



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO.**

FACULTAD DE DERECHO.

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL.

**“PATRIMONIO DE LA FAMILIA. EL ORIGEN DE SU
DESUSO.”**

T E S I S

Para optar por el Título de:

LICENCIADO EN DERECHO

P r e s e n t a:

VADIM MIXCOATL HUERTA CERVANTES

**ASESOR DE TESIS:
LIC. ARTURO VERDEJO ROMERO.**

21/2010

MÉXICO, D.F.

ENERO 2010



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL**

**OFICIO INTERNO SEMCIV 21/1/2010/01
ASUNTO:** Aprobación de Tesis

**DR. ISIDRO ÁVILA MARTÍNEZ,
DIRECTOR GENERAL DE LA
ADMINISTRACIÓN ESCOLAR DE LA U.N.A.M.,
P R E S E N T E .**

El alumno, **HUERTA CERVANTES VADIM MIXCOATL**, elaboró en este Seminario bajo la asesoría y responsabilidad del Lic. Arturo Verdejo Romero, la tesis denominada **"PATRIMONIO DE FAMILIA. EL ORIGEN DE SU DESUSO"** y que consta de 114 fojas útiles.

La tesis de referencia, en mi opinión, satisface los requisitos reglamentarios respectivos, por lo que con apoyo en la fracción VIII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, se otorga la aprobación correspondiente y se autoriza su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales de esta Universidad.

El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional. Dicha autorización no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen, haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de esta Facultad.

Reciba un cordial saludo.

"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F. 11 de febrero del 2010.

L. Castañeda R.

DRA. MA. LEOBA CASTAÑEDA RIVAS
Directora del Seminario

MLCR'aks.

México D.F. a 17 de Noviembre de 2009.

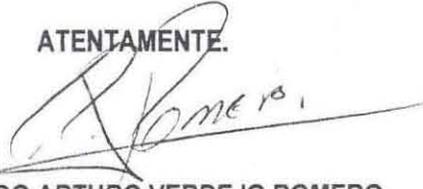
**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO.
FACULTAD DE DERECHO DE LA UNAM.
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL DE LA FACULTAD
DE DERECHO.
DIRECTORA DEL SEMINARIO DE DERECHO CIVIL.
Dra. Ma. Leoba Castañeda Rivas.
PRESENTE:**

ARTURO VERDEJO ROMERO, asesor de la tesis de licenciatura del C. VADIM MIXCOATL HUERTA CERVANTES, de manera respetuosa y por medio de este conducto expongo lo siguiente:

Que a través de este escrito, con fundamento en el artículo 20 del reglamento general de exámenes de nuestra universidad considero que el tesista C. VADIM MIXCOATL HUERTA CERVANTES con número de cuenta 404075165, con la tesis intitulada "PATRIMONIO DE LA FAMILIA. EL ORIGEN DE SU DESUSO", inscrita en ese H. seminario el día 14 de noviembre de 2008, ha concluido de manera satisfactoria con su trabajo profesional, no teniendo inconveniente alguno para que el tesista proceda a imprimir íntegramente y entregue el trabajo previamente revisado a ese H. seminario de derecho civil para los efectos correspondientes

Se expide la presente para los fines que convengan, y a solicitud del interesado agradeciendo de antemano su atención y quedo como su más seguro servidor.

ATENTAMENTE.


LICENCIADO ARTURO VERDEJO ROMERO.

Dirijo un profundo agradecimiento a mis padres el señor Hilario Huerta y la señora Cherry Cervantes, a mis hermanos Agustín Yariv, Deika Maetzi, Yarinka Tezelli, Edgar y en especial a Vadik Xocoyotl ¡Por fin te dejaste alcanzar no!

También agradecido estoy de la valiosa planta docente de la Facultad de Derecho de esta Universidad, en especial de mi maestro el licenciado Arturo Verdejo Romero por su apoyo ¡Estoy enormemente en deuda con usted!

Por último dedico este trabajo a mis amigos “Los auténticos de la L” en especial para Elizabeth Alejandra como una ofrenda por los momentos bellos que no volverán.

ÍNDICE.

