

LA POSESION DE LA HERENCIA Y SUS ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

SUMARIO: I. Antecedentes y fines de los juzgados de bienes de difuntos. II. Atribuciones, deberes y cualidades de los oidores investidos de esta jurisdicción especial. III. La ley 43, título 32, libro 2º de la Recopilación de Indias y la posesión hereditaria en el Código Civil Argentino. IV. BIBILONI, el Proyecto de Reformas de 1936, el Anteproyecto de 1954 y la declaratoria de herederos. V. La posesión de la herencia en la ley 17.711.

Las instituciones del Derecho Indiano cuyo estudio interesa como fuentes de Derecho Patrio, deben su peculiaridad a múltiples factores, que han de ser analizados, tanto para conocer su origen como su funcionamiento y sus resultados en la vida de los pueblos de América.

En el actual renacimiento de los estudios históricos investigadores y juristas de renombre afirman la originalidad del derecho argentino, apartándose de la visión superficial, y a veces arbitraria, de anteriores publicistas que sólo vieron en nuestros monumentos legislativos de derecho público y privado meras imitaciones de instituciones foráneas. Pero si sería vano desconocer la irradiación lógica de los pueblos de superior cultura en la estructuración jurídica de nuestra patria, menos aún cabe ignorar la preponderante influencia hispánica hasta la formación autónoma de nuestro Derecho. No hay duda ninguna que las leyes de Indias fueron transformándose a medida que los hechos históricos y las condiciones sociales de cada región urgían la aplicación de nuevas normas en consonancia con las necesidades y el espíritu de las comunidades que estaban destinadas a regir. Así es como instituciones que tuvieron origen en la legislación española, por obra de los hombres y el ambiente de esta tierra, se convirtieron

más tarde en un derecho patrio. Tal como lo destaca Levene, al lado del derecho hispánico escrito, crece y se desarrolla otra corriente jurídica que surge "a raíz del suelo", según la gráfica expresión de Juan Agustín García, de cuya sustancia hubo de impregnarse el derecho indiano, al punto de ser formativo de la nacionalidad (1).

Se justifica, por consiguiente, el interés positivo que tiene para la historia jurídica argentina el estudio de las instituciones que rigieron durante la colonia con el objeto de conocer sus orígenes y sus efectos en el medio social y político en que se desarrollaron, como también sus verdaderas proyecciones en el surgimiento del derecho nacional (2).

I. ANTECEDENTES Y FINES DE LOS JUZGADOS DE BIENES DE DIFUNTOS

El establecimiento de esta magistratura con jurisdicción especial está determinada por circunstancias particulares de la conquista en América. La empresa acometida por el genio hispano en lejanas y desconocidas tierras impulsaba a jóvenes con espíritu de aventuras a dejar sus hogares para probar fortuna y realizar hazañas temerarias. Los riesgos y las penurias propias del cambio de vida que adoptaban explica suficientemente que emprendieran el azaroso camino aliviados de la compañía de la esposa o hijos. Ocurría luego que no escasos pobladores morían en las tierras conquistadas y dejaban bienes que no eran recogidos por sus parientes a causa de las enormes distancias y de los peligros que implicaba la travesía.

(1) LEVENE, *Historia del Derecho Argentino*, I, págs. 9 y 89, Buenos Aires, 1945. GARCÍA, *La ciudad Indiana*, pág. 57, Buenos Aires, 1923.

(2) SIGFRIDO A. RADAELLI, *Las fuentes de estudio del Derecho en las Provincias*, págs. 15 y 17, Buenos Aires, 1947.

ENRIQUE RUIZ GUIÑAZÚ, *La magistratura indiana*, págs. 19, 37 y 259, Buenos Aires 1916.

LUIS MÉNDEZ CALZADA, *La función judicial en las primeras épocas de la Independencia*, págs. 48, 50 y 51, Buenos Aires, 1944.

“La codicia de los ocupantes y los abusos de la justicia hacían lo demás”, discurre Fornieles ⁽³⁾.

Precisamente, la ley I, título 32 del libro II de la Recopilación de Indias, al instituir el juzgado general de bienes de difuntos y arbitrar un procedimiento para liquidar estas herencias, se propuso corregir los males señalados y asegurar que el importe líquido del caudal hereditario se entregase a los parientes del causante que vivían en la península.

