

PATRIMONIO FAMILIAR

BENJAMÍN AGUILAR LLANOS

PROFESOR DE DERECHO CIVIL DE LA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Sumario: Introducción, Concepto y fundamento de la institución: Fundamento Antecedentes del patrimonio familiar: Antecedente mediato, el homestead; Antecedentes de la institución en el Perú Naturaleza jurídica de la institución, Ventajas e inconvenientes de la figura, Régimen legal del patrimonio familiar: Forma de constitución, El constituyente, Requisito previo para la constitución, Beneficiarios, Objeto del patrimonio familiar, Privilegios y limitaciones del patrimonio familiar, Facultad de arriendo del bien o bienes del patrimonio familiar, Terminación del patrimonio familiar, Patrimonio familiar es transmisible por herencia, Patrimonio familiar por mandato de la ley.

Introducción

La familia, célula vital de la sociedad, requiere para alcanzar un desarrollo óptimo, un soporte económico que le permita a sus integrantes obtener metas acorde con su naturaleza humana; este sustrato material, económico debe comprender bienes en cantidad suficiente que permitan dotar de una morada y fuentes de trabajo, liberándolos de la incertidumbre y riesgos propios de la sociedad actual.

Respondiendo a estos objetivos, surge en las legislaciones contemporáneas una figura jurídica que adopta diferentes denominaciones pero con una sola sustantividad y fin, la de protección al núcleo familiar.

El bien de familia, hogar de familia, asilo de familia, homestead, patrimonio de la familia, o patrimonio familiar, consiste en afectar un predio para morada del grupo familiar o un predio destinado a la agricultura, industria, artesanía o comercio que sirva como fuente de trabajo de la familia, y que agotado un procedimiento determinado, ese predio se convierte en inembargable e inalienable.

En Perú, la institución es recogida

recién a partir del código de 1936, con la denominación hogar de familia, sin embargo su poca o nula difusión impidió que la población hiciera suya la figura pese a los beneficios que ella entrañaba. Al expedirse la Constitución de 1979, el hogar de familia es elevado a la categoría de institución recogida por la carta magna; sobre el particular es de verse de la última parte del artículo 5to que el patrimonio familiar (antes hogar de familia) era inembargable, inalienable y transmisible por herencia; el código civil de 1984, recoge la institución con el nombre de patrimonio familiar, institución ésta que al expedirse la Constitución de 1993, ya no la recoge, lo que no implica que haya desaparecido la figura, sino que ésta sigue vigente, y su regulación legal, la tenemos en el código sustantivo.

El término patrimonio familiar resulta confuso, pues se asocia a lo que podríamos entender como los bienes de la sociedad conyugal, dentro de un régimen de sociedad de gananciales, e incluso es fácil comprobar cómo a nivel de abogados e incluso magistrados, al referirse al patrimonio familiar lo hacen aludiendo a los bienes sociales; a la par de ello, también es bueno reconocer que su poca difusión, cosa que ocurrió también con el código de 1936, conspira para su aplicación.

Concepto y fundamento de la institución

Guido Tedeschi expresa que el patrimonio familiar no significa patrimonio perteneciente a la familia, a la que no se le reconoce personalidad jurídica, ni significa patrimonio en copropiedad familiar de los cónyuges y los hijos, ni por último constituye una persona autónoma como si fuese una fundación, constituye en cambio un conjunto de bienes pertenecientes al titular de ellos y se distingue del resto de su patrimonio por su función, y por las normas que la ley dicta en su protección.

El patrimonio familiar, tal como la llama nuestra legislación, es regulado bajo diversas denominaciones; el homestead en Estados Unidos de Norteamérica; Argentina, Brasil y Uruguay lo legislan con el nombre de bien de familia; en Suiza es conocida como asilo de familia; en Portugal como casal de familia; Colombia y México como patrimonio de familia; en Venezuela como hogar de familia, denominación ésta que igualmente utilizó nuestro código civil en 1936, y en Italia y Perú se conoce como patrimonio familiar.

Para acercarnos con mayor propiedad a la institución en estudio, brevemente veremos cómo se ha definido la

institución bajo las denominaciones que ya hemos citado:

Bien de familia.- conjunto de objetos aprovechables y útiles que se emplean para satisfacer las necesidades del grupo familiar, los mismos que se hallan unidos por lazos de parentesco o convivencia.

Patrimonio familiar.- Para Italia es un régimen patrimonial que puede constituirse dentro del matrimonio y en el que están interesados no sólo los cónyuges, sino los hijos si existen; estas personas tienen derecho a estar rodeadas de una esfera económica que constituye el haber con que se atiende el sostenimiento.

Hogar de familia.- predio de propiedad del jefe de familia, y que es destinado para la morada de los integrantes de la familia y que goza de las características de ser inembargables e inalienable.

Asilo de familia.- pueden constituirse en asilo de familia los fundos agrícolas o industriales y las casas habitación y que reúnen ciertas condiciones legales, estos bienes no pueden ser gravados en adelante, pero igualmente el propietario no puede venderlo ni darlo en arrendamiento.

Homestead.- el término implica hogar y lugar y que podría significarnos como el lugar de la familia, en donde tiene asentado su hogar; se incluye no sólo la casa habitación, sino igualmente la finca y no sólo la rural sino también la de la ciudad.

Como es de observar la mayoría de las legislaciones conceptúan el patrimonio familiar como la finca de familia que conlleva implícitamente la posesión plena, ocupación efectiva, la inembargabilidad y la restricción de la enajenación contemplada por las leyes.

A la luz de nuestro código, el patrimonio familiar es una institución jurídica, por medio de la cual se afecta una casa habitación para que sirva de morada de la familia, o un predio destinado a la agricultura, artesanía, industria, comercio, para que sirva como fuente de ingreso del grupo familiar, y que a mérito de un procedimiento judicial o notarial, dichos bienes gozan del beneficio de ser inembargables, limitándose su enajenación, todo ello en protección de la familia, con lo cual se les asegura un techo donde vivir o una fuente de trabajo que les permita satisfacer sus necesidades económicas, lo que a su vez produce un sosiego y tranquilidad respecto de los riesgos que trae una sociedad moderna.

Fundamento

Siendo el fin último de la institución la protección a la familia, por ende se explica la figura en tanto se proteja o garantice un soporte económico que permita a los miembros del núcleo familiar desarrollarse.

A mediados del siglo XIX y principios del siglo XX, el derecho de propiedad y la institución familiar se compenetran en una institución de gran importancia, en la que la propiedad servirá de base a la familia para permitir su desarrollo, por cuanto las necesidades más elementales del ser humano, como son alimentación y habitación van a ser garantizadas con la existencia del bien de familia, hoy, según nuestra legislación, patrimonio familiar.

