

EL PROBLEMA DE LA CONTINUIDAD DE LA PROPIEDAD FAMILIAR AGRARIA

THE PROBLEM OF THE CONTINUITY OF AGRARIAN FAMILY PROPERTY

JUAN BAUTISTA FOS MEDINA

Pontificia Universidad Católica Argentina

RESUMEN. La propiedad rural sufre un proceso de pulverización que provoca la paulatina disminución de las explotaciones rurales medianas y polariza la tenencia de la tierra entre grandes y pequeños propietarios. Dentro de ese contexto la familia rural es la más afectada porque las grandes extensiones rurales pertenecen a grandes sociedades comerciales, mientras que las explotaciones de dimensiones mínimas no alcanzan a cubrir las necesidades de las familias campesinas, que se ven forzadas a migrar a las ciudades, despoblando así el campo y desarraigándose del suelo. Una de las principales causas de este fenómeno de atomización rural es la división forzosa e igualitaria de la herencia que normalmente obliga a enajenar el patrimonio familiar que, en el caso de la familia campesina, consiste generalmente en un inmueble rural que alcanza apenas a cubrir las necesidades

de una sola familia. El problema de la continuidad de la propiedad agraria familiar no es nuevo, sino que ha sido durante siglos la preocupación principal del derecho sucesorio, pero se ha agravado en el último siglo y medio como consecuencia de la imposición en la legislación occidental de un sistema rígido de legítimas grandes, por influjo de la codificación de matriz iluminista. En el mundo hispánico y en la vieja Europa el derecho histórico preveía varios institutos, que aún perviven muchos de ellos en el Derecho de Occidente y sobre los que damos cuenta en este estudio.

PALABRAS CLAVE. Sucesiones. Historia del derecho. Derecho agrario. Derecho comparado. Derecho foral.

ABSTRACT. Rural property undergoes a process of pulverization that causes the gradual decline of medium-sized rural holdings and polarizes land tenure between large and small owners. Within this context, the rural family is the most affected because large rural areas belong to large commercial companies, while small farms are not enough to meet the needs of peasant families, who are forced to migrate to the cities, thus depopulating the field and uprooting itself from the ground. One of the main causes of this phenomenon of rural atomization is the forced and egalitarian division of inheritance that normally forces the alienation of family assets which, in the case of the peasant family, generally consist of a rural property that barely covers the needs of a single family. The problem of the continuity of family agrarian property is not new, but has been the main concern of inheritance law for centuries, but it has worsened in the last century and a half as a result of the imposition in Western legislation of a rigid system of large legal reserves, due to the influence of the illuminist matrix coding. In the Hispanic world and in old Europe, historical law envisaged various institutes, many of which still survive in Western Law and on which we report in this study.



KEY WORDS. Inheritance. History of law. Agrarian law. Comparative law. Provincial law.

1. La propiedad familiar agraria y el fenómeno de la subdivisión excesiva de la tierra

Cuando a fines de la década del ochenta comencé mis estudios de Derecho, paralelamente empezó mi relación frecuente con la pampa bonaerense. Fue cuando advertí por vez primera una serie de fenómenos entrelazados, como la migración del campo a la ciudad, la despersonalización de las empresas agropecuarias, así como el desarraigo y la pérdida de los campos y de las estancias por parte de viejas familias campesinas o terratenientes. Asimismo, observé que el sistema de división forzosa e igualitaria de las herencias, basado en porciones legitimarias largas, subdividía excesivamente la propiedad rural¹.

En efecto, dicha fragmentación parcelaria genera la reducción del tamaño de las unidades agropecuarias, el aprovechamiento antieconómico del suelo y, luego, la venta de tales explotaciones, frecuentemente adquiridas por sociedades comerciales y, mayormente, por empresas de grandes capitales extranjeros respecto de las de mayor tamaño.

A su vez, la atomización predial produce la polarización de la propiedad rural en pequeñas y grandes unidades de producción agraria siendo afectada, principalmente, por dicho proceso, la mediana explotación agropecuaria.

Ahora bien, las unidades agropecuarias se pueden clasificar en tres grandes tipos: a) explotaciones unipersonales o familiares (*v.gr.* de profesionales, comerciantes, indivisiones hereditarias, etc.); b) unidades de tipo campesino; c) empresas agropecuarias capitalistas.

1. Quizás mejor llamadas porciones legales, si utilizamos el término sucesión legal en lugar de sucesión legítima, como se distingue expresamente en la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra.

Dichas unidades agropecuarias pueden pertenecer a: a) una persona física; b) a un condominio; c) a una persona jurídica (generalmente sociedades comerciales).

La explotación familiar agraria se asienta, entonces, sobre un inmueble rústico, sea de una persona física, de una persona jurídica o de un condominio, cuyo uso y aprovechamiento económico es realizado por una o varias familias, residan o no éstas en el fundo con la maquinaria, implementos e insumos propios de la actividad².

En la Argentina, en un informe realizado por la Sociedad Rural Argentina poco después que el Código Civil cumpliera cien años de vigencia, se indicaba que el promedio anual de ventas en la provincia de Buenos Aires era de alrededor del 3% de su superficie total lo que implicaba, en términos estadísticos y bajo las mismas condiciones, que cada 33 años (es decir, en una generación) toda la tierra rural de la provincia se vendiera o, lo que es lo mismo, cambiara de dueños. De ello, un alto porcentaje correspondía a parcelas formadas como consecuencia de subdivisiones hereditarias. En dicho estudio «se deduce la ausencia de continuidad familiar en las explotaciones»³.

2. Puede emplearse también el término propiedad familiar. Éste resulta mejor expresión jurídica que dominio familiar porque comprende, además del derecho real de dominio sobre muebles e inmuebles de una familia, el cúmulo de derechos reales y personales, convenientes para la continuidad del establecimiento agropecuario familiar, obviamente, también con los derechos sucesorios. Dejando de lado este distingo jurídico, prefiero la palabra dominio en castellano y *domaine* en francés, así como la voz latina *dominus* y sus declinaciones.

3. Saturnino M. ZEMBORAIN, *La verdad sobre la propiedad de la tierra en la Argentina. Los orígenes de la propiedad, la movilidad social y el proceso de subdivisión de la tierra*, Buenos Aires, Instituto de Estudios Económicos de la Sociedad Rural Argentina, 1973, p. 51. Ver también: Patricio H. RANDLE, *Geografía Histórica Argentina. Compendio*, Buenos Aires, SENOC. Asociación para la Promoción de Sistemas Educativos no Convencionales, 1987. La estadística que utilizamos pretende no ser aquella que criticaba en el siglo XIX duramente el periodista del Limousin, Léonard Gorse, para quien la estadística era un papeleo infalible que cuesta millones, producto de la estupidez moderna. «La estadística es una de las plagas de la justicia y



Vélez Sarsfield, autor de dicho Código, se oponía a los mayrazgos, a las vinculaciones y a todo lo que consideraba una traba a la propiedad (capellanías, mejoras, sustituciones fideicomisarias) porque, según su parecer, estancaban los bienes e impedían la circulación de la riqueza. En este sentido, se ha dicho que su Código fue individualista, como la época, así como también que fue un Código «colonizador», destinado a un país que debía entrar en la vía del progreso.

Con todo, se alzaron algunas voces contrarias a los efectos nocivos de la división obligatoria e igualitaria del Código Civil para la economía y la constitución familiares, provenientes casi exclusivamente de los especialistas en Derecho agrario, además de algunas tímidas alusiones, sin llegar a ser críticas directas, de un puñado de civilistas⁴.

Es que el Código velezano mantenía la porción legitimaria de los descendientes en cuatro quintos heredada del derecho castellano pero, a la vez, suprimía la mejora y las vinculaciones que permitían una mayor amplitud de disposición testamentaria que la legislada en aquel Código.

La mejora era un instituto que tenía vigencia desde el derecho visigótico y tuvo aplicación efectiva en Indias, teniendo en Buenos Aires un uso regular. La mejora del tercio otorgaba una cierta flexibilidad para disponer del patrimonio familiar y servía para aumentar la cuota hereditaria de algún heredero (unas veces se instrumentaba para favorecer a algún hijo, otorgándole el solar de la familia, otras muchas veces para premiar los servicios de algún hijo, en general las hijas, por haber cuidado al causante en sus últimos años de vida).

debe acabar asfixiándola bajo el peso de cifras mentirosas». Léonard GORSE, *Le Réveil de la Province, Journal Limousin*, n. 23, 26 de junio de 1870.

4. Se sumaron a ellos, desde principios del siglo XX, algunos juristas y legisladores que, sin entrar específicamente en la cuestión de la pulverización de la propiedad rural, propiciaron la libertad de testar o la reducción de las porciones legitimarias. De manera tal que, respecto de los descendientes, previeron reemplazar la cuota legitimaria original del Código Civil de cuatro quintos por otra menor de dos tercios de la herencia. Esta última posición fue reiterada en varias de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Argentina).

