

TÍTULO 18

De familiae herciscundae

T. Los edictos *familiae herciscundae* y *communi dividundo* (Lenel §§ 80 y 81).

O. Clásico. Las cuatro primeras sentencias corresponden a la rúbrica del título; la sentencia 5 se refiere a la *actio communi dividundo*.

Au. A. La rúbrica, con las mismas palabras, también la transmite *Appendix* 1,14. Llama la atención que PS conserve un título para la *actio finium regundorum* (1,16), otro para la *actio familiae herciscundae*, pero no conserve un título para la otra acción divisoria, la *actio communi dividundo*. CT tiene todavía un título *de communi dividundo* (2,25), pero contiene una sola constitución, lo cual hace ver que esta materia dejaba de tener importancia en el tiempo de la publicación de ese Código. La supresión del título sobre la *actio communi dividundo*, que debió existir en la versión de A, pudo ser obra de V.

1,18,1 *Arbiter familiae herciscundae plus quam semel dari non potest: et ideo de his, quae divisa eo iudicio non sunt, communi dividundo arbiter postulatus partietur.*

S. La partición de la herencia puede realizarse sólo una vez, por lo que, si el árbitro encargado de hacerla hubiera dejado algunas cosas sin dividir, respecto de éstas sólo se podrá obtener su división con la acción de división de cosa común.

O. Clásico. La regla que da la sentencia concuerda con lo que dice Paulo (6 *ad Sab.* D 10,2,44pr), que entre coherederos puede darse la acción de división de cosa común, respecto de las cosas que tengan en común (*quae eorum communes sint*), pero respecto de las cosas hereditarias ejercen la acción de división de herencia (*actio familiae herciscundae*).

Me parece que Levy⁸⁵⁶ tiene razón cuando señala que las causas de una y otra acción son diferentes, en una se analiza la porción que corresponde como copropietario y en otra la que corresponde como heredero; por eso se explica que si algunas cosas de la herencia quedaran sin dividir por el juicio hereditario, los herederos quedarían como copropietarios de los bienes hereditarios no repartidos, por lo que podrían ejercer, como cualquier copropietario, la acción de división de cosa común.⁸⁵⁷

La sentencia afirma que la acción de división de herencia sólo se da una vez (*plus quam semel dari non potest*). Esta afirmación contrasta con lo que dice Ulpiano (19 *ad Ed.* D 10,2,20,4), quien después de afirmar, como la sentencia, que la acción de partición de herencia sólo se da una vez y que respecto de lo no dividido procede la acción de división de cosa común, añade que podría darse una vez más, previa cognición de causa (*causa cognita*). Se ha discutido si las palabras *causa cognita*⁸⁵⁸ son interpoladas. Me parece que el hecho de que no estén en la sentencia, que materialmente coincide en todo con el texto de Ulpiano, es un indicio importante de que fueron añadidas por Justiniano.⁸⁵⁹

Au. A, que reproduce la regla que dan Paulo y Ulpiano.

La IP cambia la concurrencia que presenta la sentencia de la *actio familiae erciscundae* con la *actio communi dividundo* por la concurrencia entre una acción divisoria de herencia y un juicio arbitral.⁸⁶⁰ Dice textualmente: *Pro divisione bonorum communium si quando inter fratres intentio vertitur, dividendae rei non plus quam semel arbiter deputatur, ut inter eos quae sunt communia, habita aequitate distribuat. quod si deputatus a iudice arbiter indivisum aliquid dimiserit, communi consensu postea qui sit divisionis medius eligatur*. En la primera frase hace una paráfrasis de la sentencia, diciendo que en un juicio de división de cosas

⁸⁵⁶ Levy, E., *Die Konkurrenz der Aktio nen und Personen im klassischen römischen Recht*, I, Berlín, 1918, p 130.

⁸⁵⁷ Véase Biondi, *Diritto ereditario romano*, Milano, 1954, p. 457.