La ley, en considerandos expresivos, da los motivos y fines de la judicatura que se creaba:

“Porque los herederos de los que murieren en nuestras Indias *ex-testamento* y *ab-intestato* adquieran los bienes en que conforme a derecho, cédulas y órdenes dadas por los señores rcyes nuestros progenitores, desde el año mil quiniento y veinte y seis deben suceder, y en su administración y cobranza se ha producido con notable descuido, omisión y falta de la legalidad, mediante las usurpaciones de ministros que los han divertido en sus propios usos y granjerías en perjuicio de los interesados, y esto nos obliga a procurar particular y eficaz remedio para asegurar las conciencias, de suerte que se dé a cada uno lo que es suyo”.

II. ATRIBUCIONES, DEBERES Y CUALIDADES DE LOS OIDORES INVESTIDOS DE ESTA JURISDICCION ESPECIAL

El título 32 ley I del libro II de la Recopilación trata íntegramente “Del juzgado de bienes de difuntos, y su administración y cuenta en las Indias, armadas y bajeles”.

1. *Nombramiento y duración del mandato judicial.* Conforme con la ley 1^a, los virreyes y presidentes de las audiencias, cada uno en su distrito, debían nombrar al principio del año a un oidor, “el que tuvieren por más puntual y observan-

⁽³⁾ *Tratado de las sucesiones*, I, nº 168, pág. 214, Buenos Aires, 1950.

te en el cumplimiento de nuestras órdenes, y le puedan remover o quitar con causa o sin ella, y nombrar otro en su lugar, dándole comisión para lo tocante a la judicatura, hacer, cobrar, administrar, arrendar y vender los bienes de difuntos, así por lo pasado como por lo presente, que Nos le damos poder cumplido para hacer cerca de lo susodicho todo lo que nuestras audiencias reales pudieran hacer con todas sus incidencias y dependencias, anexidades y conexidades; y si de él se apelara o suplicare vaya el pleito a la audiencia, para que los oidores lo determinen, y de lo que determinaren no haya más grado; y a los oficiales de nuestra real hacienda que tengan cuidado de dar los avisos que convengan al juez que ejerciere la comisión, y a los corregidores de los distritos de lo que se les ofreciere; para que las cobranzas se hagan con la diligencia y puntualidad que importa”.

El oidor designado juez general de bienes de difuntos duraba dos años en el cargo, a cuyo término, el virrey o presidente, en su caso nombraba otro en su lugar, “con las mismas cualidades” y sin que por esta ocupación “lleve salario ni ayuda de costa”.

En las provincias donde no había instalada audiencia se autorizó a los gobernadores y oficiales reales a nombrar jueces de bienes de difuntos, y a poner arca. La ley de D. Felipe II de 8 de agosto de 1556, así lo dispone: “Mandamos que los gobernadores y oficiales reales nombren en cada un año un juez de bienes de difuntos que sea cual convenga, y le damos poder cumplido para que use y ejerza lo tocante a estos bienes como si fuera oidor nombrado por el virrey o presidente; y que los oficiales tengan una caja de tres llaves hecha a costa de los bienes en que se ponga el dinero, oro y plata, distinta y separada de la nuestra real hacienda, porque ninguna cosa de estas se ha de depositar, ni estar fuera de la caja, y cada año se remita a la principal de la provincia. Y mandamos que el gobernador tenga una llave, y otra el tesorero, y la otra el juez que fuere nombrado, y todo se remita a los oficiales reales principales en la primera ocasión”.

2. *Jurisdicción originaria y exclusiva.* Por una real orden de Felipe II, dada en Madrid a 10 de noviembre de 1578, se dispone que los mandamientos del juez de bienes de difuntos se guarden y cumplan en el distrito de la audiencia, “y todas las justicias los obedezcan y cumplan sus órdenes, que así conviene a la buena administración de estos bienes” (Ley 2ª). Otra de Felipe IV, de mayo 22 de 1638, ordena que el juez sea amparado en su jurisdicción, y no se introduzca en ella otro tribunal, ni persona alguna (Ley 3ª). La ley 4 prescribe sin embargo que el juez general no exceda de los que debe conocer, si excediere, autoriza al fiscal de la audiencia, por lo que toca a la causa pública, y los demás interesados, “puedan llevar pleitos a la audiencia por vía de esceso, donde de visto, se provea lo que fuere justicia”.

Las leyes 7 y 8 autorizan al juez general a conocer de los bienes de difuntos, aunque sean soldados y aun clérigos que murieren ab intestato; en cambio, si dejaren testamento, han de entregarse los bienes a sus albaceas y herederos por el juez secular.