Las vinculaciones autorizaban a perpetuar un fundo rústico en la familia. No obstante, siendo una solución rígida, como ha sostenido Vallet de Goytisolo y, quizás, como consecuencia de una mentalidad más igualitaria en Buenos Aires que en otras ciudades del antiguo Imperio hispánico, como ha sostenido Mariluz Urquijo, fueron pocos los mayorazgos que se constituyeron en el viejo territorio rioplatense.

Ahora bien, volviendo al proceso de pulverización parcelaria, en un documento de la Conferencia Episcopal Argentina, basado en los últimos censos agropecuarios, se indicó que entre los años 1998 y 2008 desaparecieron en la Argentina casi 150.000 explotaciones agropecuarias⁵, lo que estadísticamente implica, 40 establecimientos menos por día en dicho período⁶.

5. CONFERENCIA EPISCOPAL ARGENTINA (CEA), *Una tierra para todos*, Buenos Aires, Comisión Episcopal de Pastoral Social. Comisión Episcopal de Pastoral Aborigen, Comisión Episcopal Caritas, Observatorio de la deuda social Argentina/UCA, 2005, p. 26. El número exacto de explotaciones agropecuarias era 147.631. Ver también José CRETZAZ, «La crisis del campo. Primeros datos oficiales. Cerraron 60.000 explotaciones agropecuarias desde 2002. El dato, que surge del censo 2008 del sector, señala una mayor concentración del negocio rural». Y Félix SAMMARTINO, «El análisis. El fracaso más inesperado», *La Nación* (Buenos Aires), Sección 2, Economía & Negocios, 8 de septiembre de 2009.

6. Asimismo, en 2002 el 10% de las explotaciones agropecuarias más grandes del país concentraba el 78% del total de las hectáreas registradas. Otro estudio observó también que, desde 1960, los pequeños propietarios rurales de la Provincia de Buenos Aires fueron desapareciendo, así como en la década siguiente (1972-1988) aumentan la cantidad y la superficie de las explotaciones en poder de sociedades comerciales. Testimonios recogidos entre la gente del campo revelan la problemática de la subdivisión predial: «los hijos se han ido, se han dedicado a otra cosa. No había rentabilidad para tanta gente, por la subdivisión que hubo en la tierra [...] las parcelas eran chicas [...]», u «había ocho chicos con 40 hectáreas, no hacían nada». Javier Balsa, *El desvanecimiento del mundo chacarero. Transformaciones sociales en la agricultura bonaerense. 1937-1988*, 1ª ed., Bernal (Buenos Aires), Universidad Nacional de Quilmes Editorial, 2006, pp. 161, 168, 231-244. Y Eduardo Basualdo y Miguel Khavisse, «La gran propiedad rural en la provincia de Buenos Aires», *Desarrollo Económico*, vol. 34, n. 134 (1994), p. 16, disponible en http://legacy.flasco.org.ar/uploaded_files/Publicaciones/Basualdo_Khavisse_La.gran.propiedad.rural.en.la.prov.de.Buenos.Aires%5B224%5D.pdf,



Según investigaciones recientes, dicha discontinuidad ocurre cuando en el modo de vida rural no se prioriza el mantenimiento inter-generacional de la unidad familiar y cuando ésta pierde su carácter familiar⁷.

La pulverización de la propiedad agraria y el crecimiento de la población urbana son fenómenos que, en mayor o menor medida, se manifiestan actualmente en todo Occidente⁸.

fecha de consulta 28/09/2020. Es que es generalmente aceptado por los especialistas de cualquier signo político, que debe existir una escala económica viable en la explotación agropecuaria, de ahí también la importancia del tamaño de las propiedades para la continuidad de la explotación; en caso contrario las pequeñas propiedades están condenadas a desaparecer al ser más vulnerables, no lograr competir con las grandes unidades agropecuarias y estar sujetas a la subdivisión por herencia. Por eso, la importancia de un desarrollo agrario basado en la mediana explotación familiar.

7. Javier Balsa, *op. cit.*, pp. 257-259. La excesiva subdivisión de las explotaciones rurales familiares ha traído, en el orden social, la inestabilidad en las familias y la pérdida de trascendencia social y, en el orden económico, la progresiva disminución de la actividad en la explotación agropecuaria, la descapitalización y la migración a las ciudades. Todo ello, provoca el paulatino desarraigo de la familia respecto del campo.

8. La catedrática de Derecho Civil de Valladolid, Torres García, ha observado también que «el excesivo fraccionamiento de la propiedad rústica ha sido puesto de relieve tanto por los economistas como por los estudiosos del Derecho Agrario. El origen de tal situación suele señalarse que se encuentra en el régimen sucesorio del Código civil, el cual, partiendo de los postulados individualistas del Código civil francés, ha constituido un obstáculo para la conservación de la unidad de la explotación agrícola». Y agrega que «Napoleón ponderó el Código civil como máquina de pulverizar la propiedad, útil para acabar con el poder social y político de las grandes familias, pero su cálculo falló y con ello se destruyó la mediana y pequeña explotación [...]. El régimen sucesorio del Código civil si no impone, al menos facilita grandemente la atomización campesina». Teodora Felipa TORRES GARCÍA, «La explotación agrícola familiar: su conservación en la sucesión “mortis causa” del titular. Artículo 35 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario», *Anuario de derecho civil* (Madrid), v. 33, n. 2 (1980), pp. 335-388, p. 335. Ver Juan Bautista FOS MEDINA, «La legítima sucesoria y la atomización de la propiedad rural en la Argentina», *Prudentia Iuris* (Buenos Aires), n. 70 (2011), pp. 85-98. En algunos países la atomización predial no ha sido tan grave porque cuentan con varios mecanismos que intentan frenar dicho proceso, sea mediante el régimen sucesorio, sea mediante incentivos, sea mediante recomposición territorial o bien porque existe mayor estabilidad socioeconómica. En

Con el transcurso del tiempo, la propiedad ha sufrido un proceso mediante el cual la propiedad colectiva devino en propiedad familiar y, luego, en una última etapa en propiedad indi-

un informe de la FAO, según el cual el componente generacional es uno de los más prevalentes en las definiciones sobre los aspectos sociales de la agricultura familiar, «la herencia también puede implicar la fragmentación de la propiedad de la tierra, probablemente más problemática en las áreas rurales donde el empleo no agrícola, la movilidad social y/o la tierra son limitados. Esto también puede convertirse en un problema para el futuro de la agricultura familiar, ya que la fragmentación significa parcelas más pequeñas». Ello ocurre, de acuerdo con el estudio referido, en el noroeste africano: «Si bien no siempre es la regla, la muerte del jefe de hogar a menudo conduce a la división de la familia en dos o más unidades separadas, con una división de la tierra y otros activos. Esta fragmentación puede hacer que se vuelvan más vulnerables al riesgo y menos capaces de mantener el ganado y el equipo necesarios para administrar la granja». Para las autoras, no ocurre lo mismo en Israel ni en Noruega, donde se verifica la sucesión de la finca rústica familiar a un solo heredero, por disposición de la ley o por la fuerza de la tradición, respectivamente. Elizabeth GARNER y Ana Paula DE LA O CAMPOS, «Identifying the “family farm”: an informal discussion of the concepts and definitions», ESA Working Paper n. 14-10, Rome, Food and Agricultural Organization of the United Nations, FAO, 2014 (la traducción es nuestra). Disponible en: <http://www.fao.org/3/a-i4306e.pdf> (fecha de consulta 28/9/2020). Respecto del proceso migratorio actual, es un dato estadístico la constante migración de la familia rural a las zonas urbanas. De acuerdo con la distribución de su población, la Argentina tiene una población inmensamente urbana con un 91,03% de la población con residencia en localidades de más de 2000 habitantes. Por lo demás, a la fecha del Censo, el 3,26% de la población argentina vivía en localidades de menos de 2.000 habitantes (población rural agrupada), mientras que el 5,72% en población rural dispersa (en viviendas a campo abierto). Cfr. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y CENSOS INDEC (República Argentina), *Censo Nacional de 2010, Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2010* [en línea]. Disponible en: <https://www.indec.gob.ar/informacion-web/Nivel4-Tema-2-18-77>. [Fecha de consulta: 16 de mayo de 2020]. En el caso de España, por ejemplo, la población urbana se encuentra regularmente distribuida por todo el territorio, por más que la población total nunca fue alta respecto de las demás naciones europeas. Además, también según las Naciones Unidas, actualmente el 55% de las personas en el mundo vive en ciudades y se estima que esta proporción aumentará hasta un 13% hacia 2050. NACIONES UNIDAS, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales: «Las ciudades seguirán creciendo, sobre todo en los países en desarrollo», 15/05/2018. Disponible en <https://www.un.org/development/desa/es/news/population/2018-world-urbanization-prospects.html>. Fecha de consulta: 12/09/2020.



vidual. A cada momento le corresponde, respectivamente, un tipo de familia: la tribu o el clan, la gran familia y la pequeña familia o familia inestable, como le llamaba Le Play⁹.