CAPÍTULO I.	Págs.
I. LA FAMILIA.	
1. LA IMPORTANCIA Y EL CONCEPTO DE FAMILIA.....	2
1.1. La definición del concepto de Familia.....	4
1.2. El problema de las nuevas Sociedades de Convivencia.....	6
2. LA ETIMOLOGÍA DE LA PALABRA FAMILIA.....	6
3. LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA FAMILIA.	7
3.1. Las etapas Históricas de la Humanidad.....	8
3.1.1. El Salvajismo.....	8
3.1.2. La Barbarie.....	8
3.1.3. La Civilización.....	9
3.2. La Familia en las etapas de la Humanidad.....	10
3.2.1. La Convivencia Familiar Promiscua.....	10
3.2.2. La Convivencia Familiar Consanguínea.....	10
3.2.3. La Convivencia Familiar Sindiásmica.....	10
3.2.4. La Convivencia Familiar Monogámica.....	11
3.2.5. La Convivencia Familiar en la Roma antigua un ejemplo de Convivencia Familiar Monogámica.....	12
3.2.6. La Convivencia Familiar en el imperio Azteca un ejemplo de Convivencia Familiar Sindiásmica.....	13
4. LA FAMILIA EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.....	15
4.1. El Matrimonio en el derecho positivo mexicano.....	16
4.1.1. El Matrimonio como un acto jurídico.....	16
4.1.2. El Matrimonio como un conjunto de relaciones jurídicas entre los cónyuges.....	18
4.2. El Concubinato en el derecho positivo mexicano.....	21
4.3. La filiación de los hijos en el derecho positivo mexicano.....	22
4.3.1. Las relaciones jurídicas entre ascendiente-descendiente....	23
4.3.2. Las relaciones jurídicas entre descendiente-ascendiente....	24
5. LAS NUEVAS SOCIEDADES DE CONVIVENCIA.....	24
5.1. La Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal.....	24
5.2. La equiparación del concubinato con las sociedades de convivencia.....	26

6. EL CONCEPTO JURÍDICO DE FAMILIA.....	27
---	----

**CAPÍTULO II.
II. EL PATRIMONIO.**

1. LAS TEORÍAS EXPLICATIVAS DEL CONCEPTO DE PATRIMONIO.....	31
1.1. El Patrimonio como un conjunto de bienes, derechos y obligaciones de carácter pecuniario.....	31
1.1.1. La teoría clásica o del Patrimonio-personalidad (Aubry y Rau, siglo XIX).....	31
1.1.2. La teoría del Patrimonio-afectación.....	32
1.2. El Patrimonio como un conjunto de bienes, derechos y obligaciones de carácter Moral.....	32
2.1. La teoría del Patrimonio moral.....	32
2.2. El reconocimiento del Patrimonio moral en el Distrito Federal.....	35
2. LA ETIMOLOGÍA DE LA PALABRA PATRIMONIO.....	37
3. LAS CONSIDERACIONES PERSONALES RESPECTO DEL PATRIMONIO.....	39
4. LA TEORÍA ADOPTADA POR EL LIBRO PRIMERO, TÍTULO DUODÉCIMO DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	40

**CAPÍTULO III.
III. LAS FIGURAS AFINES DEL PATRIMONIO DE FAMILIA.**

1. LA COPROPIEDAD.....	43
1.1 Los derechos de los copropietarios respecto del bien común.....	44
1.1.1. El derecho de propiedad sobre una parte alícuota del bien común.....	44
1.1.2. El derecho para dividir el bien común.....	45
1.1.3. El derecho del tanto de los copropietarios.....	46

1.2. Las obligaciones generales de los copropietarios.....	47
1.2.1. Las modalidades en la Copropiedad.....	48
1.2.2. Las limitaciones en la Copropiedad.....	49
2. EL DERECHO DE HABITACIÓN.....	49
3. EL FIDEICOMISO.....	51
3.1. El concepto de Fideicomiso.....	51
3.2. Los antecedentes históricos del Fideicomiso.....	52
3.2.1. El Fideicomiso en el derecho romano antiguo.....	52
3.2.2. El trust en el derecho anglosajón.....	55
3.3. Los elementos del Fideicomiso mexicano.....	58
3.3.1. Los elementos personales.....	59
3.3.2. El elemento real.....	60
3.3.3. Los elementos formales.....	60
3.3.4. Los derechos y las obligaciones en el Fideicomiso.....	60
3.4. Las teorías explicativas de la naturaleza del Fideicomiso.	62
3.4.1. La teoría de la propiedad fiduciaria o limitada.....	62
3.4.2. La teoría del patrimonio autónomo (Le Paulle, Cervantes Ahumada).....	64
3.5. Las consideraciones personales de la naturaleza del Fideicomiso... ..	65
3.5.1. El fiduciario y la naturaleza de la detentación de los bienes fideicomitidos.....	66
3.5.2. La naturaleza del título del fiduciario: La prestación de un servicio profesional.....	67
3.5.3. La naturaleza de la protección de los bienes fideicomitidos.....	71
3.5.4. La naturaleza de la relación jurídica entre el fiduciario-fideicomisario.....	74
3.5.5. Las conclusiones del análisis del Fideicomiso.....	75

CAPÍTULO IV.
IV. EL PATRIMONIO DE FAMILIA.