3. *Depósito de los bienes y reducción a dinero.* La ley 15 prescribe que “el juez general haga entregar en la caja de bienes de difuntos todo lo que en cualquier forma se cobrara, y no permita ni dé lugar a que los comisarios retengan ninguna cantidad por pequeña que sea; y si fueren remisos en entregar lo cobrado, procedan contra ellos, y los castiguen severamente, conforme al tiempo que hubieren tenido en su poder el dinero y hacienda de los difuntos, y están advertidos que a título de acreedores, o por no haberse examinado los recaudos y papeles no han de poder nombrar ningún depositario particular, donde estén los bienes y si fueren géneros o semovientes, o raíces que requieran administración, los hagan entregar al depositario general con cuenta y razón, procurando en todo acontecimiento que luego se reduzcan a dinero, y entre sin retardación en la caja de bienes de difuntos”.

4. *Ajuste de cuentas y remisión de los caudales.* La ley dispone que la cuenta general de bienes de difuntos se ajuste al principio de cada año, con asistencia del oidor, y se remita al consejo, con relación particular de lo que se hubiere hecho en aquel año en los pleitos y negocios de estos bienes, declarando cuántos son y su importancia, y si tienen herederos conocidos, o son vacantes. La ley 33 encarga y manda a los virreyes y presidentes que hagan tomar cuenta a los jueces generales y oficiales reales que tuvieren a su cargo la caja de bienes de difuntos de todo lo que hubiere entrado en ella, y den las órdenes que convengan para que los alcances que se hicieran y el dinero que hubiere se remita con las flotas y galeones a España.

La ley 33 manda a “todas las justicias de los puertos de nuestras Indias que tengan especial cuidado de tomar juramento a todas las personas que quisieran salir de ellas, sobre si han sido a su cargo algunos bienes de difuntos, y si hubieren sido tenedores o albaceas, y pareciendo haberlo sido, o deber algunos bienes de difuntos, no los dejen salir sin llevar testimonio de haber dado cuenta con pago, pena que le darán y pagarán los alcances por los albaceas, testamentarios y tenedores, si de otra forma los dejaren salir, o por su negligencia salieren”.

5. *Jurisdicción del juez general y de la justicia ordinaria.* La Ley 42 ordena que “cuando de algún difunto apareciere testamento y los herederos o ejecutores estuvieren en el lugar donde falleciere o vinieren a él, en tal caso el juez general ni la justicia ordinaria no se entrometan en ello, ni tomen los bienes, y los dejen cobrar a los herederos o cumplidores o ejecutores del testamento”. La Ley 43 advierte “que si el difunto dejare en la provincia donde falleciere notoriamente hijos o descendientes legítimos o ascendientes, con falta de ellos, tan conocidos que no se dude del parentesco por descendencia o ascendencia, no ha de conocer el juez general sino las justicias ordinarias”.

A raíz de una cuestión de competencia suscitada entre el alcalde ordinario y el juez de bienes de difuntos sobre cuál de ellos debía practicar los inventarios en la herencia de D. Juan Antonio Bustamante, quien había dejado tres herederos ausentes en España y siete en Lima, se resolvió por real cédula del Pardo de 31 de enero de 1772, que esa medida de seguridad incumbía al juez general; y para lo sucesivo se estableció que aun en los casos que por las leyes debieran conocer las justicias ordinarias, si por razón de legados o de otro cualquier motivo, tuvieren intereses personas residentes en España, los jueces ordinarios debían comunicarlo al juez general para que en tiempo oportuno éste enviara el caudal correspondiente a España, con noticia de aquellos magistrados.

6. *Conclusión*: En resumen, de las reales órdenes contenidas en el libro II, título 32 de la Recopilación de Indias, se desprende que el juez general era un magistrado que actuaba separado de la justicia ordinaria. Es decir, que tenía jurisdicción originaria y exclusiva en todas las sucesiones ab intestato o testamentarias en las que el causante no hubiera dejado herederos conocidos en la provincia de su fallecimiento. Disponía al efecto de facultades plenas para practicar inventarios, incautarse de los bienes, nombrar depositarios y ejecutores y reducir los bienes a dinero con el objeto de enviar su producido a España, deducidos los gastos inherentes al trámite prescripto. El dinero se depositaba en la Casa de contratación de Sevilla.