En tanto, la propiedad familiar, objeto de nuestro estudio, ha tenido tres grandes tipos: a) comunidades patriarcales (reunían varias ramas de una misma familia bajo la autoridad de un antepasado común ya fuese, por ejemplo, un abuelo o un bisabuelo); b) comunidades de hermanos (*v.gr.* Montpellier, siglo XV) y c) propiedades de heredero único (familia estirpe o troncal).

Asimismo, se pueden mencionar como caracteres de la familia rural la menor densidad poblacional, la homogeneidad profesional, la falta de diferenciación de funciones, el aislamiento geográfico y social, la uniformidad religiosa, la ausencia de claras diferencias de clases y la mayor cohesión, unidad y solidaridad. Mientras que las características de la familia urbana son, más bien, la emancipación, la desintegración familiar y el individualismo¹⁰.

2. El sentido hereditario y familiar de la propiedad

La propiedad es un derecho natural secundario, derivado del derecho de todo hombre a la libre disposición de los bienes a fin de procurar lo necesario para su subsistencia.

Esos bienes no corresponden a personas determinadas, sino que están sujetos a la apropiación del hombre (individual o social), de acuerdo con su trabajo, sus capacidades y sus méritos.

9. Según Frédéric Le Play, además, la familia estirpe (la *famille-souche*), es la institución por excelencia de los pueblos sedentarios. Ella se ha extendido en los Estados escandinavos, en Holstein, en Hannover, en Westfalia, en Baviera meridional, en Salzburgo, en Carintia, en el Tirolo, en los pequeños cantones suizos, en el norte de Italia, en España y en Francia en las zonas rurales. Frédéric LE PLAY, *L'organisation de la famille, selon le vrai modèle signalé par l'histoire de toutes les races et de tous les temps*, Tours, Alfred Mame et fils, libraires-éditeurs, 1884, p. 31.

10. Luis MARTÍN-BALLESTERO HERNÁNDEZ, «De la familia foral a la familia agraria: La explotación familiar rural y la protección a su integridad», *Revista del Derecho Privado* (Madrid), n. 11 (1982), pp. 1035-1036. Tanto para una, como para otra, es fundamental y prioritario fortalecer en la familia la unión natural entre varón y mujer, la monogamia, la indisolubilidad y la procreación.

La propiedad familiar será el ámbito, entonces, para el desarrollo humano donde el hombre desplegará sus primeras cualidades para continuarlas, luego, en la sociedad¹¹.

Asimismo, según la ley natural, la propiedad es necesaria al hombre no sólo para su sustento, para su abrigo, para su privacidad, para su desarrollo sino también para su estabilidad.

La cuestión de la continuidad de la propiedad familiar se enfrenta con una realidad humana tan indefectible como la muerte, la que pone término a la vida humana y a un cierto estado de cosas así como, a menudo, termina con la unidad del patrimonio de una persona o de una familia.

En consecuencia, la división de la herencia suele ser para las familias el momento en que sus fuerzas pueden fenecer para siempre o, por el contrario, sobrevivir permitiendo enlazar las generaciones¹².

Como hemos señalado, es cada vez más frecuente que la partición hereditaria acabe con la integridad del patrimonio de una persona porque, actualmente, la propiedad occidental es principalmente una propiedad individual.

En general, antes del siglo XVIII la propiedad era familiar, es decir, la propiedad pertenecía a la familia como una suerte de sujeto de derecho; ella era, en la praxis, la verdadera propietaria de la tierra.

Como ha expresado Fustel de Coulanges, en la cosmovisión antigua el individuo no era conocido y, por tanto pasaba, mientras que la familia permanecía en el suelo. Quien era la cabeza de la familia (el paterfamilias, el hermano mayor, el hermano menor –v.gr. el *juveigneur* en el norte de Francia– o quien fuere), era un simple poseedor respecto de la propiedad o, más bien, un depo-

11. Por esa razón la familia es una comunidad imperfecta, y la comunidad política o el Estado, como quiera llamarse, es una sociedad perfecta porque reúne las condiciones necesarias para alcanzar el bien común político o la perfección de la vida social.

12. Elías P. GUASTAVINO, *Derecho de familia patrimonial*, tomo I, 3^a ed. actualizada y ampliada por Eduardo Molina Quiroga, Buenos Aires, La Ley, 2010, pp. 138-139.



sitario de los bienes familiares que debía guardar celosamente y transmitir al heredero.

Acontecía así porque, en la medida en que el ser humano se vincula con las cosas, éstas adquieren un sentido hereditario, dado que las cosas están al servicio del hombre en el transcurso del tiempo y, por tanto, a través de las generaciones.

Por ello, la continuidad de la propiedad familiar agraria se vincula con la herencia, es decir, con la transmisión de los bienes hereditarios en un sentido amplio (bienes materiales y bienes culturales).

Resulta, pues, altamente valorable resguardar un patrimonio, entendido en aquel amplio sentido, máxime cuando ha sido transmitido por generaciones, lo que le otorga un carácter cuasi-sagrado, como ha señalado Rafael Gamba en su magnífico libro *El silencio de Dios*.

Es evidente, entonces, que el hombre necesita para vivir de los demás seres humanos y de las cosas; el hombre precisa recibir de los otros y dicho acto de recibir supone una entrega. Tal acción de transmitir y de recibir se llama tradición y, ésta es tan connatural al género humano, que podría decirse que toda persona es un ser tradicional y cultural.

Dentro de aquel patrimonio conservado, y quizás ampliado, para transmitirse, se encuentra la propiedad familiar, fundamentalmente el terruño, que encierra un aspecto material y un hondo aspecto cultural y afectivo.

Son lazos cognoscitivos, volitivos, afectivos y activos que ligan al hombre con las cosas; porque ha volcado su personalidad sobre la cosa, sobre el fundo, sobre la casa; le ha proyectado su naturaleza, hay algo de la humanidad que ha «penetrado» la materia y ahora la vincula al sujeto. La propiedad auténtica, en un sentido es alma y su dueño un *dominus*, es decir, un señor, que domina y que fecunda la cosa transmitiéndole, de algún modo, su dignidad.

Paul Bourget ha señalado que existen órganos de duración para que cada generación no suponga una eterna vuelta a empezar. Ellos son el lenguaje, la escritura y la imprenta que sirven para transmitir adquisiciones de orden intelectual, así como el

hogar y la casa sirven para conservar otras de orden tanto material como moral, adquisiciones éstas por definición familiares¹³.

De manera que existe una relación sempiterna entre la familia y la propiedad (en especial la relación natural del hombre con la tierra); no es el individuo sólo quien domestica la cosa sino que, como ser gregario, se vincula con las cosas normalmente en sociedad, estableciéndose en familia en un lugar, en una tierra, en una casa.

Gambra afirma que «el hombre, aunque razone, no vive en lo universal, sino que habita en lo concreto, y sólo a partir de lo concreto razona. Precisamente porque él mismo es individual y personal, crea lo concreto determinado y en ello se alberga y protege. De aquí que el conjunto de límites o determinaciones que forman el habitáculo humano sea el bien más precioso que cada hombre y cada generación debe conservar, porque les proporciona el sentido de las cosas y le preserva de la incoherencia y del esencial hastío»¹⁴.

13. Y consideraba que «la mística –como le gustaba decir a Péguy de la idea de herencia– consiste en complacerse en poseer para transmitir, en transformar, en un hacer un bien de ese duro apetito de la propiedad [...]. La noción de propiedad se ennoblece [...]. Se transforma como en un depósito. El titular no se considera con todos los derechos sobre esta tierra, sobre esta casa. Un contrato tácito le vincula a sus predecesores y a sus sucesores [...]». Paul BOURGET, «Réflexions sur l'héritage», en *Au service de l'ordre*, París, 1929, cap. IX, pp. 173 y ss., citado por Juan B. VALLET DE GOYTISOLO, *Sociedad de masas y Derecho*, Taurus, Madrid, 1968, pp. 327 y 328.

14. Rafael GAMBRA, *El silencio de Dios*, Madrid, Criterio Libros, 1998, pp. 65-66. Alfredo Di Pietro ha observado que toda experiencia con lo concreto trasciende indefectiblemente al hombre al plano de lo divino. En el caso de los antiguos romanos, como en general todo hombre de la Antigüedad, no concebía actos «autónomos», sino que por el contrario todo comportamiento revelaba una «acción consciente de que se estaba “repitiendo” de alguna manera algo “ya realizado” por otro, por alguien que no era un hombre sino un Ser Superior». Por tal razón, carecía de significación para el romano la noción de cultivo laico, ya que para todos los pueblos agricultores la tarea de labrar la tierra tenía una función sacerdotal, el agricultor participaba de un proceso cósmico-divino, puesto que tanto el Cielo como la Tierra tenían un carácter sagrado, siendo el acto de agricultura explicado como «el de la unión del activo Cielo con la pasiva Tierra, naciendo de estas nupcias los



Prosigue el filósofo roncalés: «El hombre construye su albergue en el espacio, y ese albergue posee límites, estancias, estructura. Y cada estancia, un sentido y también un misterio intranferible, como cada flor es, en sí misma, la negación de las demás. Es la mansión histórica, hecha sustancia de la vida, lo que el hombre ama [...]»¹⁵.