Por medio del patrimonio familiar lo que se busca es mantener a la familia unida, recordemos que la fija en un lugar determinado, e incluso de acuerdo a nuestra legislación, se exige que el grupo doméstico viva en forma permanente e ininterrumpida en el bien, siendo causa de extinción el abandono del patrimonio familiar, pues bien, "... al afincarse en un lugar determinado se contribuye a afirmar los vínculos éticos entre los componentes de la familia, facilita el cultivo de los hábitos domésticos, los mismos que nacen de la intimidad del hogar..."; hemos transcrito este texto del libro del doctor Cornejo Chávez, por cuanto son muy ilustrativas para informarnos sobre el fundamento moral de la institución.

El fin último del patrimonio familiar es la de dar estabilidad y seguridad al grupo familiar, tratando de liberarla de los riesgos y peligros del porvenir, en atención a los privilegios de que goza la institución como la de su inembargabilidad.

Sara Montero, en su texto de Derecho de Familia mejicano, refiere que el fundamento del patrimonio de familia radica en la protección judicial que al jefe de familia se le presta para que los acreedores no puedan disponer de tal patrimonio esencial para la subsistencia de la familia.

Antecedentes del patrimonio familiar

La institución en estudio tal como la concebimos en la actualidad, si bien es cierto que tiene su antecedente mediato en la legislación norteamericana, igualmente es cierto que los autores no están de acuerdo en cual es el origen

primigenio de la figura. Señalan algunos que tiene antigua raigambre, y creen descubrir su origen en uno de los libros del antiguo testamento; al respecto el doctor Miguel de la Lama en su comentario al código de procedimientos civiles de 1912, refiere la opinión de Bureau, quien señala que el origen del homestead se remonta hasta el pueblo hebreo por que en el capítulo XXXIX, versículo 6 del Deuteronomio, libro quinto del Pentateuco se lee "... no recibirán en prenda muela superior o inferior de un molino por que el que la ofrece empeña su misma vida, entregándole el único arbitrio de su subsistencia que tiene..." significando ello que el gravamen que pesa sobre un bien de trabajo, puede conducir a la pérdida del mismo, y consecuentemente, condenar al deudor a la miseria y desamparo.

Otros autores sostienen que en la Roma primitiva se entregaba a los pater familia, una porción de tierra para que establezcan su morada, en donde vivía con su esposa e hijos y esclavos sobre los que ejercía pleno dominio, igualmente establecía su rebaño y el resto de la tierra la dedicaba al cultivo; esta figura era conocida como el heredium; obsérvese las características de esta figura muy parecidas al antecedente de la institución, esto es el homestead.

Sin embargo no hay en el Derecho Romano indicios o figuras que puedan considerarse como antecedentes del patrimonio familiar tal como actualmente la concebimos.

En el Derecho medieval español, encontramos en el Fuero Viejo de Castilla, que una figura parecida a la institución en estudio fue considerada; en efecto este conjunto de normas instituyó el patrimonio de familia a favor de los campesinos que lo constituían la casa, el huerto y la era, bienes que eran inembargables, así como las armas, el caballo y la acémila.

Antecedente mediato, el homestead

Nace en Norteamérica y para ser más preciso en Texas, para luego extenderse a los demás estados y posteriormente llegar a Europa, donde toma características propias. El término homestead (casa-hogar-domicilio) significa en su acepción más alta los bienes de familia y en Estados Unidos de Norteamérica sirve para definir dos instituciones distintas, el homestead lowe y el homestead exception.

Homestead Lowe.- Aparece en 1839 en el Estado de Texas; se concede al co-

lono, o cualquier persona que haya declarado su propósito de ser ciudadano el derecho de ocupar a título gratuito 160 acres, que en las comarcas mejor situadas era 80 acres de terreno público inculto, por un período de 5 años para explotarlos personalmente, quedándoles prohibido gravar, hipotecar dichos terrenos, y una vez transcurrido este término pasan a su dominio pleno, extendiéndoles el título de dominio respectivo.

Con la ley de 20 de mayo de 1862, el gobierno federal quedó facultada para donar una porción de terreno de dominio público, pero quien solicitaba esta donación debería someterse al cumplimiento de determinadas condiciones, las mismas que si eran cumplidas, convertían a estas personas en propietarios de dichos bienes, pero con carácter temporal, por cuanto para convertirse en exclusivos propietarios debían establecerse en el terreno dentro de los 6 meses siguientes y luego de establecerse debían vivir en él. o cultivarlo durante 5 años en forma ininterrumpida, prohibiéndosele tener otro dominio en ese período. Esta explotación tenía que ser personal, sin embargo se concedía la posibilidad de que los hijos menores, la mujer viuda, o mujer abandonada podía completar los 5 años; como lógica consecuencia si la persona que obtuvo el título provisional, abandonaba el bien o no lo explotaba durante seis meses, perdía en forma definitiva el derecho.

El homestead lowe tuvo como fin estimular y lograr el asentamiento de colonos en las nuevas tierras logrando la expansión territorial, y para ello se protegió los elementos de trabajo de la familia, estableciendo así la inviolabilidad de la morada; obsérvese en ello un fin socio político.

Homestead exemption.- Nace como complemento del lowe; pertenece a la legislación particular de cada Estado y cuyo objeto sigue siendo el de proteger la propiedad de la familia.

Consiste en el domicilio de un ciudadano y su familia que por mérito de una declaración (la ley consignaba tal exigencia), la propiedad de ese inmueble quedaba exento de ser embargado civilmente, pero tal inembargabilidad tenía un límite, sólo eran las propiedades rurales de 50 acres, los instrumentos necesarios para el cultivo, 5 vacas, dos yuntas. Este beneficio no se limitaba a las propiedades rurales, sino que se extendían igualmente a las propiedades urba-

nas, a las que también se les fijaba un límite, inmuebles cuyo valor no superara los 500 dólares y un mobiliario de 200 dólares, en consecuencia el exceso de esos valores si era embargable.

El homestead exception exigía el cumplimiento de ciertos requisitos, propiedad de la finca y la sujeción a ciertas exigencias legales, tales como ser ciudadano, la declaración de que el afectado somete la finca al régimen del homestead; ahora bien, importante resulta precisar que la inembargabilidad sólo tenía lugar para aquellas deudas contraídas con posterioridad a la declaración del homestead, pero no para las deudas anteriores a su constitución.

El homestead exception busca proteger a la mujer e hijos del constituyente, respecto de sus acciones negligentes o dolosas en que pudiera incurrir y que como consecuencia de su mala gestión, dichos beneficiarios se quedarían sin techo, mobiliario o fuente de trabajo, en consecuencia la figura otorga tranquilidad, sosiego y seguridad al grupo doméstico.

Figuras con ciertas características a la institución hemos encontrado en la **zadruga** en Bulgaria, y el **mir** en la Rusia Zarista, configurados por bienes familiares fuera de la potestad del jefe de familia que no podía venderlos ni gravarlos.