1. LOS ANTECEDENTES DEL PATRIMONIO DE FAMILIA.....	78
1.1. El Mayorazgo en la Nueva España.....	78
1.2. Los antecedentes en México independiente.....	80
1.3. Los antecedentes en el Derecho Comparado. The Homestead del Derecho norteamericano.....	81
2. EL MARCO JURÍDICO DEL PATRIMONIO DE FAMILIA EN MÉXICO.....	85
2.1. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	85
2.2. Los elementos del Patrimonio de familia en los Códigos Civiles Federal y para el Distrito Federal.....	86
2.2.1. Los elementos personales.....	86
2.2.2. Los elementos reales.....	86
2.2.3. Los elementos formales.....	88
2.2.4. Los derechos y las obligaciones creadas por el acto constitutivo.....	90
2.3. El origen del desuso del Patrimonio de familia en el Distrito Federal.....	94
2.4. La propuesta de un mecanismo para incentivar la constitución del Patrimonio de familia en el Distrito Federal.....	96
2.4.1. El Notariado del Distrito Federal y el Instituto Nacional del Fondo de la Vivienda para los Trabajadores.....	96
2.4.2. El financiamiento de crédito para la vivienda del INFONAVIT en favor de los trabajadores.....	97
2.4.3. La formalización de la adquisición de vivienda de un trabajador con el financiamiento del INFONAVIT ante un Notario público.....	98
2.4.4. La intervención Notarial en la constitución del Patrimonio de familia.....	98
2.4.5. La constitución del Patrimonio de familia vía Notarial en la República de Colombia.....	101
2.4.6. Las conclusiones del trabajo: “Patrimonio de la familia. El Origen de su desuso.”.....	102

INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo tiene como objetivo analizar la institución del Derecho de familia denominada el Patrimonio de la familia regulada en el Código Civil para el Distrito Federal y en el Código Civil Federal.

En el Distrito Federal habitan 8.8 millones de personas aproximadamente las cuales conforman 2.2 millones de familias (Fuente: el Consejo Nacional de Población CONAPO). Desde el año 2001 hasta el año de 2009 se han constituido en el Distrito Federal *74 Patrimonios de familia*. (Fuente: Instituto de Información Pública del Distrito Federal). Realizando un cálculo estadístico de probabilidad tenemos lo siguiente: Si en ocho años se han constituido 74 Patrimonios de familia en el Distrito Federal entonces desde el año de 1917 (fecha de nacimiento de la institución) hasta el año de 2000, probablemente se han constituido 740 Patrimonios de familia solamente, es decir, **de 2.2 millones de familias existentes en el Distrito Federal solamente el 1% han constituido probablemente un Patrimonio de familia**. Con los datos anteriores fundamos nuestra hipótesis central del presente trabajo, el Patrimonio de familia es una institución en desuso.

El presente trabajo se divide en cuatro capítulos el primero tratará acerca del primer elemento de la institución, la Familia. El segundo capítulo tratará acerca del segundo elemento constitutivo de la institución, el Patrimonio. En el tercer capítulo analizaremos tres instituciones del Derecho positivo mexicano, que a nuestra consideración tienen una regulación análoga a la institución del Patrimonio de familia, nos referimos a la Copropiedad, la Habitación y el Fideicomiso para enriquecer el estudio realizado en el último capítulo. El cuarto y último capítulo tratará acerca del Patrimonio de familia en específico, analizando sus antecedentes y su regulación jurídica, tanto en el ámbito Local como en el Federal, para desentrañar la causa u origen de nuestra hipótesis central, para proponer un mecanismo para incentivar la institución en el Código Civil para el Distrito Federal.

CAPÍTULO PRIMERO:

LA FAMILIA.