⁸⁵⁸ Voci, P., *Diritto ereditario romano* I, 2a. ed., Milano, 1967, p. 736, n. 16, sugiere que la acción podría volverse a dar *causa cognita*, por ejemplo, en el caso de que el pretor otorgara una *in integrum restitutio* respecto de la sentencia resultado del juicio de división de herencia. Levy, E., *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, I, Berlín, 1918, p 130, en cambio, opina que la expresión *causa cognita* es interpolada. Kaser I, p. 728, n. 5, admite que en derecho clásico era posible coneder de nuevo la acción.

⁸⁵⁹ Así también Metro, *La "denegatio actionis"*, Milano, 1972, p. 105.

⁸⁶⁰ Así Kaser II, p. 538, n. 6.

comunes entre hermanos (de lo que puede inferirse que es un juicio hereditario), sólo se puede nombrar una vez un árbitro (*arbiter*) encargado de hacer la división; pero en la siguiente frase (*quod... eligatur*) dice que si el *arbiter* designado por el juez dejó algo sin dividir, entonces puede elegirse por común acuerdo a quien actúe como mediador (*medius*) para hacer la división. El intérprete parece entender que las palabras de la sentencia que afirman que puede darse la acción de división de cosa común para que un árbitro reparta lo que quedó sin repartir (*communi dividundo arbiter... partietur*), en el sentido de que las partes de común acuerdo pueden elegir un mediador (*communi consensu... medius eligatur*) que reparta lo que el árbitro designado por el juez dejó sin repartir.⁸⁶¹ El texto parece sugerir una tendencia favorable al juicio arbitral.

1,18,2 (*Appendix 1,12*) *De omnibus rebus hereditaris iudex cognoscere debet et celebrata divisione in semel de omnibus pronuntiet.*

S. El juez ante quien se lleva un juicio de partición de herencia debe conocer de todas las cosas de la misma, de modo que al hacer la partición y las adjudicaciones correspondientes, se pronuncie en una sola sentencia (*in semel*) respecto de todas ellas.

O. Clásico.

En época clásica, los juristas consideraron casuísticamente cuáles cosas debía considerar el juez al hacer la partición de la herencia, y aclararon, por ejemplo, que los venenos (*mala medicamente et venena*) o libros de lectura reprobada (*libri improbatae lectionis*) no podían ser objeto de la división, sino que tenían que ser destruidos; o que las cosas resultado de peculado, asalto o despojo sacrílego tampoco debían dividirse entre los herederos; que las tablillas donde constaba el testamento tampoco se dividían y quedaban en manos del heredero mayoritario (Ulp. *19 ad Ed. D 10,2,4,1*), lo mismo que los documentos donde constaran créditos a favor de la herencia (Gayo *7 ed. prov. D h.t. 5*).

Pero tanto Paulo (*23 ad Ed. D h.t. 25,20*) como Ulpiano (*19 ad Ed. D h.t. 4pr*) formulan la regla general de que todas las cosas de la herencia quedan comprendidas por esta acción y deben por lo tanto ser objeto de

⁸⁶¹ Véase Ziegler, *Das privates Schiedsgericht im antiken römischen Recht*, Munchen, 1971, p. 186.

división. Paulo dice que el juez nada debe dejar indiviso (*iudex... nihil debet indivisum relinquere*), y Ulpiano que todas las cosas, excepto los créditos,⁸⁶² son objeto del juicio de división de herencia (*ceterae itaque res praeter nomina veniunt in hoc iudicio*). Hay una diferencia de estilo en estos textos, pues mientras Paulo se refiere a las cosas que el juez debe considerar, Ulpiano a las que quedan comprendidas en el juicio; hay además otra diferencia de materia, pues Paulo, a diferencia de Ulpiano, no hace mención ahí de que los créditos no se dividían.