Antecedentes de la institución en el Perú

El código civil de 1852 ignoró la institución del patrimonio familiar, aún cuando algunos comentaristas creen encontrar en algunos artículos de dicho código características propias de la figura, así los artículos 1579, 1695 y 2233 referidos a los bienes de trabajo que eran declarados inembargables.

El código de procedimientos civiles de 1912 en su artículo 617 contenía las características del hogar de familia, ejemplo de ello es el inciso 6to que refería que no eran embargables los animales, máquinas e instrumentos indispensables al ejecutado para el ejercicio de la agricultura, minería u otra industria a la que estuviera consagrado.

Es con el código civil de 1936 que recién se incorpora la figura con el nombre de hogar de familia, y así el jefe de una familia podía destinar un predio para hogar de ella, y que los predios destinados a la agricultura, a la industria o a la habitación podía ser constituidos en hogar de familia siempre que no

excedan de lo necesario para el sustento o la morada de éste.

Características de la institución también encontramos en otras ramas del derecho: en el fuero agrario, por ejemplo la ley 15037 de reforma agraria, que refería que la unidad agrícola familiar eran inalienables e indivisibles; sobre el particular la unidad agrícola familiar implicaba que el agricultor y su familia debían cultivar la tierra sin empleo de mano de obra extraña, excepto en campaña agrícola, esta dedicación exclusiva le debería proporcionar al agricultor un ingreso suficiente para el sostenimiento de su familia y cumplir con las obligaciones de la compra de la parcela y aun permitirle cierto margen de ahorro. Estos lotes que se adjudicaban como unidades agrícolas familiares no podían venderse, ni gravarse, ni transferirse por ningún concepto antes de haber cancelado su precio y aún en el caso de haberlo pagado si no había transcurrido 10 años de la fecha de adjudicación.

La Constitución política de la república de 1979, eleva a la categoría de precepto constitucional la figura del hogar de familia, con el nombre de patrimonio familiar; en efecto el artículo quinto, última parte decía textualmente " la ley señala las condiciones para establecer el patrimonio familiar inembargable, inalienable y transmisible por herencia.". Curioso resulta constatar que la Constitución de 1993, elimina de su texto la figura del patrimonio familiar, aún cuando ello no implica su eliminación de nuestra legislación positiva, la misma que viene regulada en el libro de Familia del código civil de 1984.

Naturaleza jurídica de la institución

Refieren algunos que el patrimonio familiar carece de sustantividad propia, por que no viene a ser sino un matiz del derecho de habitación: en efecto refieren que de la lectura de los artículos 1026 y 1027 del código civil se infiere que cuando el derecho de uso recae sobre una casa o parte de ella para servir de morada se establece el derecho de habitación, en consecuencia se diría que el patrimonio familiar, en su manifestación de casa habitación, constituiría un derecho de habitación a favor de los miembros del grupo doméstico: sin embargo en ambas figuras existen diferencias que la distinguen una de otra; en la habitación una persona resulta ser propietaria que cede las facultades de uso y disfrute, mientras que otras que no son propietarias usan y disfrutan del bien; ahora bien, en el patrimonio familiar el

propietario y los beneficiarios que él designe usen y disfruten del bien, y a propósito de los beneficiarios, en el patrimonio familiar necesariamente son parientes del titular del bien, cosa que generalmente ocurre también en la habitación, pero aquí cabe pacto en contrario; por otro lado el patrimonio familiar se constituye vía judicial o notarial, mientras que el derecho de habitación puede establecerse convencionalmente o por testamento y no requiere de trámite judicial. Hasta aquí algunas cuantas diferencias.

La autora mejicana Sara Montero refiere que el patrimonio familiar es un patrimonio afectación.

Si bien es cierto que el patrimonio familiar reúne algunas características del derecho real de goce de usufructo o de habitación, también lo es que tiene particularidades propias que se ubican en el ámbito de la familia, y por ello los privilegios y limitaciones que conlleva la institución le dan una autonomía propia y por que se separa una parte del patrimonio del titular del bien, para afectarlo a favor de la familia, y en tanto estén afectos a ellos ingresan a una suerte de isla legislativa, sobre la que no puede recaer ningún acto jurídico que recorte o sustraiga el patrimonio a la familia.

Ventajas e inconvenientes de la figura

Se critica al patrimonio familiar por cuanto señalan que se vulnera el principio de libertad restringiendo las facultades dominales; al respecto diremos que no encontramos asidero en esta crítica, por cuanto la constitución de la institución es voluntaria, a nadie se le obliga que la instituya, como por ejemplo, ocurre en las legislaciones mejicana a propósito de deudas alimenticias. Además debemos considerar que el Derecho igualmente tiende a dar seguridad jurídica, y en este caso esa seguridad la otorga a la familia, protegiéndola de los riesgos futuros.

Se sostiene que inmoviliza la propiedad de ciertos bienes sacándolos del comercio de los hombres; esta es una crítica seria, pero que sin embargo, al menos en nuestra legislación resulta parcial, por cuanto, la constitución del patrimonio familiar no es perpetua, se da la posibilidad en la misma ley de que por razones justificadas se extinga la figura, además de permitir ejercer algunos derechos, si no el de la enajenación, pero si la posibilidad del arriendo, y aún se permite el embargo parcial de los frutos del patrimonio.

Se sostiene y con razón, que el patrimonio familiar restringe el acceso al crédito; esta es una crítica justificada desde nuestro punto de vista; el propietario del bien afectado no puede obtener con la garantía que le podría proporcionar el bien un acceso al crédito, sobre el particular recordemos que el bien objeto del patrimonio familiar no puede ser dado en hipoteca ni anticresis. Resulta obvio la importancia que tiene el crédito en nuestros días, y por ello y a guisa de ejemplo diremos que existen muchos casos de personas que compran un inmueble para destinarlo como casa habitación, y la forma de compra venta es de alquiler venta, que lleva implícita la hipoteca legal por el saldo del precio; obsérvese en estos casos la imposibilidad de constituir estos bienes como patrimonio familiar por las exigencias legales de la no existencia de deudas cuyos pagos se vean afectados con la constitución del patrimonio familiar. Estos casos quizás son los que más requeriría de protección, como lo otorga la figura bajo comentario, pero legalmente no es posible, sin embargo existen antecedentes que si contemplaban estos casos, como por ejemplo la ley 13500 del 26 de enero de 1961 que estableció un régimen sobre asociaciones para la construcción y adquisición de viviendas; los inmuebles adquiridos o construidos conforme a las condiciones establecidas en dicha ley gozaban de los beneficios propios del hogar de familia (hoy patrimonio familiar) por mandato expreso de la ley y sin exigirse a los propietarios el requisito de no tener deudas que para constituir el hogar de familia exigía el artículo 462 del código civil de 1936. Creemos que en este punto debe haber una modificación en la legislación a fin de asegurar a los integrantes del grupo familiar un nivel de vida que permita su normal desenvolvimiento y se logre la inviolabilidad económica del bien o bienes afectos al patrimonio familiar, en tanto que los acreedores del constituyente no pueden dirigirse contra estos bienes; por otro lado, el patrimonio familiar favorece el desarrollo de la pequeña propiedad, pues un predio destinado a la agricultura, artesanía, industria, o comercio puede ser destinado como patrimonio familiar, impulsando con ello el trabajo obligatorio y colectivo del grupo doméstico.

