, que con el tiempo daría lugar a un testamento especial: el *testamentum militis*.

El sistema sucesorio civilístico exigía rígidamente que los *sui* fueran instituidos o desheredados, situación corregida por el pretor mediante la *bonorum possessio*, y si eran preteridos mediante la *querela inofficiosi testamenti* considerando que el testador había actuado *contra officium pietatis sub colore insaniae* al no instituir a los más *propinqui* del círculo familiar, llegándose a la idea que para salvar el testamento los *sui* debían recibir una cuota del patrimonio relicto. El sistema civilístico exigía para salvar el testamento la *heredis institutio* de los *sui* siempre *nominatim*, como también la *exheredatio* (que no requería ninguna motivación), llegando a admitirse que las mujeres fueran desheredadas con la fórmula genérica *inter ceteros*. La consecuencia de la desheredación de los *sui* llevaba a la caducidad del testamento con la consiguiente apertura de la sucesión legítima, de lo que informa Val. Max. 7,7,3-4¹⁰².

De este modo se fue abriendo paso la noción de testamento inoficioso contrario al *officium pietatis* con los parientes más estrictos, de donde se desprende el carácter forzoso de la sucesión de ciertos parientes (en primer lugar los hijos) introduciendo en Roma la figura de las legítimas: porción del patrimonio hereditario que forzosamente deben adquirir la nueva categoría de herederos. En mi opinión esto es lo que está a la base de LW 3,4,12 primando a los hijos legítimos de anteriores matrimonios de los adúlteros nacidos de *iustae nuptiae*. En Derecho romano venía excluido de la *querela* (en la *bonorum possessio contra tabulas*) el legitimario que hubiese cumplido alguna de las disposiciones testamentarias (por ejemplo habiendo aceptado un legado)¹⁰³, como también estaba excluido el pariente próximo (hijo por lo que nos interesa en estos momentos) que hubiese recibido *mortis causa* del testador al menos una cuarta parte de lo que le habría correspondido *ab intestato* (en lo que advierto una cierta conexión con la *lex Falcidia de legatis*). Marrone¹⁰⁴ identifica la *portio debita* con la *quarta falcidia* apelando a Ulp. (14 *ad Ed.*) D. 5,2,8,9, pero no veo en Ulp. su eventual exacta identificación con la *portio hereditatis* de los hijos legítimos de matrimonios anteriores de los adúlteros que prescribe LW 3,4,12 sector D), porque en ningún caso apela la ley visigótica a la *quarta falcidia*. En Derecho romano en todo caso la *querela* debía ser ejercitada so pena de caducidad dentro de los cinco años de la *hereditatis aditio* por el heredero *institutus*¹⁰⁵, y de modo excepcional podía ser ejercitada contra el fideicomisario universal, el *bonorum possessor contra tabulas* y el fisco¹⁰⁶.

¹⁰² A propósito de este § *vid.* COPPOLA, *Legittimari*, p. 5, n. 12.

¹⁰³ MARCEL. 3 *dig.* D. 5,2,10,1.

¹⁰⁴ MARRONE, *Ist.*, p. 867.

¹⁰⁵ ULP. D. 5,2,8,12.

¹⁰⁶ C. 3,28,1 (Sev. et Anton. a. 193); Pap. (2 *resp.*) D. 5,2,16,1; C. 3,28,10 (Anton. a. 223).

Insisto en la extrema complejidad de los llamamientos sucesorios en la época postclásica. Algún autor¹⁰⁷ ha llegado a decir que la historia del testamento en la época romano-vulgar es la historia de su extinción como figura autónoma. No digo que no pueda haber una parte de verdad en este aserto pues el contenido de las disposiciones testamentarias que hasta ahora tenían que manifestarse con gran rigor formal podía cumplirse con otras figuras jurídicas: fideicomisos, sustituciones, donaciones *mortis causa*, pero no me parecen argumentos suficientes para hacer desaparecer el testamento como figura *a se* en la historia de la dogmática jurídica, y no puede negarse la importancia del testamento en época visigótica¹⁰⁸, que al igual que ocurrió con tantas instituciones desde el *Cod. Eur.* en adelante no eran otra cosa que claras manifestaciones de Derecho romano vulgar, y esto mismo sucede con las legítimas que en mi opinión están subyacentes en LW 3,4,12. Probablemente debió haber alguna *antiqua* de un rey visigodo anterior para que Chindasvinto hablara con tanta contundencia de la *portio relicta* atribuida a los hijos legítimos de matrimonios anteriores de la adúltera y los propios hijos legítimos del adúltero, que en mi opinión recuerda la *hereditas praetoria ab intestato*, la *bonorum possessio sine tabulis* o *contra tabulas* ejercitada como legítima en tiempos visigóticos, y por tanto en Chindasvinto claramente un tema sucesorio. Afirma Marrone¹⁰⁹, que en el Bajo Imperio romano aparte del diverso procedimiento «*per cui, oltre tutto si smarrisce il ricordo delle origini dell'istituto (la querela) quale espediente processuale*», se consolida la legitimación activa de los padres, se define la de hermanos y hermanas siempre que fuesen consanguíneos (del mismo padre) y agnados, a condición que los herederos instituidos en el testamento sean personas torpes (CTh. 2,19,1 Constantino a. 319). Por otra parte y con precedentes postclásicos, Justiniano prescribe que solamente los más próximos (hijos) que no hayan recibido nada del testamento son los que pueden intentar la *querela* si hubieran recibido menos de la *portio debita*, computándose en ella lo recibido por dote y donaciones nupciales (no por otras donaciones *inter vivos* que ya había establecido Zenón C. 3,28,29 a. 479).