Au. A., que fiel a su tendencia omite mencionar que los créditos no se incluyen, quizá por tomar la regla de un texto que, como el de Paulo citado, tampoco mencionaba esta excepción. En cuanto al estilo, sigue también el modelo de Paulo al decir que el juez debe juzgar de todas las cosas de la herencia, y no el de Ulpiano que se refiere a que todas las cosas quedan comprendidas en el juicio de división de herencia.

1,18,3 (*Appendix 1,13*) *Iudici familiae heriscundae convenit, ut ea, quae quis ex communi accepit, aut ipsa aut aestimationem eorum repraesentet, ut inter coheredes dividi possint.*

S. Conviene al juez de la división de herencia que quien obtuvo algo a causa de los bienes hereditarios, antes de que éstos fueran divididos entre los coherederos, lo presente o pague su estimación en dinero, de modo que pueda ser dividido entre los coherederos.

O. Posclásico. En el derecho clásico, la *actio familiae heriscundae* sirve para que el juez reparta la herencia entre los coherederos haciendo tanto *adiudicationes* de bienes específicos a favor de los coherederos como *condemnationes* por las que ordena a ciertos herederos pagar cantidades de dinero a los otros a fin de compensar entre ellos por los gastos que hubieran erogado por razón de los bienes hereditarios, por los daños que hubieran causado a éstos, o por las adquisiciones que hubieran tenido a partir de los mismos bienes.⁸⁶³ En el supuesto previsto en esta sentencia, de que uno de los herederos obtuviera algo a causa de

⁸⁶² Los créditos no se incluían en el juicio divisorio porque, si se referían a un objeto divisible, se dividían entre los herederos en proporción a sus cuotas, según disposición de las XII Tablas (5,9); si se referían a un objeto indivisible, todos los coherederos los tenían *in solidum*. Véase Kaser I, p. 729.

⁸⁶³ Véase Biondi, *Diritto ereditario romano*, Milano, 1954, pp. 453 y ss.

los bienes hereditarios, el juez, actuando conforme al derecho clásico, debía tomar medidas adecuadas para que no se causara agravio a los otros herederos.

En un texto de Paulo (6 *ad Sab.* D 10,2,44,2) se trata un caso análogo. Ahí varios coherederos, estando otro ausente, vendieron una cosa de la herencia, con el fin de repartirse el precio entre ellos sin comunicarlo con el ausente; el jurista dice que el heredero defraudado podía demandar una compensación por la *actio familiae aerciscundae* o por la *petitio hereditatis*. En este fragmento se propone un caso específico al que el jurista da una solución concreta. En otro texto, Gayo (7 *ad ed. prov.* D 10,2,19) plantea una situación similar, aunque ya no tan específica: propone simplemente que si un heredero obtuviera algo (una cosa o un crédito) a partir de bienes hereditarios, el juez debe tomar medidas para que la adquisición no beneficie solamente a ese heredero, como hacer compensaciones entre los herederos u ordenar que se dieran garantías entre ellos.

En ninguno de estos textos, a diferencia de la sentencia, se dice que lo adquirido a partir de bienes hereditarios tiene que ser presentado para que el juez lo pueda dividir entre los coherederos, aunque evidentemente era necesario que el o los herederos agraviados demostraran al juez lo que había ocurrido para que él tomara las medidas pertinentes.

Por su parte, la sentencia no dice qué debe hacer el juez, ni tampoco lo que deben hacer los herederos. Simplemente afirma que conviene al juez que se presenten las cosas adquiridas o su estimación para que él pueda hacer la división. La presentación de las adquisiciones, según el tenor de la sentencia, parece algo necesario para que el juez pueda hacer la repartición de esos bienes entre los coherederos (*ut inter coheredes dividi possint*), de modo que no bastaba demostrar que un heredero había lucrado algo a partir de los bienes hereditarios para que el juez pudiera tomarlo en cuenta, sino que era necesaria su presentación física o, al menos, su estimación en dinero. Esta necesidad de que las cosas estén presentes parece indicar que el juicio de división de herencia se entiende de modo diferente al derecho clásico, como un medio para repartir materialmente entre los coherederos las cosas de la herencia, sin posibilidad de hacer compensaciones pecuniarias.