Bien han sostenido los Mazeaud, en sus *Lecciones de Derecho Civil*, que la familia está hecha de estabilidad. Toda cohesión reside en la perpetuidad. Un grupo no vive más que si se cree inmortal¹⁶.

En definitiva, en esta línea se inscribe el concepto del arraigo y el sentido amplio de la herencia. Esta última puede desdoblarse tanto en un derecho como en un deber. La herencia, entendida como un patrimonio en depósito que debe transmitirse íntegro y aún aumentado, conduce también al concepto de tradición que Juan Vázquez de Mella resumía magistralmente como el progreso hereditario. Es decir, como una cadena temporal, generacional y cultural que ata el ayer con el mañana (en palabras de Manuel Machado) y que enlaza al antecesor con el heredero.

Por ello Gilles Lipovetsky ha observado que «lo nuevo reclama la memoria, [...] la genealogía». Según el sociólogo francés la sociedad posmoderna vive sólo en el presente y no en función del pasado y del futuro, es esa «pérdida de sentido de la continuidad histórica [...] esa erosión del sentimiento de pertenencia a una “sucesión de generaciones enraizadas en el pasado y que se prolonga en el futuro” [...]». Hoy vivimos para nosotros mismos, sin preocuparnos por nuestras tradiciones y nuestra posteridad: el sentido histórico ha sido olvidado de la misma manera que los valores y las instituciones sociales¹⁷.

frutos naturales». Alfredo DI PIETRO, «Iustissima tellus», *Iustitia* (Buenos Aires), año I, n. 3 (1965), pp. 63-64.

15. Rafael, GAMBRA, *El silencio de Dios*, cit., p. 67.

16. Henri, Léon y Jean MAZEAUD, *Lecciones de Derecho Civil*, t. IV, Buenos Aires, 1959, p. 395.

17. Gilles LIPOVETSKY, *La era del vacío. Ensayos sobre el individualismo contemporáneo*, Barcelona, Anagrama, 2002, p. 51.

El derecho de propiedad implica el derecho a la transmisión hereditaria de la propiedad, teniendo en cuenta que sin herencia no hay prosperidad familiar (Frédéric Le Play).

Dentro de este marco se sitúa, entonces, la propiedad familiar rural. Por ello en los países de fuerte tradición jurídica, el derecho sucesorio gira en torno de la conservación de la propiedad familiar agraria.

Resulta interesante destacar que durante todo el Antiguo Régimen la familia era estable y se asentaba en algunos principios básicos como los siguientes: a) la autoridad paterna; b) el honor familiar; c) la inalienabilidad de la propiedad familiar y d) el espíritu comunitario y religioso que impregnaba a los anteriores.

A partir de la modernidad la propiedad fue considerada por el liberalismo como un mero estímulo para obtener riquezas o por el socialismo como un robo. Para Maurice Duverger la ideología liberal es individualista, basada en la búsqueda del interés personal; según ella, éste es el mejor medio de realizar el interés general; es decir, todo lo contrario a la fraternidad. Y los acontecimientos históricos demuestran que el egoísmo desatado ha traído consecuencias nocivas al bien común político.

Fundamentalmente luego de la Revolución francesa, Occidente se fue transformando de una sociedad jerárquica, corporativa, realista, espiritual y religiosa en una sociedad igualitaria, individualista, idealista, materialista y secularizada¹⁸.

18. Gorse, abogado y periodista legitimista escribía en 1870 en su periódico, denunciando todavía el abuso de poder proveniente de la capital francesa, mientras en Roma tenía lugar el Concilio Vaticano I y estaba por comenzar la guerra Franco-prusiana: «La corriente política de París, como todo el mundo sabe, es el absurdo encarnado, el radicalismo innoble, el pedestal del absolutismo obligatorio. Con esta corriente, es preciso el guantelete de hierro, la camisa de fuerza, es el cesarismo en todo su esplendor. La corriente filosófica y científica es lo mismo que el materialismo inundo [...]. París es el orgullo hecho hombre, y el orgullo es Adán en su caída. París lo deprava todo y pretende a su vez gobernar, dirigir todo, absorber todo. París se ha dado la misión de descristianizar, de descatoalizar el mundo y quiere absorber a la Iglesia, mientras espera suprimirla». Léonard GORSE, *Le Réveil de la Province, Journal limousin*, n. 25, 10 de julio de 1870. En otra editorial también afirmaba: «Demasiada gente tiene todavía debilidad por



El cambio de cosmovisión impactó en todos los órdenes de la vida social y, evidentemente, también en la propiedad familiar la cual sufrió –en mayor medida a partir del siglo XX– una subdivisión excesiva no sólo por las leyes sucesorias propias de la Codificación racionalista sino también por diferentes causas extrajurídicas como la grave crisis de la vivienda, las crisis económicas y la excesiva carga impositiva. Se puede adicionar el desarraigo material y espiritual, la falta de continuidad, la pérdida de estructura social (la masificación), la pérdida de autonomía y el centralismo, la atracción por la vida en las grandes urbes, el pensar en dinero, la declinación de la autoridad paterna, la pérdida de la influencia política y económica de la familia, la desintegración familiar promovida por la legislación mundial, etc.¹⁹.

La doctrina social de la Iglesia ha puesto énfasis en la necesidad de una propiedad familiar especialmente, entre los últimos papas, Pio XI y Pio XII²⁰. En la encíclica *Quadragesimo anno*,

ese París acerca del cual se reconocía su siniestra influencia en los destinos de Francia desde hace ochenta años; se querrá pactar, transigir, acomodar todo y se perderá todo. París es decididamente hostil a cualquier poder regular, a todo gobierno cualquiera sea. Es la anarquía encarnada, y en tanto el poder permanezca identificado con París, la provincia está condenada a soportar el yugo de su humillante despotismo. Todas las tentativas de reforma vendrán a hacerse trizas contra esta *soberanía predestinada*, resultante de las ruinas de la Bastilla, y nunca seremos más que los humildísimos y despreciables contribuyentes de *sus fiebres revolucionarias*». Léonard GORSE, *Le Réveil de la Province, Journal Limousin*, n. 9, 20 de marzo de 1870.

19. Vallet de Goytisolo ha expresado con agudeza que «tratándose de sociedades humanas, una vez destruida la estructura metafísica del hombre, al ser liberado éste de todas sus creencias religiosas que no sean racionales –es decir, de los elementos religiosos superracionales–, de su sumisión al orden de la naturaleza, de su contacto vital con lo real natural y de sus sentimientos y usos tradicionales, es ya fácil someterle a la segunda fase del proceso de masificación, es decir, a un tratamiento uniformante, para reducir la humanidad a individuos separados e iguales, manipulables por una organización centralizante. Desmenuzar, revolver de arriba abajo, y de un lado a otro, atomizar». Juan B. VALLET DE GOYTISOLO, *Sociedad de masas y Derecho*, Madrid, Taurus, 1968, pp. 172-173.

20. Pio XII se ha destacado entre los papas, por exaltar la dignidad de la vida rural y promover la propiedad familiar agraria. Este es el término que usamos, con preferencia al de explotación agrícola o agropecuaria, lo que

el primero de los nombrados sostuvo que la propiedad familiar salvará al proletariado, porque con ella los padres descansan y confían que dejarán un porvenir a sus hijos. Mientras que en el radiomensaje *La solemnitá*, el segundo de los nombrados clamaba por un espacio vital para la familia²¹.

3. Del predominio del testamento al predominio de la legítima. La división forzosa e igualitaria de la herencia y la pulverización de la propiedad rural

Transcurrida la etapa antigua en que la propiedad estaba en mano común, en poder de la tribu o del clan, fue surgiendo el poder indiscutido del paterfamilias y con él, la creciente facultad de testar que terminó por extenderse a un poder de disposición sin límites, que originó los reclamos de los parientes próximos apartados de la herencia, como las *querella inoficiosi testamenti*, que abrieron el paso a las porciones legales de la herencia reservadas a los herederos forzosos²².

Desde entonces, coexistió en Europa la libertad testamentaria con la legítima, ésta última predominante en las regiones de derecho escrito influenciadas por el derecho romano mediante el *Ius Commune*.

Asimismo, ya entrada la Modernidad, el régimen de legítimas fuertes prendió en aquellas naciones en las que el viejo derecho privado se impregnó de un nuevo espíritu, en el marco

coincide con la frase del pontífice antes nombrado: «terruño natal, siempre usado, jamás explotado». Terruño, palabra castellana riquísima, como su par francesa *terroir*.

21. Pío XI, *Quadragesimo Anno* y Pío XII, *La Solemnitá*, en *El Mensaje social de la Iglesia. Documentos MC*, Madrid, Ediciones Palabra, 1991, pp. 91, 138.