Régimen legal del patrimonio familiar

Forma de constitución:

Por la importancia y consecuencias que entraña la figura, casi todas las legislaciones coinciden en exigir una forma en la que esté presente la publicidad, y

ello en resguardo, garantía de terceros que pudieran verse afectados con la constitución del patrimonio familiar. En algunos casos se exige otorgamiento de escritura pública, publicidad e inscripción registral (Brasil), en otros como la legislación mejicana, se requiere agotar un procedimiento judicial con la consiguiente inscripción registral.

El código civil de 1936, señalaba que el hogar de familia podía constituirse por escritura pública o por testamento. El procedimiento se iniciaba con una solicitud a la que se recaudaba la minuta de constitución, o el testamento; un extracto de esta solicitud se publicaba por 10 días y luego la resolución judicial e inscripción en el registro, la misma que era constitutiva.

El código civil de 1984 ya no menciona la constitución vía testamento, y ello por que, en el caso de herencia con herederos forzosos, no se puede afectar la legítima, por cuanto ésta como es conocido no permite condiciones ni modalidades, y establecer un patrimonio familiar con bienes que forman parte de la legítima es atentar contra los herederos forzosos, quienes no podrían disponer de estos bienes por las características de la figura, además los herederos capaces no tendrían por que estar obligados a respetar el patrimonio familiar, en todo caso se estaría produciendo un conflicto de normas.

En el presente, hay dos formas de constituir un patrimonio familiar; la vía judicial que implica solicitud, minuta de constitución, publicidad, resolución judicial y elevación de la minuta a escritura pública e inscripción en el Registro, y la otra vía, mucho más expeditiva, y que es una alternativa a la vía judicial, es el procedimiento notarial.

Constitución judicial del patrimonio familiar:

Según el artículo 749 del código procesal civil, el trámite a seguir es el proceso no contencioso. Este cuerpo legal trata la constitución del patrimonio familiar en los artículos que van desde el 795 al 801, y que podríamos resumir en lo siguiente: el constituyente deberá solicitar al Juez la constitución del patrimonio familiar, individualizando el predio que propone afectar, acompañando documentos que acrediten que el bien se encuentra libre de cargas y gravámenes; deberá precisar los beneficiarios indicando el vínculo familiar que une a ellos con el constituyente. A la solicitud se acompaña la minuta de constitución. Un extracto de esta soli-

cidad se publicará por dos días interdiarios, para el conocimiento de terceros que pudieran verse afectados; en el caso de no deducirse oposición, o desestimada ésta, el juez aprobará la solicitud de constitución con la opinión del fiscal provincial. Luego la minuta se eleva a escritura pública y posteriormente se inscribe en el Registro de la propiedad. Debemos anotar que la inscripción registral es indispensable, por que constituye un acto constitutivo, sino hay inscripción consideramos que no se ha constituido el patrimonio familiar.

Constitución del patrimonio familiar vía notarial:

La ley 26662, llamada ley de competencia notarial en asuntos no contenciosos, refiere en su artículo primero, que los interesados pueden recurrir indistintamente ante el Poder Judicial o ante el Notario para tramitar según corresponda, entre otros asuntos, la constitución del patrimonio familiar; en efecto en el título IV de esta ley, los artículos que van del 24 al 28 establecen el trámite a seguir para la constitución del patrimonio familiar, y que en síntesis podemos decir que son: la minuta con la declaración expresa de no tener deudas pendientes, acompañando las partidas que acrediten el vínculo del constituyente con los beneficiarios, el certificado de gravámenes del predio. El notario ordena la publicación de un extracto de esta solicitud, y si transcurridos diez días desde la última publicación no hay oposición, extiende la escritura pública y cursará los partes pertinentes al registro de la propiedad Inmueble.

Una nota importante que resaltar para optar por esta vía notarial, es que el constituyente no deba tener ninguna deuda pendiente, mientras que en el trámite judicial la exigencia está referida a que no se tenga deudas que se vean perjudicadas con la constitución del patrimonio familiar, en consecuencia se trata de dos situaciones diferentes. Si no se demuestra al notario que no se tiene deudas o al publicitarse la solicitud de constitución existe oposición, termina en forma inmediata la participación del notario que deberá de abstenerse de seguir conociendo tal constitución.

El constituyente:

El código de 1936 refería que era el jefe de familia quien podía destinar un predio para hogar de ella; esta figura del jefe de familia, que nos hace recordar al pater familia del derecho Romano, claro está, no con las atribuciones omnímo-

das de ésta, ha sido superado por la igualdad jurídica del hombre y la mujer. En este punto el código del 84 supera ampliamente al del 36, el cual suscitaba muchas dudas, como por ejemplo en familias extramatrimoniales, en la que uno se preguntaba quien era el jefe de familia, o en personas divorciadas con hijos comunes, quien podía constituir el hogar de familia. El código civil de 1984 nos señala quien puede constituir el patrimonio familiar, a saber:

- a. Cualquiera de los cónyuges sobre bienes de su propiedad, esto es sus bienes propios.
- b. Los cónyuges de común acuerdo sobre bienes de la sociedad, esto es, los bienes sociales.
- c. El padre o madre que haya enviudado o divorciado sobre sus bienes propios.
- d. El padre o madre soltera sobre bienes de su propiedad.
- f. Cualquier persona dentro de los límites en que pueda donar o disponer libremente en testamento.

Sobre esta última posibilidad, merece un comentario para evitar futuras confusiones; en efecto cabe preguntarnos si los legisladores al señalar cualquier persona dentro de los límites de la legítima, dejan abierta la posibilidad de que un tercero ajeno al grupo familiar pueda constituir patrimonio familiar; la redacción pareciera conducirnos a ello, pero si concordamos el artículo 493 del código civil con la norma del 495, en la que nos señalan quienes son los beneficiarios del patrimonio familiar, y el 496 inciso primero, vamos a concluir que esta posibilidad no existe. Nuestra legislación requiere necesariamente que el constituyente tenga vínculo de parentesco con los beneficiarios, sin embargo no deja de ser interesante la posibilidad de que el tercero constituya patrimonio familiar a favor de terceras personas, no parientes, que requieran protección y amparo. Al respecto Francesco Messineo en su texto Manual de Derecho Civil y comercial nos dice " la Constitución del patrimonio familiar por un tercero viene a ser un acto de liberalidad igual que la constitución en dote; esta constitución está sujeta a reducción si a la muerte de él resulta que la cantidad misma ha lesionado la legítima." En caso de que un tercero constituya el patrimonio familiar, éste se reserva la propiedad de los bienes, en aplicación estricta de la nor-

ma, ya que el patrimonio familiar no transfiere propiedad, sólo da derecho a los beneficiarios al uso y disfrute del bien, pero si este tercero fallece, el bien tendría que desafectarse y entrar a la masa hereditaria para su partición, lo que no ocurriría si el tercero constituye patrimonio familiar, bajo las normas de la donación como sugiere Messineo, pues en este caso tendríamos que estar a lo dispuesto en el artículo 1629 del código civil, referido a que nadie puede dar por vía de donación más de lo que puede disponer por testamento, siendo la donación inoficiosa en lo que exceda de esa medida.