Au. B.

La sentencia no parece, en principio, señalar algún deber jurídico, pues simplemente dice que «conviene al juez» (*iudici... convenit*) que se presenten las adquisiciones de bienes de la herencia. No expresa quién es el que debe presentar las adquisiciones, pero de acuerdo con el sentido literal de la sentencia, parecería que el sujeto de *repraesentet* es el mismo *quis*⁸⁶⁴ que obtuvo algo a partir de los bienes hereditarios; conforme a esta lectura, la sentencia estaría simplemente dando un consejo a aquel heredero que obtuvo algo con bienes de la herencia para que lo presente y el juez lo pueda dividir y repartir con los otros herederos, sin indicar ninguna sanción o consecuencia en caso de que no lo presentara. Esto parecería ser, mas que una sentencia en la que se expresa una regla jurídica, una glosa en la que quizá se explicara la afirmación de la sentencia precedente que dice que el juez debe considerar todas las cosas que hay en la herencia (*de omnibus rebus hereditariis iudex cognoscere debet*) aclarando que entran también las cosas adquiridas a partir de bienes hereditarios. La glosa pudo ser incorporada al texto de PS en la edición de B.

1,18,4 (*Appendix* 1,14) *Iudex familiae herciscundae nes inter paucos coheredes, sed inter omnes dandus est: alioquin inutiliter datur.*

S. El juez que conoce de la acción de división de herencia no se da para que resuelva las cuestiones que hubiere entre algunos coherederos, sino que se da para hacer la división de la herencia entre todos ellos; de no hacerlo así, sería inútil el nombramiento del juez.

O. Clásico.

En el derecho clásico no es necesario que la *actio familiae herciscundae* sea pedida por todos los coherederos interesados: Ulpiano (19 *ad Ed.* D 10,2,2,4) afirma que no debe dudarse que tal acción puede darse entre algunos del total de los herederos, y en otro lugar (30 *ad Sab.* D 10,2,43) que está claro que incluso uno solo de los herederos puede pedir

⁸⁶⁴ Si se pensara que quien debe presentarlas es algún otro heredero, resultaría una regla impracticable pues ese heredero que no tiene las cosas adquiridas difícilmente podría presentarlas.

la acción.⁸⁶⁵ Esta regla está conforme con el régimen de la copropiedad que admite que en cualquier momento cualquiera de los socios pida la división de la cosa común. Pero, por otra parte, es necesario que la sentencia que se pronuncie con motivo de tal acción recaiga sobre todos los herederos, pues de otro modo la división de la herencia no sería efectiva. Así lo afirma Paulo (23 *ad Ed.* D 10,2,27), quien dice que la sentencia del juez (*condemnationes et absolutiones*) debe recaer respecto de todas las personas interesadas, y que si alguna no fuera incluida, la sentencia será nula; la razón que da Paulo para justificar la regla es que la cosa juzgada no puede valer en parte sí (respecto de los herederos considerados) y en parte no (respecto del omitido). Biondi ha explicado estos dos grupos de textos diciendo que la acción de división de herencia puede darse aun cuando al proceso no concurren todos los herederos, siempre que la sentencia que dicte el juez se refiera a todos ellos.⁸⁶⁶

La regla de que la sentencia que no se refiere a todos los herederos es nula parece presente en un rescripto de Diocleciano (CJ 3,36,17 del año 293), en el que se refiere el caso de que el heredero no incluido estuviera ausente por causa justificada (*absens*) o no hubiera sido notificado del procedimiento (*ignorans*); en tales supuestos, el rescripto indica que el heredero no considerado, no obstante la división hecha, retiene íntegro su derecho a la parte de herencia que le corresponde, por lo que podrá reclamarla, con sus réditos, por el juicio de división de herencia (*arbitrio familiae erciscundae*). Pero la razón que parece mover la decisión del rescripto no es la nulidad de una sentencia por la incongruencia lógica de no haber considerado a todos los coherederos, que permitiría anular la sentencia aun cuando el heredero no considerado haya estado presente en el juicio o no se hubiera presentado a pesar de ser notificado del mismo, sino la protección de quien no pudo acudir a juicio por causa justificada o no haber sido debidamente notificado.⁸⁶⁷