22. El diccionario de la Real Academia Española define el testamento como «la declaración que de su última voluntad hace alguien, disponiendo de bienes y de asuntos que le atañen para después de su muerte». En tanto, la acepción de legítima que brinda es la siguiente: «porción de la herencia de que el testador no puede disponer libremente, por asignarla la ley a determinados herederos». Disponible en: <https://dle.rae.es>, fecha de consulta 25/09/2020.



de un proceso de racionalización y de abstracción del Derecho positivo que tuvo, entre otros caracteres, como señaló Víctor Tau Anzoátegui, la sistematización, la nacionalización, la secularización y el positivismo. Expresión notoria de aquella codificación racionalista ha sido el *Code Napoleon*, que ejerció una marcada influencia en el Derecho continental.

Ahora bien, existieron tres grandes etapas del régimen sucesorio que, a riesgo de caer en una esquematización, fueron las siguientes: a) la comunidad de bienes, que coincide con la familia tribal o el clan (propiedad comunitaria o colectiva); b) el testamento que corresponde con la familia troncal (propiedad familiar) y c) la legítima que viene a primar en la familia pequeña (propiedad individual).

Por otra parte, los grandes medios de transmisión hereditaria son: a) El régimen de indivisión o conservación forzosas (unidades económicas, vinculaciones, mayorazgos); b) El régimen de la división forzosa (las legítimas) y c) La libertad de testar.

En general, no existen actualmente las altísimas porciones «legítimas» previstas en la Revolución Francesa (que fijaba una porción disponible de tan sólo 1/10). Sin embargo, son numerosos los países regidos por el sistema de división forzosa e igualitaria de la herencia con porciones legítimas altas; en ellos se ha visto reducido drásticamente el uso del testamento²³.

La legítima fue impuesta por la reina Ana de Inglaterra a Irlanda, mientras que aquel país conservó la libertad de testar hasta nuestros días.

Asimismo, las legítimas largas (reservas legales grandes) fueron mantenidas en el Código de Napoleón luego de la Revolución. Bonaparte exhortaba a su hermano a establecer su Código en

23. En épocas pasadas morir intestado era un deshonor, por ejemplo, en Roma, en Castilla y en Indias, porque implicaba fundamentalmente el descargo de la conciencia, la disposición del patrimonio familiar, la liberación de esclavos, el reconocimiento de deudas, el reconocimiento de hijos naturales, es decir, un conjunto de disposiciones de carácter jurídico, moral y religioso. Cfr. Juan Bautista FOS MEDINA. «El testamento en la historia: aspectos morales y religiosos», *El Derecho*, Suplemento de Filosofía del Derecho, n. 30, ED 265, Buenos Aires, 2015, pp. 15-18.

Nápoles, porque pulverizaría la propiedad, sobre todo la de los descontentos con el régimen, jactándose de que su gran gloria, aún por encima de sus victorias militares, era su Código Civil. Además, se propuso crear una suerte de primogenitura (que había sido abolida por la Revolución) para las aproximadamente cien familias a las que pretendió otorgar fueros de notabilidad y tenerlas en su entorno.

José Manuel de Estrada en el siglo XIX sostenía: «El fraccionamiento indefinido de la propiedad, fomentado en Francia, difunde el bienestar material dentro de cierto límite de tiempo y densidad de población; pero debe concluir por una pobreza general o una reacción que establezca el equilibrio». También proclamó que «la institución de las herencias forzosas y el reparto obligatorio y numéricamente igual de la porción legítima de los herederos legales, limita el derecho de propiedad, por una parte, y por otra, debilita la sociedad doméstica»²⁴.

Entre los argumentos a favor de la legítima uno de los que se esgrime con mayor frecuencia es el que se basa en un deber alimentario. En contra, el Abad Panormitano había objetado que, de ser así, el ascendiente sólo debería la legítima al descendiente a quien en concreto debiera alimentos, y viviendo el padre no se deberían en las herencias de la madre y la abuela, ni podría tener derecho a ella el hijo pudiente. Se ha reconocido que la «imposición de la legítima no es una función esencial, sino circunstancial, del poder supremo, cuyo título no es otro que la necesidad demostrada o determinada por los abusos que contra la justicia y la piedad cometan, con habitual frecuencia, padres desnaturalizados» (Enrique Gil y Robles). No ocurriendo corrientemente

24. José Manuel ESTRADA, *Obras completas de José Manuel Estrada*, vol. VI, *Curso de Derecho Constitucional*, 2ª ed., tomo I, Buenos Aires, Editorial Científica y Literaria Atanasio Martínez, 1927, pp. 167-168, 173. La división forzosa e igualitaria de la herencia ha provocado la excesiva división de la tierra no sólo en la Argentina sino también en Europa, lo que ha generado que varios países europeos, hayan debido idear regímenes de concentración parcelaria para reunir las pequeñas parcelas de tierra dispersa, así como otros mecanismos legales destinados a proteger a la pequeña y mediana explotación agrícola (indivisión de la explotación agrícola familiar, atribución preferencial y, en general, modos excepcionales de partición).



así, sólo los padres pueden valorar la gran complejidad de circunstancias personales (salud, estado) y patrimoniales que debe tener en cuenta para expresar numéricamente su deber *mortis causa* con sus hijos²⁵.

Si unos hijos abandonan la casa y trabajan para sí, y, en especial, si se les dio carrera, oficio o colocación con los ahorros y sacrificio económico de la casa; y si otro hijo quedó en ella, incorporando a ésta todo su trabajo y aunando su esfuerzo a los de su padre para educar y colocar a sus demás hermanos: no parece equitativo que a la hora de heredar tengan éste y aquéllos que partir por igual la casa y las tierras, que éste trabajó y de las que marcharon los demás²⁶.

Se ha dicho, que la idea igualitaria de las legítimas, basada en una igualdad mecánica, algebraica, abstracta, enteramente ilusoria, al equiparar situaciones distintas viola, bajo seductoras formas, la verdadera justicia distributiva (Moret y Prendesgast, Luis Silvela, Joaquín Costa).

En línea con estos argumentos, la obligación alimentaria sólo sería razonable para aquellos familiares que concretamente lo necesiten. En los países donde existe la libertad de testar (algunos países hispanoamericanos, algunos territorios forales de España y países del *Common Law*), existe un derecho de parte de los dependientes del causante a solicitar judicialmente alimentos y probar dicha necesidad debidamente.

25. Juan B. VALLET DE GOYTISOLO, «El fenómeno sucesorio», conferencia pronunciada el 9/7/1975 en las *Jornadas Jurídicas de Galicia*, p. 778.

26. Juan B. VALLET DE GOYTISOLO, «La agricultura y la explotación familiar», *Revista Jurídica de Cataluña* (Barcelona), año LXIII, n. 1 (1964), pp. 112-113. El siguiente ejemplo de la doctrina también es elocuente para poner en evidencia las fallas del sistema de la división forzosa e igualitaria. Imaginemos dos hermanos que se apronten a recibir una herencia legítima. Uno de ellos de 60 años y con un gran respaldo económico, sin hijos y viviendo en el extranjero desde hace veinte años. El otro, un operario con un exiguo ingreso mensual y con cinco hijos a su cargo, dos de ellos con serias discapacidades físicas, y que ha vivido los últimos veinte años cuidando a su madre de la enfermedad terminal de la que acaba de morir. Cfr. Marcelo J. SALOMÓN, «La Constitución Nacional y la legítima hereditaria», *Jurisprudencia Argentina* (Buenos Aires), tomo IV (2001), p. 916.

Otro de los argumentos a favor de la legítima es el de la solidaridad familiar, que hoy se encuentra en crisis, pero que tampoco brilla más en las familias que se rigen por el régimen de la división forzosa que por el de libertad de testar. Mientras que se invoca el de la justa distribución de la riqueza que, en vista de las consecuencias perjudiciales directas que provoca en la familia (liquidación igualitaria del patrimonio familiar como una sociedad comercial), y las indirectas también perjudiciales en el orden familiar, económico, social y político (reforma agraria silenciosa, disminución del poder y libertad social de las familias), no parece tampoco ser convincente²⁷.

27. Algunos de los argumentos a favor de la legítima son: a) La legítima se vincularía a un determinado régimen familiar de copropiedad o contribuiría a ello; b) Cumpliría con las obligaciones impuestas por la naturaleza de las cosas de mantener y garantizar la subsistencia de los parientes más próximos; c) Significaría la necesaria igualdad mínima entre los hijos (herederos naturales de los padres, continuadores de su personalidad); d) La posibilidad de que el padre discrimine a los hijos que puede dar lugar a abusos e injusticias, así como aumentar las desavenencias familiares; e) Favorece la libertad del heredero frente a la amenaza del causante de desheredarle. En tanto, los argumentos a favor de la libertad de testar pueden resumirse en los que siguen: a) La protección de la familia, el interés tutelado y la función del Derecho sucesorio. La relación entre el derecho de sucesiones y el derecho de familia; b) La solidaridad intergeneracional. El sustento de los descendientes. La obligación alimentaria; c) Flexibilidad para con las necesidades de la familia; d) La continuidad y la conservación del patrimonio familiar y empresarial: su función económica y social como un factor para evitar la excesiva subdivisión predial y la división perjudicial de las empresas; e) La legítima disminuye la autoridad paterna; f) La voluntad del causante; g) Estímulo para la cooperación de los hijos, así como para el interés social; h) Residuo de una ideología que permite a las personas disponer de sus bienes, en abstracto, pero que en concreto les impide hacerlo libremente para después de su muerte; i) Desajuste de las cuotas fijadas en la época de la Codificación, lo que convertiría la legítima en una «reliquia»; j) El aumento de la esperanza de vida, que trae como fenómeno social novedoso que los padres viven más largamente, con hijos avanzados en la adultez y en la marcha de sus negocios. María de los Ángeles PARRA, «Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* (La Coruña), n. 13 (2009), pp. 481-554.