I. LA FAMILIA.

“...La sociedad establece reglas, normas, prohibiciones y ritos que legitiman y regulan el acercamiento sexual entre los sujetos. Se intenta limitar la expresión de la reproducción humana a los vínculos permitidos socialmente...”.

María Rodríguez-Shadow.

Para dar inicio al presente trabajo de tesis el capítulo primero está destinado a uno de los elementos constitutivos del Patrimonio de familia nos referimos a la Familia. El Patrimonio de familia es una institución jurídica establecida con la finalidad de proteger económicamente a la Familia. El artículo 723 del Código Civil para el Distrito Federal -en lo subsecuente simplemente Código Civil- establece en la parte interesante lo siguiente:

*“...ARTICULO 723.- El patrimonio familiar es una institución de interés público, que tiene como objeto afectar uno o más bienes **para proteger económicamente a la familia** y sostener el hogar...”.*

Analizaremos la importancia de la Familia, su concepto, sus antecedentes históricos y su regulación jurídica en el Derecho positivo mexicano, empezando con el reconocimiento de esta institución social fundamental en los textos legales.

1. LA IMPORTANCIA Y EL CONCEPTO DE FAMILIA.

La Familia ha sido reconocida por el Estado mexicano mediante las diversas disposiciones legales cuyo fin común es otorgarle protección a su organización y desarrollo. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en su artículo 4 lo siguiente:

*“...Artículo 4o. El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta **protegerá la organización y el desarrollo de la familia...**”.*

En Diversos Tratados Internacionales ratificados por el Estado mexicano como la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en su numeral 16 lo siguiente:

“...Artículo 16

*“1. **Los hombres y las mujeres**, a partir de la edad núbil, **tienen derecho**, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y **fundar una familia**, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.*

...

*“3. **La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado...**”.*

El tratado internacional intitulado Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece en su artículo VI lo siguiente:

*“...Artículo VI: **Toda persona tiene derecho a constituir familia**, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella...”.*

La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José establece en su artículo 17 lo siguiente:

*“... Artículo 17. **Protección a la Familia***

*“1. **La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado...**”.*

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos ‘Protocolo de San Salvador’ en su artículo 15 establece lo siguiente:

“...Artículo 15.

*“1. **La Familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material.***

“2. Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna...”.

Lo anterior prueba el reconocimiento jurídico de la Familia en México, nuestro Derecho asigna la misión de regular la organización y protección de la Familia al Estado a través de la Ley porque es el grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros. De las anteriores disposiciones únicamente tenemos una idea acerca del concepto de Familia, sin embargo es necesario seguir el curso de nuestra investigación para alcanzar un concepto de la Familia, únicamente el artículo 338 del Código Civil establece lo siguiente:

*“...ARTICULO 338.- La filiación es **la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia**; por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros...”.*

La Familia es definida como el núcleo social primario compuesto del padre y/o madre y los hijos de éstos. Así las cosas estamos obligados a indagar en otros medios para precisar el concepto de Familia.

1.1. LA DEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE FAMILIA.

El diccionario de la lengua española define a la Familia como: *“...la gente que vive en una casa bajo la autoridad del señor; conjunto de personas de la misma sangre...”*¹

El diccionario establece dos elementos de la Familia: el primer elemento consiste en un conjunto de personas que conviven o cohabitan en un mismo domicilio, el segundo consiste en el elemento vinculatoria, las personas están unidas por relaciones de parentesco.

¹ *Diccionario océano practico de la lengua española.* Grupo editorial Océano, Barcelona España 1999.

El concepto de Familia hasta aquí parece no tener ningún problema o inconveniente, la Familia es un conjunto de personas que conviven en un mismo domicilio relacionadas por un vínculo de sangre o parentesco. Sin embargo nos enfrentamos con el primer problema ¿Que sucede cuando un menor de edad o mayor incapaz es sujeto a una adopción tal y como lo autoriza nuestra legislación civil? Del concepto de Familia del diccionario surge la siguiente pregunta ¿La relación existente entre la persona adoptante y la persona adoptada es de carácter familiar?

El artículo 390 del Código Civil establece el derecho de toda persona para adoptar a un menor de edad o mayor incapaz si así lo desea, siempre y cuando la persona adoptante reúna los requisitos establecidos en el mismo numeral. Reunidos los requisitos el Juez autorizará la adopción y le otorgará los efectos jurídicos establecidos en los artículos 395 y 396 del Código Civil del tenor siguiente respectivamente:

“...ARTICULO 395.- El que adopta tendrá respecto de la persona y bienes del adoptado, los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de la persona y bienes de los hijos...”