A la luz de nuestro código civil, no es posible que un tercero constituya patrimonio familiar a favor de personas con las que no le une vínculo de parentesco; creemos que los legisladores al consignar el término cualquier persona en el inciso quinto del artículo 493 aluden a personas diversas a las mencionadas en los cuatro incisos anteriores, así tenemos que podrían ser: el abuelo respecto de sus nietos; el hermano mayor respecto de sus hermanos menores.

Requisito previo para la constitución Según el artículo 494 del código civil, para ejercer el derecho de constituir patrimonio familiar es requisito esencial no tener deudas cuyo pago sea perjudicado por la constitución; la razón de ser de la norma resulta justificada en atención a que el derecho no puede amparar actitudes dolosas de quienes con el argumento de proteger a la familia, burlen el legítimo derecho de sus acreedores, recordemos sobre el particular que ese bien se torna inembargable. Para evitar estos actos fraudulentos, tanto el proceso judicial como la vía notarial exigen la publicidad del acto, a fin de que los terceros interesados puedan oponerse a la constitución del patrimonio familiar, además se exige al constituyente que acredite que el bien, objeto del patrimonio, se encuentre libre de embargo, hipoteca, anticresis.

En otras legislaciones se establece que el patrimonio familiar sólo queda librado del riesgo de embargo y remate por deudas posteriores a su constitución, de tal modo que una simple comprobación de fechas resuelve el problema; en efecto todo acreedor que pueda comprobar que su crédito es anterior a la fecha de constitución del patrimonio familiar puede recaer sobre éste, como si no se hubiera producido la constitución, pero si el crédito es posterior a la constitución ya no podrá dirigirse contra ese bien, pagando su negli-

gencia en la concesión del crédito, pues de una fácil lectura de los registros pudo constatar que la persona con la que estaba contratando tenía afectado su bien en patrimonio familiar.

Repárese en que la norma no señala que el constituyente no tenga deudas, sino que estas deudas terminen siendo perjudicadas por la constitución del patrimonio familiar; caso diferente es la ley notarial. Por lo tanto la existencia de deudas no necesariamente significará un obstáculo para la constitución de la figura, si es que el constituyente tiene otros bienes que respalden el pago de sus deudas pendientes, pero si sólo tuviera un bien, sobre el que va a recaer el patrimonio familiar, y tuviera deudas pendientes, entonces no procederá la constitución, pues al afectarse el bien, se estaría perjudicando al acreedor, quien al momento de efectivizar su crédito ya no podría dirigirse contra ese bien, pues habría sido declarado inembargable, y eso es lo que se quiere evitar. En cambio, con la ley de notariado la exigencia es total, pues para optar por esta vía para la constitución del patrimonio familiar se requiere lisa y llanamente que el interesado no tenga deudas pendientes.

Beneficiarios:

Bajo la denominación de hogar de familia, el código de 1936, refería que el constituyente fijaba a los beneficiarios, pero esta facultad no era irrestricta, sino que estaba limitada a los parientes hasta el tercer grado, entendiéndose como tales al parentesco colateral que comprende a los tíos y sobrinos, mas no al parentesco en línea recta que como sabemos es ilimitado; el código se ponía en el caso de que el constituyente no se hubiera pronunciado sobre este punto, en este caso por propia disposición del cuerpo legal, los beneficiarios eran el constituyente, su cónyuge, sus descendientes menores o incapaces y sus ascendientes y hermanos que se encontraban en estado de reclamar alimentos, elementos de juicio usado en la legislación mejicana, que combina dos criterios para señalar a los beneficiarios: la relación parental y alimentaria.

El código civil de 1984, en el artículo 495, utilizando un término excluyente refiere que pueden ser beneficiarios del patrimonio familiar sólo los cónyuges, los hijos y otros descendientes menores o incapaces, los padres y otros ascendientes que se encuentren en estado de necesidad y los hermanos menores o incapaces del constituyente; aho-

ra bien, al utilizarse el término estado de necesidad que como sabemos alude a la insuficiencia y carencia de recursos de una persona para atender a sus necesidades, está refiriéndose al derecho alimentario. No se ha contemplado la posibilidad de que personas sin vínculo de parentesco con el constituyente, pero que vivan con él o dependan de él puedan gozar de este derecho, incluso no les alcanza el beneficio a los parientes colaterales del tercero y cuarto grado del propio constituyente.

Resulta curioso que el legislador no haya considerado dentro de los beneficiarios a los concubinos, sobre todo si, en un primer momento la comisión reformadora del código civil consignó tal posibilidad respecto de los concubinos varón y mujer que formaran una unión de hecho, con una vida en común no menor a dos años y sin impedimentos para contraer matrimonio, y no deja de llamar la atención ello, por cuanto si la finalidad del patrimonio familiar es proteger a la familia, y por otro lado nuestras familias peruanas no sólo tienen como fuente el matrimonio, sino que existen un buen número de ellas que hacen vida en común asumiendo las mismas responsabilidades y derechos de los casados pero no lo están, por cuanto su unión no ha sido sancionada legalmente, en consecuencia reconociéndose que el patrimonio familiar está dirigida a amparar a la familia, debió también considerarse no sólo a las familias matrimoniales (cónyuges) sino también a las familias extramatrimoniales (concubinos).

Es necesario precisar que el patrimonio familiar no transfiere propiedad a los beneficiarios, sino sólo el derecho de disfrutar del bien, así como que el mismo código señale en qué casos los beneficiarios dejan de serlo.

Objeto del patrimonio familiar:

Referido a los bienes que pueden ser objeto del patrimonio familiar; por ejemplo la legislación brasilera, artículo 70 la refiere sólo a un predio destinado a domicilio del jefe de familia y de sus beneficiarios que lo son los cónyuges y los hijos en tanto sean menores de edad. En nuestra legislación se dirige en primer término a proteger la casa habitación en que se encuentra instalado el núcleo doméstico y en segundo término al lugar de su trabajo, como fuente generadora de ingresos del grupo familiar; en definitiva comprende: Inmueble que sirve de vivienda a la familia, así como puede recaer sobre un

predio destinado al centro de trabajo familiar, agricultura, artesanía, industria o comercio, pero en cualquiera de los casos el patrimonio familiar no puede exceder de lo necesario para la morada o el sustento de los beneficiarios.