Algunos estudiosos consideran que una cosa es la protección de herederos incapaces o que requieren alimentos y otra diferente la limitación al derecho constitucional de propiedad y de testar (como se encuentra previsto en la legislación de varios países), para amparar a personas mayores de edad y capaces, limitando así la «autonomía de la voluntad»²⁸.

La pugna histórica entre los dos grandes sistemas del Derecho sucesorio (libertad de testar versus legítima) no ha cesado, sino que cobra en la actualidad una creciente intensidad.

Con relación a la ampliación de la libertad testamentaria se advierten las siguientes innovaciones en el Derecho sucesorio internacional en los países con régimen de reservas: 1) Reducción de las porciones legítimas; 2) Supresión de la legítima de los ascendientes (Aragón, Ley de Sucesión de 1999, en Galicia, DCG de 2006); 3) Fortalecimiento de la posición del viudo (se propone la atribución por ministerio de la ley de la vivienda conyugal); 4) Reducción de los derechos legitimarios de los descendientes por derechos de alimentos, produciendo un cambio en la función del sistema legitimario.

Paralelamente, en los países con influencia del Derecho anglosajón y, por ende, con tradición en materia de libertad testamentaria, se produce el efecto contrario, es decir, una tendencia hacia una restricción de la libertad absoluta de testar, protegiendo fundamentalmente al cónyuge supérstite.

Ello provoca una aproximación, en algunos casos casi una convergencia, entre los distintos ordenamientos jurídicos que abrazan uno u otro sistema. Así, los países con sistema de «legítimas» tienden a flexibilizarlas ampliando las porciones disponibles, mientras que los países con libertad de testar tienden a limitarla.

28. En la Argentina, entre otros, Jorge O. Azpiri, Marcelo Salomón, Noemí L. Nicolau, Delia B. Iñigo. Antes Alberto Molinario consideró que las porciones legitimarias del suprimido Código Civil Argentino (todavía más altas que el vigente) eran inconstitucionales por anulatorias del derecho de propiedad y del derecho de testar reconocidos en la Constitución Nacional.

4. Principios e institutos jurídicos favorables a la continuidad de la explotación rural familiar

Debo aclarar que no es objeto de este trabajo realizar un estudio pormenorizado de derecho positivo sino ofrecer un panorama de los principios e institutos favorables a la continuidad de la explotación rural familiar.

A Alexis de Tocqueville le sorprendía que las leyes sucesorias, por más que correspondieran al orden civil, no estuvieran a la cabeza de todas las instituciones políticas porque, mal encauzadas, podían llegar a despedazar el suelo y convertirlo en polvo, a la vez que producir un gran daño social. Esta vieja constatación, en líneas generales, no ha cambiado²⁹.

Respecto de la protección de la propiedad familiar las constituciones hispanoamericanas la consagran en sus textos constitucionales, por más que no se encuentre entre los derechos fundamentales. Argentina, Uruguay, Paraguay, República Dominicana y El Salvador emplean el término bien de familia mientras que Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá usan la expresión patrimonio familiar. En cambio,

29. La Constitución Política de la República de Chile prevé en su artículo 1 que «la familia es el núcleo fundamental de la sociedad», así como la Constitución Política de la República de Colombia recoge una declaración semejante en el art. 5, la Constitución Nacional de Paraguay en el art. 49 y la Constitución Política de Costa Rica en el art. 51. En tanto, la Constitución Política del Perú reconoce a la propiedad y la herencia entre los derechos fundamentales de la persona (art. 2, inc. 16), mientras que la Constitución española lo consagra en el art. 33. Por su parte la Constitución de la Nación Argentina reconoce el derecho de testar en el art. 20. La Constitución de Irlanda (con enmiendas de 2015) es un caso excepcional en el mundo occidental por la expresión de Fe que realiza en su Preámbulo: «En nombre de la Santísima Trinidad, de quien procede toda autoridad y a quien, como destino último, deben referirse todas las acciones de los hombres y de los Estados, Nosotros el Pueblo de Irlanda, en reconocimiento humilde de todas nuestras obligaciones con Nuestro Señor, Jesucristo, quien mantuvo a nuestros padres durante siglos de pruebas [...]». En menor medida el Preámbulo de la Constitución Nacional de la Argentina, cuando alude a «Dios, como fuente de toda razón y justicia», aunque su artículo 2 declara que «el gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano».



México, El Salvador y Brasil en sus cartas magnas protegen expresamente la pequeña propiedad rural.

El reparto igualitario de la herencia en abstracto parece sumamente justo, pero en concreto, con relación a cada heredero, al contrario, puede resultar sumamente injusto, así como también perjudicial al bien común familiar, en especial respecto a la continuidad del patrimonio familiar.

¿Cuál es la medida entre la libertad amplia y la restricción para disponer de los bienes hereditarios? ¿Hay un término medio entre estos dos extremos?

Tales interrogantes suponen una difícil respuesta ya que no existen soluciones perfectas en esta materia, sino soluciones más o menos ventajosas.

Es, sin embargo, de todo punto de vista claro que un sistema sucesorio no puede ser rígido, al extremo de reducir la facultad de disposición del causante y tornarla ilusoria o anularla en la práctica. Esta facultad se aplica, claramente, también a la voluntad de los padres. Todas las cuestiones que atañen a los esposos, a los hijos, y a los bienes de la familia corresponden principalmente al ámbito familiar y es allí donde deben ser resueltas primordialmente. La ley podrá, con fines protectores o correctivos, ejercer un tutelaje de los intereses familiares, pero deberá evitar inmiscuirse en los asuntos internos de las familias con la menor cantidad de regulaciones posibles, fijando un contexto jurídico básico dentro de un marco de libertad.

Quizás por ello el régimen de libertad de testar, tal como existe en algunas legislaciones estatales, parece el más acorde con la legítima autonomía familiar, ya que interviene el poder judicial sólo cuando reclaman alimentos los parientes más próximos o las personas que viven o dependen del causante y han sido excluidos de la herencia. Así se encuentra previsto en Código Civil de México (arts. 1283 y 1368 y ss.), en el Código Civil de Costa Rica (art. 595), en el Código Civil de Panamá (art. 778), en el Código Civil de Guatemala (art. 936), en España en la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (Ley 1/1973 de 1 de marzo con modificación y actualización de Ley Foral 21/2019 de 4 de abril, Leyes 148, 267, 272 y concordantes, con su legítima formal sin contenido patrimonial exigible) y en el valle de Ayala (Álava),

en virtud de antiguo Fuero, previsto en el Derecho Civil Vasco, Ley 5/2015 de 25 de junio, en la *Inheritance Family Provision & Dependants Act* de 1975 en Inglaterra, en la *Sucession Act* de 2006 de Nueva Gales del Sur con la *Family Provision Order* en Australia, en los Estados Unidos (donde se prevén también los *elective shares*) y en las provincias canadienses de Manitoba, Ontario y Quebec.

Pero esta «solución» parece que también pudiera afectar el criterio de justicia o de bien común, sobre todo si el beneficiario de toda la herencia fuera un extraño.

A tal efecto, a fin de evitar la libertad irrestricta que existió en Roma y que dio lugar a la legítima y, como vimos, aún existe en ciertos Estados, ciertas legislaciones del mundo permiten una libertad testamentaria acotada a la familia legitimaria (es decir, limitada a los parientes más próximos, sobre todo a los descendientes). Así ocurre en Aragón y en la comunidad vasca donde, respectivamente, las compilaciones forales prevén una legítima de un tercio y la mitad del caudal hereditario o computable a efectos del cálculo de la legítima, que debe transmitirse a los legitimarios, pero que puede distribuirse igual o desigualmente entre todos o varios, o bien atribuirse a uno solo y apartarse a los demás (art. 486 del Código de Derecho Foral de Aragón, Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo y arts. 48.2 y 49 del Derecho Civil Vasco, ley 5/2015 de 25 de junio). Son legitimarios los hijos y descendientes, salvo en el derecho vasco que también es considerado legitimario el viudo en su cuota usufructuaria. Esto es lo que se llama la legítima colectiva³⁰.