*“...ARTICULO 396.- El adoptado **tendrá** para con la persona o personas que lo adopten los mismos derechos y obligaciones que tiene un hijo...”*

El artículo 396 del Código Civil resuelve la pregunta. Las relaciones jurídicas entre la persona adoptante y la persona adoptada serán equiparadas tal y como si se trataran de las relaciones jurídicas entre el padre y el hijo. La adopción es un caso típico conforme a lo anterior de ficción legal. La persona adoptante de forma artificial-legal toma la calidad de padre y la persona adoptada toma la calidad de hijo para los efectos legales a que haya lugar. Asimismo la adopción es un caso típico en donde las normas jurídicas se adaptan a las necesidades sociales, nace la adopción como una opción para las personas o matrimonios incapaces para procrear descendencia teniendo el deseo de tener hijos.

Por lo anterior, la adopción viene a modificar de manera accidental la definición proporcionada por el diccionario del concepto de Familia, no solamente la Familia comprende al conjunto de personas unidas por vínculos sanguíneos (Parentesco por Consanguinidad), sino también la Familia comprende a las personas vinculadas por una adopción (Parentesco Civil), viniendo a ser ésta una especie de Familia artificial, pero reconocida para los efectos legales a que haya lugar como una Familia.

1.2. EL PROBLEMA DE LAS NUEVAS SOCIEDADES DE CONVIVENCIA.

La comunidad homosexual denominada 'lésbica-gay' como es sabido por todos, se compone de parejas del mismo sexo, en la mayoría de las veces estas parejas tienen los mismos propósitos de las parejas 'normales' conformadas por heterosexuales, es decir, la convivencia mutua y la crianza de sus hijos.

Una pareja homosexual lésbica tiene la posibilidad de tener descendencia mediante la inseminación artificial y métodos análogos de procreación. Conforme al artículo VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre toda persona tiene el derecho de constituir una Familia, por tanto, las parejas homosexuales ¿Tienen el derecho de constituir una Familia? Esta nueva cuestión nos obliga a seguir con nuestra investigación acerca del concepto de Familia, por tanto pasaremos a analizar el concepto etimológico de la palabra Familia.

2. LA ETIMOLOGÍA DE LA PALABRA FAMILIA.

La palabra Familia es derivada de la raíz del lenguaje antiguo Osco ('*famat*'.- *serviente*).

La Antigua Roma toma prestada esta raíz y la incorpora a su lenguaje, el término Familia viene a significar: el conjunto de esclavos y sirvientes que trabajaban para el mantenimiento del hogar y que se hallaban bajo la autoridad del *paterfamilias*.

El vocablo *Familia* en algunas disposiciones testamentarias dentro del derecho romano se emplea como sinónimo de *patrimonio*.²

La etimología del término Familia es confusa, la Familia en la actualidad es entendida a primera vista como el conjunto de personas que conviven y se relacionan por un vínculo de parentesco (por Consanguinidad, por Afinidad o Civil). En cambio, el concepto etimológico de Familia significaba en la antigua roma el 'patrimonio doméstico' conformado por el conjunto de esclavos y sirvientes considerados como 'cosas' en el Derecho romano antiguo. La concepción de la Familia actual es muy distinta a la idea concebida por los antiguos romanos.

El término *domus* de la antigua roma se asemeja mas a nuestro término actual de Familia, por ello, es incorrecto hablar de la Familia romana antigua como si se tratara de la Familia actual unida por lazos de parentesco, en la antigua roma la Familia comprendía únicamente a los esclavos, una especie de patrimonio. Seguimos con la investigación de la palabra Familia remontándonos a sus antecedentes históricos.

3. LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA FAMILIA.

Para el estudio de los antecedentes históricos de la Familia retomamos las ideas contenidas en el libro intitulado: *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado* de Federico Engels.

La historia de la Familia es la historia del hombre mismo, aquella nace desde la existencia misma del hombre. Federico Engels inicia su libro dividiendo la historia del hombre en tres estadios: el salvaje, el bárbaro y el civilizado, los primeros estadios comprenden la etapa prehistórica del hombre, el último estadio comprende la etapa histórica del hombre.