Resulta complejo determinar si dentro del patrimonio familiar debe comprenderse no sólo la vivienda sino también sus accesorios; sobre el particular es bueno recordar que el antecedente de esta figura, el homestead se extendía a todos los accesorios de la casa, pues si así no fuera, el deudor privado por el embargo de gozar de los accesorios, podría verse en la práctica obligado a abandonar el bien principal; de aquí que por ejemplo el homestead de un hacendado comprendía la granja, los establos y otros elementos necesarios y anexos que eran indispensables para el goce del homestead mismo, y que las tierras incultas o abandonadas no formaban parte integrante del homestead.

En el texto del doctor Cornejo Chávez, se lee que la ley francesa establece que el patrimonio familiar puede establecerse sobre una casa indivisa, pero que puede englobar tiendas colindantes o simplemente vecinas o recaer sobre una casa con tienda o taller, así como sobre el material, máquinas o instrumentos dedicados al comercio o industria de la explotación directamente realizado por una familia de artesanos.

En las legislaciones sudamericanas, preferentemente se establece un valor límite de los bienes que van a afectarse como patrimonio familiar (Argentina, Colombia, Uruguay que los denominan bienes de familia).

El legislador peruano con sano criterio deja al arbitrio del juez la decisión respecto a aceptar como patrimonio familiar los bienes necesarios para la morada o el sustento de la familia o desestimarlo por considerarlo que exceden estas necesidades, verbigracia, podrá aceptarse como patrimonio familiar un taller artesanal, pero no podrá serlo, sino se desea afectar más de dos talleres artesanales, o una casa habitación, pero no un edificio de viviendas, o una tienda comercial, pero no una cadena de tiendas comerciales.

Privilegios y limitaciones del patrimonio familiar:

Una vez constituido el patrimonio familiar, el bien o los bienes que lo constituyen entran a una suerte de isla legal sobre el cual no pueden recaer ningún

acto que tienda a limitarlo restringirlo o privarlo, y todo ello en resguardo y seguridad de los beneficiarios de la institución. Se señala que este régimen especial se traduce a través de privilegios que se otorga a la figura pero también restricciones o limitaciones a la propiedad del titular del bien, que sería el constituyente, pues bien analicemos por separado estos privilegios y limitaciones.

Privilegios o prerrogativas del patrimonio familiar:

Una vez constituido el patrimonio familiar se crea un régimen especial de amparo al bien o bienes que lo comprenden, es así que se produce la inembargabilidad de los mismos sin más excepciones que los que cada legislación taxativamente establezca; sobre el particular nuestro ordenamiento legal establece que el bien o los bienes que integran el patrimonio familiar son inembargables, sin embargo, y por excepción si podrán ser embargados los frutos del patrimonio familiar y sólo hasta las dos terceras partes; en efecto estos frutos pueden ser embargados por deudas provenientes de alimentos, condenas penales y tributos referentes al bien. Conviene analizar brevemente cada una de estas posibilidades de embargo de los frutos.

En cuanto a los alimentos debidos por el constituyente, es justificable el embargo en atención al carácter vital y de urgencia que tienen los alimentos, por cuanto su incumplimiento puede acarrear graves perjuicios a los acreedores alimentarios.

En lo que atañe a las condenas penales, están referidas a los actos delictuosos realizados por el constituyente, el mismo que recibe una sanción penal y la obligación de reparar el daño, esta reparación podrá ser cubierta a través del embargo de los frutos del patrimonio familiar, y ello es justificado, por que si bien es cierto se debe garantizar los bienes afectos a esta institución, pero también lo es que se debe garantizar el legítimo interés de las víctimas o agravados del delito cometido por constituyente, y si no hay otros bienes del infractor, entonces deberá atenderse esta reparación con los frutos del patrimonio familiar.

En lo que respecta los tributos referentes al bien que se adeudan al fisco, y que permite su pago vía el embargo de los frutos del patrimonio familiar, recibe crítica por cuanto dicen que el Estado no tiene por que tener preferencia

sobre otros acreedores, a quienes no se les permite embargar los frutos para realizar su crédito, mientras que al Estado sí se le da esta posibilidad por deudas derivadas de impuestos, contribuciones arbitrios que afectan al bien, objeto del patrimonio familiar, sin embargo si los bienes del patrimonio familiar gozan de los servicios públicos como los demás bienes, deben igualmente soportar su parte proporcional en las cargas públicas.

Se discute que el embargo recaiga sobre las dos terceras partes de los frutos, señalándose que es muy alto, y que sólo quedaría a favor de los beneficiarios un tercio, lo que no resulta justo; esto puede ser cierto, y quizás debamos ir a una reducción del porcentaje.

Limitaciones o restricciones que impone el patrimonio familiar:

Debemos precisar que en todo caso, estas restricciones a las facultades dominicales quedan justificadas en tanto se dirigen a proteger a los beneficiarios del patrimonio familiar.

Constituido el patrimonio, nace la obligación legal de habitar la casa y explotar directamente el predio, ello implica que no se puede realizar ningún acto jurídico que atente contra el cumplimiento de la obligación citada, es así que nuestro código civil señala que el patrimonio familiar es inalienable (en general se dice inalienable cuando no resulta posible enajenar por obstáculo natural o por prohibición convencional o legal), lo que significa que los bienes afectos al patrimonio familiar no pueden ser enajenados mientras subsista la afectación, lo que constituye una garantía fundamental para los beneficiarios, quienes tendrán la certeza de que el patrimonio siempre estará a su uso y disfrute, independientemente de que el constituyente haya variado su voluntad y decida unilateralmente revocar la constitución, por cuanto esto no es posible sin causa justificada y previa aprobación del Juez. Con este mismo criterio se restringe la facultad de constituir gravámenes sobre los bienes afectados, en tal mérito no pueden ser hipotecados ni dados en anticresis, por que de lo contrario surgiría, en el primer caso, el riesgo de la pérdida del bien, y en el segundo, se desnaturalizaría la figura, por cuanto la anticresis exige la entrega del bien al acreedor. No olvidemos que el patrimonio familiar persigue fundamentalmente asegurar la permanencia y estabilidad de la familia.

Facultad de arriendo del bien o bienes

del patrimonio familiar:

El código civil de 1936 no contempló esta posibilidad, con lo cual la crítica a lo que en ese momento se denominó hogar de familia, y hoy es el patrimonio familiar, tuvo mayor razón de ser, y ello en atención a que el bien o bienes que constituían el hogar de familia eran inalienables y por lo tanto no podía recaer sobre él ningún acto jurídico, con lo cual se sustraía del comercio de los hombres tal patrimonio, y sucedía que en situaciones de emergencia del titular del bien, no podía contar con ese bien afecto por que le estaba prohibido. Esta posición era compartida por casi todas las legislaciones a excepción de la mejicana que en su artículo 727 del código civil al referirse a la inalienabilidad del bien afecto al patrimonio familiar, como el de no estar sujeto a embargo o gravamen alguno, señalaba que por justa causa, la autoridad municipal del lugar donde se ubicaba el bien, si podía autorizar el arrendamiento o aparcería por un año, liberando a los beneficiarios de cultivarlo y habitarlo.