⁸⁶⁵ Lo mismo afirma Paulo (23 *ad Ed.* D 10,3,8 pr) respecto de la acción de división de cosa común. Kaser *ZPR*, § 50 II; Kaser I, pp. 727, n. 5, admite que esta regla es clásica.

⁸⁶⁶ Biondi, *Diritto ereditario romano*, Milano, 1954, pp. 455 y ss.

⁸⁶⁷ La misma razón anima dos rescriptos anteriores (año 244) de otro emperador (Felipe), que permite que el demandado condenado estando *absente et ignorante* apele ante un juez superior (CJ 7,33,4 y 5). De acuerdo con Raggi, *Studi sulle impugnazioni civile nel processo romano*, Milano, 1961, pp. 24 y ss., 37 y ss., la nulidad de la sentencia por no haber considerado a todos los herederos podría solicitarse por medio de apelación, en

La sentencia, en cuanto refleja la regla de que la división de herencia debe ser hecha teniendo en cuenta a todos los herederos, independientemente de que estén o no presentes, o de que fuera solicitada por uno o todos ellos, es de origen clásico. Si significara que la acción tiene que ser pedida por todos los herederos o tramitada en presencia de todos, sería de origen posclásico.

Au. A. La sentencia más parece conformarse con el texto citado de Paulo que con el rescripto de Diocleciano, pues no menciona que el heredero no considerado esté ausente o ignorante del proceso. Este silencio respecto de la situación del heredero no comprendido en la sentencia permite conjeturar que la razón de la regla transmitida por esta sentencia es la necesidad de que el juicio de división de herencia comprenda a todos los herederos, de modo que la división sea definitiva. La fuente de la sentencia, como sugiere Kaser,⁸⁶⁸ podría ser dicho texto de Paulo.

La expresión *dare iudicem*, que aparece en esta *sententia* es, en opinión de Raggi,⁸⁶⁹ una expresión común en el procedimiento cognitorio que designa el nombramiento de un juez delegado, por parte de un juez superior que puede revisar la sentencia del primero.

1,18,5 (*Appendix 1,15*) *Omnes res quae sociorum sunt, communi dividundo iudicio inter eos separantur.*

S. Todas las cosas en copropiedad pueden dividirse entre los copropietarios por la acción de división de cosa común (*actio communi dividundo*).

O. Clásico. La sentencia expresa la doctrina clásica de que las cosas objeto de copropiedad son repartibles entre los copropietarios por medio de dicha acción.

Au. A. La palabra *socius* para designar al copropietario es frecuente en textos clásicos.⁸⁷⁰ En PS aparece en otros lugares designando al copropietario (2,31,26; 3,6,4; 4,12,1 y 5,10,2), pero también al miembro de una sociedad (2,16 *rubr* y 2,16,1) y al cómplice de un delincuente (5,14,1).

tanto que la nulidad por ausencia o falta de notificación mediante una *in integrum restitutio*.

⁸⁶⁸ Kaser II, p. 537, n. 3

⁸⁶⁹ Raggi, *op. cit.*, nota 867, pp. 71 y ss.

⁸⁷⁰ Heumann Seckel, *Handlexikon*, s.v. *socius*, inciso d.

En opinión de Levy,⁸⁷¹ el uso de la palabra *socius* para designar al copropietario se hace más frecuente en el procedimiento cognitorio en el que ya no se distinguen acciones específicas y, por consiguiente, no se distingue entre la *actio communi dividundo* y la *actio pro socio*.

⁸⁷¹ Levy, *VR*, p. 284.