² Casas Roldan, Pablo. *Régimen jurídico de los bienes que constituyen el patrimonio de familia*. Tesis de Licenciatura de la UNAM. Facultad de Derecho. México, 1963. Página 20.

3.1. LAS ETAPAS HISTÓRICAS DE LA HUMANIDAD.

3.1.1. EL SALVAJISMO.- La etapa denominada salvajismo es el estadio mas antiguo de la existencia del hombre, consistía posiblemente en la permanecía del hombre en los bosques tropicales, vivía por lo menos en los árboles, esta es la única explicación razonable que se tiene, para demostrar la supervivencia del hombre entre grandes fieras salvajes. El hombre posteriormente comenzó a emplear el pescado como alimento, gracias al descubrimiento del fuego, con este nuevo alimento la vida humana se volvió independiente del clima y de los frutos del lugar siguiendo el curso de los ríos. Por último en esta etapa se inventa el arco y la flecha, creándose la caza de animales, proporcionando alimentación regular convirtiéndose en una ocupación normal.³

3.1.2. LA BARBARIE.- La etapa denominada bárbara tiene como rasgo característico la domesticación y la crianza de los animales, el cultivo primitivo de las plantas, gran parte de la alimentación del hombre se vuelve a base de carne y de leche. Posteriormente el hombre comienza a fundir los minerales en especial el hierro, descubriendo por primera vez el arado de hierro tirado por animales domésticos, lo cual hizo posible trabajar con la tierra a gran escala, inventándose la Agricultura, aumentando con ella los medios de existencia. Antes del cultivo solo circunstancias excepcionales hubieran podido reunir a más de medio millón de hombres en una sociedad.⁴

³ Marx, Carlos y Engels, Federico. *Obras escogidas en dos Tomos*. Editorial Progreso, Moscú 1960. Páginas 183 a 231.

⁴ *Ibidem...* Páginas 183 a 231.

3.1.3. LA CIVILIZACIÓN.- Es la etapa histórica del hombre dando inicio a la industria y a la producción artificial a gran escala de los medios de existencia, el invento del alfabeto. “...*El arco y la flecha fueron para el estadio salvaje lo que la espada de hierro para la barbarie y el arma de fuego para la civilización...*”.⁵

El desarrollo de la historia del hombre se debe al invento de instrumentos y de su ingenio para dominar paulatinamente a la naturaleza, los diversos inventos y los descubrimientos del hombre a través del tiempo lo llevaron a crear por si mismo, los medios de existencia necesarios, ya no era aquel hombre que se servía únicamente de los medios que la naturaleza celosa le proporcionaba, esta es la tesis del materialismo histórico. “...*La habilidad en esa producción -la de los medios de existencia- desempeña un papel decisivo en el grado de superioridad y de dominio del hombre sobre la naturaleza, ha logrado un dominio casi absoluto de la producción de alimentos. Todas las grandes épocas del progreso de la humanidad coinciden, de manera mas o menos directa, con las épocas en que se extienden las fuentes de existencia...*”.⁶

En cada estadio de la historia del hombre, encontramos un tipo de convivencia familiar predominante. Continuando con el autor Federico Engels, divide la convivencia familiar en *Promiscua*, *Consanguínea* – pertenecen al estadio salvaje del hombre-, *Sindiásmico* –estadio bárbaro- y la *monogamia* – estadio de la civilización-⁷.

⁵ *Ibidem...* Página 185.

⁶ *Ibidem...* Página 183.

⁷ *Ibidem...* Páginas 183 a 231.

3.2. LA FAMILIA EN LAS ETAPAS DE LA HUMANIDAD.

3.2.1. LA CONVIVENCIA FAMILIAR PROMISCUA.- La etapa de convivencia familiar más antigua del hombre está caracterizada por la total falta de prohibiciones respecto de las relaciones sexuales entre los hombres y las mujeres. Grupos enteros de hombres y de mujeres se pertenecían recíprocamente, para decirlo en otras palabras, la etapa de promiscuidad desde el punto de vista de nuestra sociedad actual era totalmente inmoral aunque para las personas de esa época era algo normal.⁸

3.2.2. LA CONVIVENCIA FAMILIAR CONSANGUÍNEA.- En la etapa de convivencia familiar consanguínea se establecen normas por primera vez para regular las relaciones sexuales entre los hombres y las mujeres, los ascendientes y descendientes están excluidos para procrear entre si, los hermanos entre si, primos, sobrinos y demás parientes pueden ser maridos y mujer unos de otros. En esta forma de convivencia los matrimonios por grupos siguen existiendo y el papel de la mujer tenía más importancia en comparación con la función desempeñada por los varones.⁹

3.2.3. LA CONVIVENCIA FAMILIAR SINDIASMICA¹⁰.- Esta etapa de convivencia familiar transformó los matrimonios por grupos, se prohibieron no solo las relaciones de carácter sexual entre ascendientes y descendientes, sino también se prohibió las relaciones entre hermanos. La creciente complicación de prohibiciones para relacionarse con familiares hicieron cada vez más difíciles las uniones de grupo.