En cambio, si había herederos presentes, este juez especial carecía de jurisdicción y actuaba la justicia ordinaria.

En rigor, como lo advierte Fornieles, no podría sostenerse que el juez general tuviese a su cargo la tramitación del juicio sucesorio, pues, sólo se limitaba a recoger los bienes y transformarlos en dinero. El Estado a modo de un representante natural de las personas ausentes se encargaba mediante este funcionario de liquidar en nombre de ellas la sucesión y de entregarle el dinero en su domicilio. El juicio propiamente

te dicho se realizaba en España, ya que la Real Audiencia de Cádiz era la autoridad judicial que llamaba a los interesados por edictos y entregaba a los herederos, previa justificación de su carácter, el caudal neto de la herencia (4). También por medio de empleados se averiguaba en los pueblos si existían herederos, pero el costo excesivo de tales diligencias obligó a abandonar esa práctica (5).

III. LA LEY 43, TITULO 32, LIBRO 2º DE LA RECOPIACION DE INDIAS Y LA POSESION HEREDITARIA EN EL CODIGO CIVIL ARGENTINO

En el título IV, sección I del libro IV del código civil bajo el acápite "De los Derechos y Obligaciones del Heredero", Vélez Sársfield instituye la posesión hereditaria. No se ignora que es ésta una de las instituciones más criticadas de la trascendental obra del codificador. Es evidente por lo demás que el libro

(4) *Op. cit.*, I, pág. 182; RÉBORA, *Derecho de las sucesiones*, I, pág. 199, Buenos Aires, 1932; LAFAILLE, *Sucesiones*, I, págs. 208 y sgtes., Buenos Aires, 1932.

(5) Las frecuentes dificultades del erario real lo inducía a apropiarse de los bienes de difuntos, no respetándose el destino de los fondos. Fornieles, en su Tratado (I, Ns. 168 y 169) trae sustanciosas notas tomadas del Archivo de Indias. Allí dice que la frase corriente "tratar una cosa como bienes de difuntos" debe provenir de estas prácticas, y de los abusos que se cometían en América, a pesar de las órdenes rigurosas que se enviaban desde España.

MANUEL JOSEF DE AYALA, *Diccionario de Gobierno y legislación de Indias*, II, pág. 185, palabra Bienes de difuntos.

La ley LIX, título 32, libro 2º, disponía imperativamente: "Mandamos a los virreyes y presidentes de las audiencias, que sin omisión alguna hagan enterar las cajas de bienes de difuntos de las cantidades que se le debieren, y de ellas se hubieren sacado de hecho, y que se remitan en la forma que se acostumbra a la casa de la contratación de Sevilla, y que por ninguna causa ni razón se valgan de este genero para ningún efecto, *porque es hacienda agena*".

La Ley LXVIII, deoraba: "Ordenamos y mandamos a los generales de nuestras armadas y flotas de la carrera de Indias que para los gastos y provisiones que se ofrecieren en el viaje, ni otro ningún caso,

IV se resiente de la premura con que debió redactarlo y de las diversas y contradictorias fuentes que lo inspiraron.

En la transmisión universal por causa de muerte, según el sistema del código, el heredero continúa la persona del difunto, por lo cual sucede en los derechos y obligaciones de éste sin intervalo de tiempo, es decir, desde el instante mismo de la muerte (arts. 3282, 3415, 3417, 3418 y 3420). La posesión hereditaria, distinta de la posesión propiamente dicha, resulta así una investidura legal en cuya virtud se considera al heredero que posee los bienes del difunto sin necesidad de realizar ningún acto de aprehensión material.

Sin embargo, la posesión no se acuerda de la misma manera a todos los herederos. Así, a los ascendientes, descendientes y cónyuge les otorga la posesión de pleno derecho, sin ninguna formalidad o intervención de los jueces, aunque ignoren la apertura de la sucesión y su llamamiento a la herencia (art. 3410, reforma por la ley 17.711). En cambio, los demás parientes y herederos instituidos en testamento válido, no les permite obrar como dueños de los bienes transmitidos en tanto la justicia no reconozca su vínculo con el "de cujus" (arts. 3412 y 3413). De este modo tan sólo los ascendientes, descendientes y cónyuge desde la apertura de la sucesión (arts. 3279 y 3282), tienen la propiedad y posesión de los bienes relictos y pueden disponer de ellos como si lo hiciera el propio causante (art. 3414). Empero, este poder de disposición, en la vida de nuestro derecho, es más teórico que real, porque la verdad es que ningún heredero contrata sin exhibir la declaratoria respectiva que lo inviste de la calidad de tal o la autorización concedida por el juez de la sucesión.

no se valgan de las partidas de bienes de difuntos, pena de suspensión de sus oficios, en que incurran desde el día de la contravención, y de que mandaremos cobrar de sus personas y bienes lo que tomaren de los difuntos, y el presidente y jueces oficiales de la casa se lo hagan notificar al tiempo que se presentaren en ella con el título, y a la vuelta de él se ponga la notificación para que no se puedan pretender ignorancia".