La riqueza del derecho histórico de España también ofrece las legítimas cortas con reservas pequeñas. En Cataluña y en Galicia históricamente la legítima para descendientes es de un cuarto del haber hereditario, es la denominada «cuarta Falcidia». Al cónyuge le corresponde la cuarta viudal (una cuarta parte del activo hereditario líquido) en Cataluña y en Galicia un usufructo vitalicio (un cuarto del haber hereditario si concurre con

30. Juan Bautista FOS MEDINA, «El patrimonio familiar en el derecho foral de España», *El Derecho* (Buenos Aires), ED 283, año LVII, n. 14.644, 5 de junio de 2019.



descendientes y, si no, la mitad del capital). En las Islas Baleares la legítima de los hijos y descendientes es la tercera parte del haber hereditario si fueran cuatro o menos de cuatro y la mitad si excedieran de este número.

La comunidad política como artífice de una política arquitectónica, entre sus fines de procurar la justicia (legal y distributiva), debe atender también a las implicancias económicas, sociales y políticas de la división de la tierra y de las empresas. Quizás por ello, algunos países contemplan en sus normas determinados principios legales que contribuyen a la estabilidad y al arraigo. De manera que prevén, por ejemplo, la limitación del dominio como un derecho absoluto³¹, la prohibición de la división antieconómica de los bienes, la partición en especie (salvo cuando la división no es posible o es antieconómica), evitar el parcelamiento de los inmuebles y la división de las empresas, etc.

Asimismo, es una creación contemporánea el instituto de la unidad económica, es decir la indivisión forzosa de una unidad mínima de tierra que, como ha sostenido Vallet de Goytisolet, resulta una solución estereotipada, burocrática, insuficiente (porque protege sólo la explotación económica mínima) y presenta inconvenientes a la hora de su sucesión (máxime cuando se trata de sistemas donde rige la división forzosa de la herencia lo que puede obligar, si hay varios herederos, a enajenarla). Se suele exigir en los sistemas normativos que receptan la unidad económica (que, por lo demás, tienden principalmente a evitar el minifundio), que el bien de familia, la indivisión hereditaria y la atribución preferencial recaigan solamente en un inmueble afectado a dicho régimen.

La mejora del tercio, de origen visigótico, resulta una ingeniosa combinación que conjuga las ventajas de los dos grandes sistemas sucesorios, es decir, la libertad de testar y la sucesión forzosa, como bien ha apuntado José Castán Tobeñas. La mejora rige en el Código civil español y en algunos códigos hispanoame-

31. Es decir, un poder de uso y de disposición regular, dentro de los límites previstos por la ley o, como rezaba la Partida 3ª, según Dios y según fuero.

ricos (Puerto Rico, Chile, Ecuador)³². Tuvo vigencia en Indias durante más de trescientos años; en la Argentina hasta la entrada en vigor del Código Civil en 1871.

A la par de la mejora, el Código Civil español prevé dos institutos de interés, previstos en los artículos 1056 y 841 mediante los cuales, en la primera disposición legal, a fin de preservar indivisa la explotación agrícola, autoriza al testador a adjudicarla a uno de sus hijos, con la obligación del beneficiario de pagar las legítimas a los hijos no adjudicatarios. En cambio, en el segundo artículo mencionado, se permite al testador disponer de todo o parte de sus bienes a uno de sus hijos o descendientes con la obligación de pagar las legítimas en dinero. El pago de legítimas en dinero con plazos más amplios que los previstos en las normas referidas, facilitan sortear el «obstáculo» de las reservas, sobre todo sin son largas.

La atribución preferencial es un instituto que tuvo su origen en Francia, tal como lo conocemos hoy, y que se aplica de manera similar en varios países europeos (incluso desde 2015 en la Argentina) y que, en sustancia, puede ser solicitada por el cónyuge sobreviviente o un heredero, con cargo de pagar el saldo, si lo hay, con relación al establecimiento en cuya formación participó³³.

32. Asimismo, Bolivia y Perú contemplaron la mejora en sus respectivos códigos civiles (aunque fue suprimida en el código de 1975 y en el código de 1985, respectivamente) al igual que Guatemala que la sustituyó por la absoluta libertad de testar, establecida en el Código de 1963. El código civil colombiano contenía una norma semejante a las de Chile y Ecuador, pero mediante ley 1934 de 2018 redujo la porción legítima a la mitad de los bienes sin distinción de legitimarios, por lo que quedó sin efecto la cuarta de mejora. Por otra parte, el artículo 21 de la reciente ley colombiana, tiene por objeto evitar la excesiva fragmentación de las tierras en minifundios y así establece que «cuando vaya a disponerse testamentariamente de predios rurales de extensión inferior a cuatro (4) unidades agrícolas familiares, UAF, no será aplicable el régimen de legítimas».

33. Para que la atribución preferencial sea verdaderamente eficaz para favorecer la continuidad, no debe fijarse tope al tamaño de las explotaciones (normalmente es requisito que los establecimientos constituyan una unidad económica) y otorgarse flexibilidad para el pago de las hijuelas a los coherederos no adjudicatarios.



Existen, además, muchos otros mecanismos de gran vigencia en el derecho sucesorio foral de España para disponer la herencia en vida, como los pactos sucesorios (siempre tan característicos en Cataluña), las renunciaciones de herencia futura, las donaciones *propter nuptias*, etc. La práctica de la partición por ascendientes tiene la ventaja de poder corregir el reparto y resolver las disputas que pudieran originarse con motivo de la división de herencia, además de que suele aparejar un ahorro en tasas judiciales e impuestos. Quizás sea este el mejor camino.

Asimismo, se pueden mencionar otras instituciones como las sustituciones fideicomisarias (Código civil español, Navarra, Cataluña, Alemania, Austria, Portugal, Brasil, Colombia, Ecuador, Chile), y otras típicamente forales de España como el retracto en Navarra, el caserío guipuzcoano, el usufructo poderoso en la legislación foral vasca, el lugar acasurado, la compañía familiar gallega, los testamentos conjuntos de los cónyuges en Galicia, etc.

Las sociedades comerciales, que suelen ser la forma jurídica más generalizada para la explotación de los campos de familia, pueden ser un medio para conservarlos. No obstante, presenta ciertos inconvenientes con respecto a la sucesión de la empresa que, según los especialistas de la empresa familiar, debe ser cuidadosa y oportunamente planeada eligiéndose, en principio, al descendiente de mayores aptitudes y que se encuentre inspirado en la tradición familiar, para llevarla adelante.

Ofrece también desventajas como a) la falta de inmediatez con el campo de los socios-parientes que no son administradores, lo que puede provocar el desarraigo; b) el riesgo de que el afán de lucro tiña todos los emprendimientos y que el campo sea considerado como una mera mercancía o unidad productiva; c) el crecimiento de la familia quite la rentabilidad suficiente a la empresa para mantener a todas las ramas familiares, sobre todo a partir de la segunda y tercera generación. Los expertos en la empresa familiar aconsejan que se evite dividir la propiedad de la sociedad en partes iguales, priorizando que la empresa tenga un solo líder³⁴.

34. Las tres cuartas partes de las empresas del mundo son empresas familiares, aún, la mayoría de las más grandes. En Francia el 60,5% de las

En este sentido, conviene señalar que para resolver el problema de la capacidad rentable y del espacio de la finca rústica familiar, la experiencia de los siglos ha ofrecido una solución que continúa vigente en varias legislaciones europeas y que es la institución de heredero único. Normalmente ha tenido lugar dentro de regímenes de legítimas cortas o de libertad de testar y proclives a la conservación del patrimonio familiar, en la legislación que contiene aún normas inspiradas en el derecho histórico (v.gr. el «hereu» en Cataluña, la indivisión del caserío guipuzcoano) y, más recientemente, en aquellos países que prevén mecanismos excepcionales o anómalos de partición de la herencia con relación a los bienes de producción (por ejemplo, la atribución preferencial del establecimiento en Francia, España, Argentina, etc.). En los sistemas legitimarios juega un papel relevante y facilitador el pago de legítimas en dinero³⁵.

empresas son de origen familiar, en España el 71%, en Italia el 75%, en Alemania el 82%, en el Reino Unido el 76% y en los EE. UU. el 90%. Paloma DE BARRON ARNICHES y Rosa PLA MATEU, «El pacto sucesorio de atribución particular: un mecanismo eficaz de transmisión de la empresa familiar», *Revista de Contabilidad y Dirección* (Barcelona), n. 22 (2016), pp. 45-83, 2016. Asimismo, estadísticamente, cinco de cada diez empresas familiares agropecuarias, no llegan a la segunda generación, y entre estas, siete de cada diez, no llegan a la tercera generación.