El código civil de 1984 refiere en el artículo 491, que los bienes del patrimonio familiar pueden ser arrendados sólo en situaciones de urgente necesidad, transitoriamente y con autorización del juez. Repárese en la fórmula legislativa, que habla de bienes, con lo cual se acepta que el patrimonio familiar lo constituya no sólo un bien, sino un conjunto de bienes, y por ello la autorización para alquilar alguno de ellos, sin embargo esta primera parte del artículo 491 estaría referido al patrimonio familiar cuando se traduce en un predio destinado a la agricultura, industria, comercio o artesanía, esto es cuando el patrimonio familiar se constituye sobre la fuente de trabajo del grupo familiar, verbigracia, en un pequeño fundo agrícola en donde existe un tractor, es lógico que tal bien, no se utilice todo el año, y que en esa época en que no estaría cumpliendo fin alguno si puede darse en arriendo, con lo cual se obtiene alguna renta que serviría para destinarlo al mismo grupo familiar.

El artículo 491 refiere igualmente que también se necesita autorización judicial para arrendar una parte del predio cuando sea indispensable para asegurar el sustento de la familia; aquí creemos que el legislador se está refiriendo al predio destinado a casa habitación, y por ello no es posible el arriendo de todo el predio, por que se estaría desnaturalizando la figura, sin embargo si cabe el arriendo de una parte de

ese predio (pensemos en el alquiler de una habitación, o lo que se suele llamar "pensión para señoritas")

En ambos casos se ha encontrado la salida para amenguar en alguna forma las restricciones que impone el patrimonio familiar, sobre todo cuando el titular del bien se ve en apuros económicos y no puede agenciarse de recursos vía la disposición ni el gravamen del bien, por que le está prohibido, pero si podría hacerlo a través del arriendo y con la debida autorización judicial.

Terminación del patrimonio familiar

Se admite que el patrimonio subsistirá mientras viva el constituyente, y algunos autores señalan que igualmente subsistirá mientras exista la situación de necesidad de la familia para la cual se constituyó aunque el constituyente haya fallecido. El código Italiano menciona que el hogar de familia se mantiene hasta el cumplimiento de la mayoría de edad del menor de los hijos, sin embargo la autoridad judicial puede disponer la disolución parcial cuando concurren razones de utilidad para que los hijos mayores de edad adquieran la parte que pertenece al resto sobre la cuota legítima. En Suiza el asilo de familia subsiste hasta el fallecimiento del propietario salvo que sea transferido a los herederos por disposición de su voluntad.

El código civil de 1936 peruano disponía que ordinariamente el hogar de familia subsistía mientras viva el constituyente y por excepción también cuando el Juez a pedido del cónyuge sobreviviente, tutor o de un hijo mayor de edad o del consejo de familia ordenaba la subsistencia del hogar de familia hasta que el último de los hijos llegara a la mayoría de edad, debiendo indemnizarse a los herederos mayores de edad que no aprovechen del hogar por el aplazamiento de la división y partición de los bienes. Igualmente contemplaba la legislación del 36 la posibilidad de que se revoque el hogar el familia por causa de fuerza mayor, que podría ser el cambio de residencia o que represente un obstáculo para su progreso o desenvolvimiento.

El código civil de 1984 en el artículo 499 refiere que el patrimonio familiar se extingue:

a. Cuando todos sus beneficiarios dejen de serlo; así los cónyuges dejan de serlo o mueren; los hijos menores o incapaces y los hermanos menores o incapaces, cuando mueren o llegan a la mayoría de

edad o desaparece la incapacidad; los padres y otros ascendientes cuando mueren o desaparece el estado de necesidad. En consecuencia para que desaparezca el patrimonio familiar ninguno de los beneficiarios deben seguir gozando de tal situación, bastando que sólo uno de ellos se encuentre como tal para que el patrimonio familiar continúe vigente.

b. Cuando sin autorización del juez los beneficiarios dejan de habitar la casa o de trabajar el predio un año continuo; pero y qué pasa cuando el abandono se produce por períodos que sumados exceden el año; en esta situación creemos que no se habría producido la extinción. Repárese que cuando estamos frente a una causal como la que comentamos, los mismos beneficiarios habrían desnaturalizado la institución.

c. Cuando habiendo necesidad o mediado causa grave, el juez a pedido de los beneficiarios lo declara extinguido; es de notar que el legislador concede esta facultad a los beneficiarios, dentro de los cuales obviamente está el constituyente. Sobre esta causal, los jueces deberían ser muy prudentes para conceder tal extinción, pues podría estar presentándose situaciones de injusticia, en las que levantado el patrimonio, luego se vende el bien, y los beneficiarios, que ordinariamente lo serían la cónyuge e hijos, se verían poco menos que en la calle.

d. Cuando el inmueble sobre el cual recae fuere expropiado. En este caso el producto de la expropiación debe ser depositado en una institución de crédito para constituir un nuevo patrimonio. Durante un año el justiprecio depositado será inembargable. Cualquiera de los beneficiarios puede exigir dentro de los seis primeros meses que se constituya el nuevo patrimonio (aún cuando debería ser dentro del año). Si al término del año mencionado no se hubiera constituido o promovido la constitución de un nuevo patrimonio, el dinero será entregado al propietario del bien o bienes expropiados. Las mismas reglas son de aplicación en los casos de destrucción del inmueble cuando ella genera una indemnización.

Patrimonio familiar es transmisible por herencia:

El artículo 488 del código civil, repitiendo casi textualmente lo que decía el artículo quinto de la constitución de 1979 señala que el patrimonio familiar es inembargable, inalienable y transmisible por herencia, sobre esto último cabe preguntarse cómo opera la transmisión.

Quizás las normas del derecho de familia o de sucesiones nos den luces sobre el particular, sin embargo en ninguno de estos libros del código civil encontramos normas claras que nos conduzcan a entender cómo opera la transmisión hereditaria del patrimonio familiar.

El constituyente del patrimonio familiar es propietario del bien afecto al mismo, por lo tanto, al producirse su fallecimiento debería extinguirse el patrimonio familiar para dar paso a la sucesión del causante y la transmisión de ese bien y otros existentes a favor de sus causahabientes según lo dispuesto en el artículo 660 del código civil, sin embargo ello no es así pues las normas del derecho de familia sobre patrimonio familiar nos señalan que, en la medida en que los beneficiarios continúen siéndolo, el patrimonio familiar no se extingue pese a la muerte del constituyente, sino que su condición legal seguirá vigente a favor de estos beneficiarios, implicando ello una suspensión en el derecho de los herederos a la partición del bien.