Vélez Sársfield en la larga nota que pone al pie del artículo 3410 para fundamentar la institución, se detiene a considerar que esta difícil e importante materia está diversamente legislada en los códigos que conoce, y a su juicio, de una manera incompleta. Luego de examinar las leyes romanas, el código francés y la legislación española, se refiere especialmente a las leyes de Indias, algunas de las cuales hemos recordado en el capítulo anterior, para concluir así:

“Este derecho de Indias es el que seguimos en este Título, limitando la posesión hereditaria por derecho sólo a las sucesiones entre ascendientes y descendientes, siguiendo en los demás casos de sucesiones intestadas la L. 6, Tít. 22, Lib. 10, Nov. Rec., que hemos citado, en las sucesiones por testamento lo que dispone la Ley de Partida también citada. Creemos tener tanta más razón para no dar la posesión hereditaria en las sucesiones intestadas a todos los herederos legítimos, como lo hace la Ley Francesa, cuanto que, por este Código, creamos otros herederos legítimos a más de los que reconocían las Leyes Españolas, tales como los hijos y padre naturales, marido y mujer en los casos que se designan”.

Pues bien; aunque Vélez Sársfield confiesa haberse inspirado en las leyes de Indias para legislar sobre esta institución, no se descubre en ellas ninguna norma relativa a la posesión hereditaria. La ley 43 que invoca en apoyo de su tesis alude como hemos visto a un caso de competencia de la justicia ordinaria. No se excluía la jurisdicción del juez general de bienes de difuntos para otorgar de pleno derecho la posesión a los ascendientes y descendientes conocidos y presentes, sino que éstos debían acudir a la justicia ordinaria. En realidad, los antecedentes de la institución incorporada al código se hallan en la *saisine*, nacida en las aldeas feudales de ciertas regiones de Francia. Esta práctica antigua pudo justificarse en épocas anteriores, pero es evidente que no responde a la complejidad y exigencias de la vida contemporánea. El código, como lo afirma Bibiloni, organiza

una posesión clandestina cuya filiación ha de buscarse en el código francés. Lo cierto es que en la práctica siempre hay necesidad de un acto jurisdiccional del poder público que verifique la calidad de heredero en relación con los terceros. Y esto lo requerían las leyes de la colonia ya examinada.

Comenta Fornieles que sólo una apreciación equivocada del Dr. Vélez le habría permitido crear el sistema del código, ya que las leyes de Indias se sirvieron de la notoriedad del vínculo, no para conferir la posesión hereditaria, ajena a las costumbres jurídicas españolas, sino para resolver un caso de jurisdicción (°).

IV. BIBILONI, EL PROYECTO DE REFORMAS DE 1936, EL ANTEPROYECTO DE 1954 Y LA DECLARATORIA DE HEREDEROS

El autor del anteproyecto abandona el sistema del código y restaura la declaratoria de herederos del derecho español (°). Lo mismo hace la Comisión Reformadora de 1936 y el Anteproyecto de 1954, siguiendo ambos el criterio de Bibilo-

(°) *Op. cit.*, I, nº 619, pág. 219; RÉBORA, *op. cit.*, I, 199 y sgtes. cuyo autor recuerda que los juzgados de bienes de difuntos fueran suprimidos por el art. 37 del *Reglamento de institución y administración de justicia del Gobierno Provisional de las Provincias Unidas del Río de la Plata*, dictado el 23 de enero de 1812.