Los hijos que hayan recibido menos de la *portio debita* están excluidos de intentar la *querela*, pero sin duda en protección de la legítima pueden ejercitar la *actio ad implendam legitimam* para completar la *portio legitima*, como fue llamada por Justiniano (C. 3,28,30,16 promulgada entre los a. 528 al 531). En la Nov. 115 (a. 542) a propósito de la *querela* intentada por hijos y padres del causante (a falta de hijos), Justiniano prescribió para los que pudiendo haber sido instituidos herederos no lo hubieran sido, que podían ejercitar la *querela* aunque hubieran recibido la *portio legitima* por otros medios (donaciones por ejemplo), pero habiendo sido instituidos y recibido la *portio debita* por otros medios (pensemos en lega-

¹⁰⁷ SAMPER, «La disposición *mortis causa* en el Derecho romano vulgar», en *AHDE*, 38 (1968), p. 112.

¹⁰⁸ Vid. M. PÉREZ DE BENAVIDES, *El testamento visigótico, una contribución al estudio del Derecho romano vulgar*, Granada, 1975.

¹⁰⁹ MARRONE, *Ist.*, p. 868.

dos), quedaban excluidos de la *querela* pudiendo intentar en este caso la *actio ad implendam legitimam* para completar la legítima. Desde este punto de vista no cabe duda que la *querela inofficiosi testamenti* constituye el precedente histórico del instituto moderno de la legítima¹¹⁰. En la evolución histórica de las legítimas en España, es muy significativo el punto final de admisión de las legítimas (por el momento; confieso que soy partidario de la libertad de testar, y en España se puede desheredar a los hijos por ingratitud) en el art. 806 del Código Civil español que declara:

«Legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado a ley a determinados herederos llamados por esto herederos forzosos».

Don Florencio García Goyena de forma parecida decía en sus *Concordancias*¹¹¹:

«Art. 640. Llámense herederos forzosos aquellos a quienes la ley reserva en los bienes del difunto una porción de que no puede privarlos sin causa justa y probada de desheredación.

La porción reservada se llama legítima».

La referencia a los hijos legítimos de la *ant.* de Recesvinto en LW 3,4,12 la interpreto como una influencia de la legítima romana postclásica sustrayéndola a la doctrina general expuesta en 3,4,1 de entrega al marido burlado (cornudo diría en lenguaje coloquial español) de la persona y todos los bienes de los adúlteros tanto en caso de adulterio forzado como el consentido, debiéndose a los hijos legítimos de anterior matrimonio todos los bienes que la adúltera hubiera recibido a título gratuito del primer marido. Es discutible si los donados por el primer marido *post obitum* deben incluirse en la legítima de aquellos (LW 5,2,5 *ant.*). Osaba¹¹² sin gran convicción explica que la adúltera no perdería el derecho a estos bienes cuando las nuevas nupcias concertadas hubieran sido *honestae*, por lo que debe pensarse que en principio la mujer habría podido disfrutar de esta donación puesto que el adulterio se cometió en un matrimonio posterior, lo cual es cierto antes del *iudicium adulterii* pero no después del proceso una vez reconocido judicialmente el adulterio promovido por la *accusatio* del marido burlado estableciéndose de forma subsidiaria en LW 3,4,13 un elenco de personas a quienes se concede la *accusationis licentia*¹¹³, los *propinqui* a quienes se concede si su acusación tiene éxito un quinto de los bienes que la madre hubiera recibido gratuitamente del primer marido, mientras que a los hijos legítimos de anterior matrimonio se les concede los cuatro quintos restantes, y en mi opinión estamos hablando de cuotas hereditarias que nos llevan al campo de las legítimas. También hay que decir que si este § está dirigido a reprimir el adulterio de la mujer casada, 3,4,5 *ant.* se dirige a la represión del adulterio de la hija soltera.

¹¹⁰ MARRONE, *Ist.*, p. 870.

¹¹¹ F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852; reimp. con índices, Zaragoza, 1974, p. 348.

¹¹² OSABA, *Adult. ux.*, p. 160.

¹¹³ OSABA, *Adult. ux.*, p. 169.