El código del 84 no desarrolla con claridad este tema como si lo hacía el código de 1936.

Refería el artículo 473 del anterior código que el hogar de familia (antecedente inmediato del patrimonio familiar) subsistía después de la muerte del propietario, si éste por acto de última voluntad dispuso que pase a sus herederos. Sin embargo cuando existían hijos menores al fallecimiento de aquél, el juez a pedido del cónyuge sobreviviente, del tutor, o de un hijo mayor de edad o del consejo de familia, podía ordenar la subsistencia del hogar hasta que llegue a la mayoría de edad el más joven de los hijos. En este caso debía indemnizarse a los hijos mayores de edad que no aprovechen del hogar por el aplazamiento de la partición.

Sobre el particular y apelando a la legislación extranjera, resulta interesante la fórmula empleada por el código Uruguayo que llama al patrimonio familiar, bien de familia (artículos 18 y 19) y refiere que éste no termina con la muerte del cónyuge constituyente pues en este caso el administrador del bien de familia será el cónyuge supérstite, y si se produjera la muerte de los dos cónyuges, igualmente no se extingue el bien de familia, en tanto existan beneficiarios menores de edad; en esta situación el administrador será el tutor o el curador en cada caso.

A continuación veamos algunas posibilidades que pudieran presentarse a propósito de la muerte del constituyente.

a. Muerte del constituyente y le sobrevive viuda (o) e hijos menores de edad.- en este caso es evidente que el patrimonio familiar subsiste, en atención a que todavía hay beneficiarios que continúan siéndolo y la vigencia de la institución es por mandato legal (artículo 499).

b. Muerte del constituyente y le sobrevive viuda(o) e hijos menores y mayores de edad.- existiendo beneficiarios como es la viuda e hijos menores subsistirá el patrimonio familiar, lo que implica suspender el derecho de partición de los herederos mayores de edad hasta que el último beneficiario deje de serlo, en tanto y por equidad creemos que los mayores de edad deberían gozar de un derecho de usufructo o indemnización, sin embargo no hay regulación sobre el particular.

c. Muerte del constituyente y le sobrevive viuda (o) e hijos mayores de edad.- según lo dispuesto en los artículos 731 y 732 del código civil el cónyuge supérstite tiene la prerrogativa para que le concedan el derecho de habitación vitalicio sobre el inmueble en el que existió el hogar conyugal, permitiéndole vivir en el bien hasta que se produzca algunas de las causales de extinción del derecho de habitación, entre tanto el derecho de partición de los herederos queda suspendido hasta la extinción de la habitación. Estos artículos del código civil aluden al derecho de habitación vitalicio, precisándose que tal figura adopta la condición legal de patrimonio familiar, por lo tanto si el cónyuge supérstite hace uso de este derecho, está siendo beneficiada con el patrimonio familiar, que en este caso es sancionado legalmente. No obstante ello, por las mismas normas del derecho de familia, el patrimonio familiar continuaría vigente, en tanto subsiste un beneficiario, que en este caso sería el viudo, o la viuda.

d. Muerte del constituyente y le sobrevive hijos menores de edad matrimo-

niales e hijos menores de edad extramatrimoniales.- en tanto que todos los hijos son iguales, tal como lo dispone la Constitución y el código civil, todos deberían de gozar del patrimonio familiar, y éste subsistir hasta la mayoría del último de los menores, sin embargo si los extramatrimoniales no fueron considerados como beneficiarios por el constituyente, en la práctica no usufructúan el bien, y a lo más tendrían como cuota hereditaria, una nuda propiedad sobre el bien, a la espera de que se extinga el patrimonio familiar para recién hacer uso del derecho de partición, y ello se complica si heredaran no sólo con sus medio hermanos, sino que igualmente estaría concurriendo a la herencia con la cónyuge del causante, y ésta termina haciendo uso de su derecho de habitación vitalicio. La situación injusta en la que quedarían los hijos extramatrimoniales pudo ser remediada si se les hubiera dado el derecho a ser indemnizados.

Es de notarse que las normas del derecho de familia sobre patrimonio familiar terminan modificando las normas de partición del derecho sucesorio, y todo ello con el objeto de proteger al grupo familiar llamados beneficiarios.

Ahora bien, la transmisión hereditaria no se refiere al bien que está afecto al patrimonio familiar (que en su momento y con las normas del derecho sucesorio se producirá a favor de los herederos) sino a la condición legal que recae sobre el bien, objeto del patrimonio familiar, y que como sabemos entraña prerrogativas, facultades a favor de los beneficiarios, así pese a la muerte del constituyente, el bien seguirá afecto a favor de los familiares, quienes podrán seguir usándolo y disfrutando del mismo, sin el riesgo y el temor de que pueda ser embargado, rematado o dispuesto, y todo ello por que si en vida del constituyente, éste, libre y voluntariamente afectó un bien en patrimonio familiar, producido su deceso, opera automáticamente la transmisión de esa condición legal, que no es otra que la de ser inalienable, en tanto los beneficiarios continúen siéndolo.

Patrimonio familiar por mandato de la ley:

El patrimonio familiar es una institución eminentemente voluntaria, a nadie se puede forzar a constituir un patrimonio familiar, en tal mérito llama la atención que por expresa disposición de la ley se pudiera constituir o darle la condición legal de patrimonio familiar a un bien o conjunto de bienes o patrimonio de una persona determinada, sin embargo eso es lo que estaría ocurriendo aparentemente en dos casos en nuestra legislación; veamos por separado los artículos 323 y 732 del código civil.

El artículo 323 refiere que cuando la sociedad de gananciales ha fenecido por muerte o declaración de ausencia de uno de los cónyuges, el otro tiene preferencia para la adjudicación de la casa en que habita la familia; hasta aquí es claro el derecho de preferencia de la cónyuge o cónyuge supérstite respecto del inmueble que sirvió de casa conyugal, sin embargo continúa diciendo el artículo que la preferencia estaría también para el establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar, con obligación de reintegrar el exceso de valor si lo hubiere. No cabe duda de que el legislador, en esta segunda parte, se estaría refiriendo al patrimonio familiar (ver artículo 489 del código civil), pero si ello fuera así, habría error, confusión, por cuanto como sabemos, el patrimonio familiar al morir el constituyente, continúa siéndolo, gozando de sus características peculiares, en tanto subsista los beneficiarios, y es de notar en el caso bajo comentario, que al sobrevivir la viuda (o) subsiste un beneficiario, y en consecuencia no es posible transferencia del patrimonio familiar.

Los artículos 731 y 732 del código civil, en el que el legislador concede la condición legal de patrimonio familiar al derecho de habitación ejercido por el cónyuge supérstite, si se trataría de un patrimonio familiar por mandato expreso de la ley, aún cuando creemos que pese a ese mandato legislativo, sería necesario cumplir con la forma de constitución para garantía de terceros.