Actas del Cabildo de la ciudad de Santa Fe. Publicación oficial, 1944, 1ª serie, t. 2, págs. 17 y sgtes. Se inserta el acta del Cabildo de fecha 19 de Febrero de 1590 sobre exhibición de título de juez de bienes de difuntos a favor de Lorenzo Suárez de Figueroa, discernimiento del cargo y toma de posesión, como también las actuaciones relativas a la fianza otorgada por éste para ejercer esa magistratura, y los actos de acatamiento a la carta real de los Cabildos de Santiago del Estero, Córdoba y Santa Fe. Este mismo documento fue publicado en *Actas del Cabildo Colonial* (años 1575 a 1595). Recopiladas y publicadas por el Dr. Manuel M. Cervera, 1924, t. 1, págs. 102 y 103. Ed. oficial. Santa Fe.

(°) *Anteproyecto*, III, pág. 402, arts. 2989 a 3007, Buenos Aires, 1940.

ni (⁶). Este con su tono polémico habitual examina los antecedentes legislativos invocados por Vélez Sársfield para introducir en nuestro derecho nacional la *saisine* del derecho francés que lo contradecía.

Pasa así revista al Fuero Real, L. 2, título 7, Libro 3, que sólo se ocupa de resolver las condiciones en que los guardadores de menores deben hacerse cargo de sus bienes. Sobre la ley 45 de Toro que disponía que "las cosas de mayoradgo agora sean villas o fortalezas, o de otra cualquier calidad q. sean, muerto el tenedor del mayoradgo, luego sin otro acto de aprehensión de posesión se traspase la posesión civil e natural en el siguiente grado...", anota que ninguno de los comentadores entendió que se apoyaba en precedente alguno español. Al contrario, la fundaron en la costumbre observada en Francia. Recalca que el derecho común era el de la L. 6, Título 22, Libro 10, Nov. Recopilación. Según ella: "Quando alguno muriere sin hacer testamento, y no dexare *parientes conocidos dentro del quarto grado...*" se abría un procedimiento ante los jueces igual al que hoy seguimos en los abintestatos. Se llamaba por edictos a los que se consideraban con derecho a los bienes, y se entregaban a los que justificasen su derecho. En cuanto a la ley 3, título 34, Libro 11 del mismo cuerpo legal tampoco dispondría lo que afirma el codificador, puesto que se refiere al apoderamiento de la herencia por terceros que pretenden estar "vaca la posesión" en perjuicio de los hijos o nietos u otros parientes propincuos, y los jueces, sin forma de juicio, y por acción sumaria, amparan a los herederos despojados. Se trataría de una acción posesoria. En cuanto a la ley 43, título 32, Libro 2 de la Recopilación de Indias, ya se ha visto que no importaba ni mucho menos una derogación del derecho español entonces vigente.

Por todo ello, Biliboni exclama tajante: "La ley de Indias no cambia, pues, nada. Cuando no hay herederos cono-

(⁶) *Reforma del Código Civil*, págs. 202 y 689, art. 1909 a 1916, Buenos Aires, 1936; *Anteproyecto de 1954*, arts. 701 a 705.

cidos, interviene el juzgado de bienes de difuntos. Cuando los hay, la justicia ordinaria. No hay nada en la ley que autorice a ver en ella la exclusión de la intervención judicial. No hay posesión lege. No hay saisine. Las leyes 44 y 45 nada alteran de esas conclusiones. Hay una completa demostración de que en toda hipótesis intervenían los jueces. Nos referimos a la práctica todavía vigente, que contradice lo que se pretende establecido por derecho de Indias. Nos referimos a una situación que el código deja en profundo silencio, y que nos proponemos introducir en él. Es la declaratoria de herederos”.

Razón sobrada tiene este autor para afirmar que la saisine ha muerto. Y es que en nuestro país nadie contrata ni celebra acto jurídico alguno ni actúa ante los organismos oficiales en calidad de heredero sin exhibir el auto judicial que así le confirma. Resulta, por tanto, innegable que gracias a las leyes procesales ha supervivido una institución de la mayor utilidad y eficacia que ha sido proscripta del código civil sin fundamento serio.

V. — LA POSESION DE LA HERENCIA EN LA LEY 17.711

En el sistema del código la posesión de la herencia es la investidura de la calidad de heredero sin la cual éste no puede “ejercer ninguna de las acciones que dependen de la sucesión, ni demandar a los deudores, ni a los detentadores de los bienes hereditarios”. Y a su vez, los herederos tampoco pueden ser demandados por los acreedores hereditarios u otros interesados en la sucesión (art. 3414).

La investidura, que es la posesión de la herencia, según el art. 3410 correspondía de pleno derecho a los herederos forzosos del causante: ascendientes y descendientes. No se justificaba, por cierto, que no se incluyese al cónyuge, también heredero forzoso, por lo que la ley 17.711 salva esa omisión.