35. Se ha sostenido que, fruto de la tradición jurídica de la sucesión contractual del heredamiento, «Cataluña es hoy en día una de las zonas geopolíticas de mayor actividad empresarial de Europa a diferencia de otros territorios en los cuales la legislación prohíbe de forma imperativa la institución de los pactos sucesorios, –Italia, Portugal y todos los territorios españoles sujetos al Código Civil–, y provoca la disgregación y división del patrimonio familiar como consecuencia de la repartición a partes iguales del patrimonio hereditario». Paloma DE BARRON ARNICHES y Roser PLA MATEU, «El pacto sucesorio de atribución particular: un mecanismo eficaz de transmisión de la empresa familiar», *Revista de Contabilidad y Dirección* (Barcelona), vol. 22 (2016), pp. 45-83, p. 53. Por su parte, sostenía el gran foralista de tierra catalana y española, Juan B. Vallet de Goytisolo, que «hay un mínimo vital en la cantidad de tierras de cada calidad por debajo del cual no es posible que vivan las personas que integran una familia. Siendo así, la casa ya no puede desdoblarse más; los hijos que deseen establecer su nido, deberán abandonar el suyo originario [...] excepto uno –el heredero– que quedará encargado de per-



En cierto sentido, se recobrará el interés por testar y de disponer por actos entre vivos todo lo atinente a la continuidad del patrimonio familiar cuando se flexibilice el régimen sucesorio en aquellos Estados donde el sistema sucesorio es rígido.

En síntesis, por más que sean muchas y eficaces las herramientas legales que implemente un Estado para fomentar la continuidad de la propiedad familiar agraria, aquellas deben ir acompañadas de un hondo espíritu de familia, de tradición y de trascendencia. Sin estos últimos principios el fortalecimiento económico, social y político de la familia será estéril. La reedificación moral de la familia y, por extensión, de la sociedad, se debe basar en el espíritu religioso que otrora animó al Occidente cristiano, que le dará sentido de la existencia y la elevará por sobre la naturaleza infundiéndole el sentido del deber y de sacrificio, el respeto por el prójimo y por el principio de autoridad, la conciencia comunitaria y de cuerpo, la orientación al bien común y la vocación de eternidad.

5. Conclusión

Hemos mencionado los lineamientos generales del Derecho Comparado en materia sucesoria, destinados a favorecer la continuidad de la propiedad rural familiar.

Es verdad que en este terreno no existe ni una única fórmula, ni soluciones mágicas. Existen, en cambio, exigencias de orden público cuando se trata de enderezar el rumbo frente al fracaso estrepitoso de la ideología igualitarista (individualista o colectivista) aplicada al Derecho, máxime cuando las

petuarlo [...]». El orden natural reclama otra solución, «un solo hijo ha de perpetuar el nido, que según el rango de la familia no puede dividirse. Pero este hijo ha de incorporar toda su vida y sus desvelos a la misma labor de sus antepasados, vinculándose a la heredad, y ayudando a sus hermanos en su colocación o en su desgracia. Así el nido se conserva y en él se crían, en cada generación, hijos bien formados y preparados para fundar otro nuevo nido, en distinto lugar, puesto que sólo un hermano se puede quedar para perpetuar el primigenio». Juan VALLET DE GOYTSOLO, «La agricultura y la explotación familiar», *Revista Jurídica de Cataluña* (Barcelona), año LXIII, n. 1, (1964), pp. 112, 116-117.

consecuencias sociales de la atomización rural afectan principalmente a las familias con menos recursos, que son cada vez más numerosas.

Las innovaciones en materia legislativa requieren de una gradualidad y de una adecuación a las diferentes realidades, así como al clima moral y social de cada pueblo. En concreto, ha afirmado Gilbert Keith Chesterton que la meta de revivir el sentimiento de propiedad debe alcanzarse con paciencia, por etapas y con concesiones parciales.

Por su parte, Roca Sastre pedía «al legislador civil que no estorbe con sus normas, ya que debe darse prevalencia “al pacto, a las regulaciones voluntarias y a la fuerza fecundante de la costumbre, basta que el legislador establezca las líneas institucionales”, así como los preceptos necesarios para evitar abusos»³⁶.

En definitiva, es tiempo de rescatar el sentido familiar de la propiedad y de las sucesiones, lo mismo que procurar que la familia rural tenga una propiedad mediana y estable.

Es deseable, pues, que existan muchas familias propietarias o, más aún, que las naciones sean naciones de familias propietarias. La propiedad debe ser el respaldo de la familia, que la resguardará de la incertidumbre de los tiempos. Como señaló Pio XII es preciso «se fomente, donde sea, la difusión del patrimonio agrícola familiar económicamente eficiente [...], baluarte de sana libertad, un dique contra el peligro del urbanismo, una eficaz contribución a la continuidad de las sanas tradiciones del pueblo»³⁷.

Frente a la crisis, Gustave Thibon exhortaba: «Debemos ser ante todo hombres de lo eterno, los hombres que renuevan, por

36. Juan B. VALLET DE GOYTISOLO, «El Derecho en el pensamiento de Ramón M^a Roca Sastre», disponible en: http://www.rocasastre.es/_img_admin/1284890381El_derecho_en_el_pensamiento_de_RMRS.pdf?PHPSESSID=0390d09248277d5b3a9e24bc74d34d4c, fecha de consulta 30 de septiembre de 2020.

37. Pío XII, «Carta a la XXX Semana Social de Italia de 22 de septiembre de 1958», en *Doctrina pontificia III, Documentos sociales*, Madrid, BAC, 1964, p. 941.

una fidelidad despierta y activa, siempre cuestionada y constantemente renaciente, aquello que había de mejor en el pasado»³⁸.

Ya en la encíclica *Rerum Novarum* se proclamaba: «Si hay que curar a la sociedad humana, sólo podrá curarla el retorno a la vida y a las costumbres cristianas, ya que, cuando se trata de restaurar las sociedades decadentes, hay que hacerlas volver a sus principios»³⁹.

38. Gustave THIBON, *Les hommes de l'éternel. Conférences au grand public (1940-1985)*, París, Mame, 2012, p. 5. La traducción es nuestra.

39. Agrega el pontífice: «Lo que más contribuye a la prosperidad de las naciones es la probidad de las costumbres, la recta y ordenada constitución de las familias, la observancia de la religión y de la justicia, las moderadas cargas públicas y su equitativa distribución, los progresos de la industria y del comercio, la floreciente agricultura y otros factores de esta índole, si quedan, los cuales, cuanto con mayor afán son impulsados, tanto mejor y más felizmente permitirán vivir a los ciudadanos». LEÓN XIII, *Encíclica Rerum novarum, El mensaje social de la Iglesia*, Madrid, Ediciones Palabra, 1991, p. 41. En sentido análogo, ha escrito Léonard Gorse que el orden social pagano tuvo grandes plagas como el panteísmo, la idolatría, los impuros cultos saturnales, las diosas de la orgía, los sacrificios humanos, la esclavitud y la usura. El cristianismo, «la Iglesia, con la luz pura y deslumbrante de su doctrina, con el celo de su caridad ardiente y con los nobles impulsos de su heroica abnegación había logrado, a través de una lucha de quince siglos, hacer retroceder las tinieblas exteriores y doblegar, al yugo de saludables prohibiciones, estos espantosos desórdenes de la mente y del corazón del hombre. Sabemos, y cualquier hombre de sentido común debe comprender hoy, cómo la Reforma primero, bajo color religioso, la Filosofía después, en forma de razón, y por último la Revolución de 1793, bajo forma política, intentaron la rehabilitación del antiguo paganismo. Las diosas impuras volvieron a tener sus altares y las vulgares hortalizas de nuestros huertos reemplazaron a los santos del calendario. Por segunda vez, la idolatría pagana se creyó dueña del mundo. Pero este nuevo mundo era el mundo de las ruinas, de la proscripción, del asesinato, del saqueo, del incendio, el mundo imposible después de la obra cristiana, y que se entregó dichosamente al hombre de genio encargado de poner término a sus locuras y de devolverle parte de su dignidad perdida [...]. No nos engañemos, con toda su ciencia, sus inventos y sus descubrimientos, la civilización nos lleva a la barbarie. Por los desórdenes, los crímenes abominables, el cinismo de las infamias, la audacia de todas las perversiones que se despliegan a plena luz del día, es manifiesto que estamos marchando, y rápidamente, hacia la barbarie, culta si se quiere pero, por eso mismo, aún más bárbara. No lo dudemos

Ciertamente, mediante la propiedad familiar se contribuirá a resolver la cuestión social, todavía irresuelta, fortalecerá el tejido social y el predicamento político de la familia.

Chesterton decía en 1927 que «en el caso de la tierra [...] existe, sino una agitación espiritual, al menos los elementos de ella [...]. Se percibe un anhelo de tierra entre aquellos a quienes apenas se permite caminar sobre el suelo». En igual sentido, Le Play decía hace más de cien años que la familia pide libertad, y este clamor sigue aún vigente.

tampoco, la verdadera causa de esta decadencia es el predominio del dinero sobre la tierra; trastornando el orden natural de la creación, sustituyendo la producción y la fertilidad natural de la tierra por la fecundidad arbitraria del dinero, se han lanzado desórdenes y perturbaciones en la economía social querida por Dios y por Él establecida. Así se ha fabricado y organizado esta falsa economía política que tiene por base el poder del interés del dinero y no la fuerza productiva de la tierra» (la traducción es nuestra). Léonard GORSE, *La terre ou l'argent, qui l'emportera?*, París, Librairie Retaux-Bray, 1888, pp. 61-62, 204-205.