Los otros herederos ab intestato y los testamentarios deben pedir a los jueces la posesión hereditaria conforme surge de los arts. 3412 y 3413. Sin embargo los reformadores omitieron eliminar la mención de "los cónyuges" en el art. 3412, aunque en este caso no cabe duda ninguna que prevalece la norma fundamental del art. 3410. Borda (°) señala que la omisión carece de trascendencia práctica y que la Comisión limitóse a reformar los artículos en donde se establecían las reglas básicas, sin ocuparse de retocar el resto del articulado que resultaba afectado por la reforma.

La ley 17.711 derogó además el art. 3411 que disponía que aun los descendientes o ascendientes que estuvieren fuera de la república o fuera de la provincia donde se hallaren los bienes, para tomar ellos la posesión de la herencia, debían pedirla al juez del territorio, acreditando la muerte del autor de la sucesión y su título a la herencia.

Este artículo había dado lugar a dificultades de interpretación y a que se abriesen distintos juicios sucesorios en los lugares donde existieran bienes. Naturalmente, esto chocaba con la unidad de la sucesión y con el reconocimiento del carácter de heredero que es único e indivisible (arts. 3282, 3419 y 3420). La Corte Suprema de la Nación en un caso de gran repercusión sostuvo la verdadera doctrina y revocó una sentencia de la Corte de la Provincia de Buenos Aires que negaba la inscripción de una declaratoria de herederos solicitada por un juez de Jujuy mediante exhorto. Tal negativa además de violar el principio de la unidad de la sucesión adoptado por el Código, desconocía la garantía constitucional de respeto de los procedimientos judiciales de una provincia en las demás (art. 7, Const. Nac., Fallos 17-298).

Todavía el art. 3411 daba lugar a otros conflictos relacionados con la posesión de la herencia, pues algunas veces se entendió que los herederos debían obtenerla de los jueces con jurisdicción donde los bienes estuvieren, confundiendo así la

(°) BORDA, *La reforma de 1968 al Código Civil*, Bs. As., 1971, n° 428.

posesión hereditaria con la posesión material de los mismos, sin reparar que la declaratoria de herederos es válida en toda la república, lo cual significa que el heredero mediante este instrumento ha entrado en posesión de toda la herencia, cualquiera fuere la provincia donde se hallaren los bienes del causante. Borda anota con exactitud que la derogación dispuesta por la ley 17.711 eliminó los problemas y consagró legislativamente la jurisprudencia de la Corte Suprema, clarificando el sistema legal sobre el alcance y valor en todo el territorio de la república de la declaratoria de herederos dictada por el juez de la sucesión ⁽¹⁰⁾.

Cabe asimismo destacar que se ha mejorado sensiblemente el art. 3430 al expresar con mayor precisión el concepto de heredero aparente, como los caracteres de la buena fe del tercero que con él contrata, pues se establece que tan sólo es heredero aparente aquel que ostente en su favor una declaratoria de herederos o la aprobación judicial de un testamento, en tanto la buena fe del tercero se induciría de la ignorancia de sucesores de mejor derecho o que estuvieren judicialmente controvertidos los derechos del heredero aparente.

En rigor, la ley 17.711 sólo introdujo algunas correcciones oportunas al sistema de la posesión hereditaria organizado por Vélez Sársfield en base a remotos antecedentes franceses, pero pasó por alto el hecho cierto de la inexcusable exigencia de contar con la declaratoria de herederos, verdadera investidura de tal, tanto para aquellos herederos que tienen la posesión de pleno derecho, como para los que no la tienen, y que configuran tan evidente realidad en la vida práctica del derecho sucesorio argentino que hubiese aconsejado sustituir el título contradictorio y confuso de la posesión hereditaria por el de la declaratoria de herederos, tal como lo auspició Bibiloni y los sucesivos proyectos de reforma del Código Civil que han seguido la misma orientación ⁽¹¹⁾.

⁽¹⁰⁾ *Ob. cit.*, nº 429, pág. 596.

⁽¹¹⁾ BIBILONI, *Anteproyecto*, arts. 2989 a 3007; *Proyecto de 1939*, arts. 1909 a 1916; *Anteproyecto de 1954*, arts. 801 a 705; *Proyecto De Gásperi*, arts. 3198 a 3205.