⁸ *Ibidem...* Páginas 183 a 231.

⁹ *Ibidem...* Páginas 183 a 231.

¹⁰ **Sindiásmica.** Término de origen Hindú (*Sindyazo-* par) y (*Sindyasmos-* unir a dos). Familia fundada en el pareo de un varón y una mujer bajo la forma de matrimonio pero sin cohabitación exclusiva.

Surge entonces la convivencia familiar sindiásmica, en la cual un varón vive con una mujer principal de entre sus numerosas mujeres como una especie de esposa principal. El número de mujeres por cada hombre estaba determinado por la capacidad del marido para mantenerlas, la poligamia solo era autorizada en favor de los varones, restringiéndose este derecho a las mujeres.¹¹

3.2.4. LA CONVIVENCIA FAMILIAR MONOGÁMICA.- Las riquezas o medios de existencia a medida que iban en aumento dieron al hombre una posición mas alta e importante al lado del papel de la mujer en la familia, nació entonces en el hombre la idea de sacar ventaja de esta situación. Las anteriores formas de convivencia familiar tenían la característica de identificar la 'filiación materna' más no la paterna. En *la convivencia familiar promiscua* no se podía conocer quien era a ciencia cierta el padre, existió por tanto un sistema de filiación materna. El sistema de 'filiación materna' en esta etapa se transformó por un sistema de 'filiación paterna'. El hombre gracias a su posición nueva e importante impuso ciertas reglas, no solo para prohibir ciertas relaciones de carácter sexual ente las personas, sino también a la misma mujer y las reglas relativas de los testamentos. El comienzo de la convivencia familiar monogámica se debe a la transformación de los sistemas de filiación. El hombre para conocer a ciencia cierta quien era su descendiente impuso la monogamia a la mujer, bajo la pena de repudiarla y castigarla mediante el delito de adulterio.¹²

Los hijos varones descendientes del padre tenían el deber de seguir con la *domus* o la personalidad paterna mediante los testamentos, por tanto el conocimiento de

¹¹ Marx, Carlos y Engels, Federico. *Op. Cit...* Páginas 183 a 231.

¹² **Adulterio.** En la Roma Antigua el Adulterio se reguló en la Ley Julia de Adulterios del año 19 a.C. El Adulterio se configuraba cuando una mujer casada mantenía relaciones sexuales con un varón que no era su marido. El marido de la mujer adúltera podía matar en el momento al varón adúltero y debía despedir a su esposa dentro de los siguientes tres días y hacer saber al público el hecho. Martha Patricia Irigoyen. *Paulo Sentencias Libro Segundo*. Editorial UNAM, México 1994. Página 54.

la filiación paterna era importantísima, la herencia paterna no podía pasar a manos de un hijo bastardo. El derecho romano antiguo es prueba de la naciente forma de convivencia familiar monogámica.¹³

3.2.5. LA CONVIVENCIA FAMILIAR EN LA ROMA ANTIGUA UN EJEMPLO DE CONVIVENCIA FAMILIAR MONOGÁMICA.

Las normas en materia de convivencia familiar en la antigua roma tuvieron mucha semejanza con las características de la convivencia familiar monogámica, como por ejemplo el sistema de filiación paterna, el sistema de familia patriarcal así como también la imposición de la monogamia, sin embargo, en el caso del varón era tolerada la infidelidad en el caso de la mujer era castigada, por tanto la convivencia familiar en la roma antigua era monogámica con un matiz diferente a la convivencia familiar monogámica en la sociedad actual.

Las normas impuestas a la convivencia familiar del Derecho romano antiguo son una muestra de la regulación jurídica de las costumbres sexuales y de las normas para someter a la mujer al poder del paterfamilias (sistema patriarcal).

*“...el contenido de la familia (en la antigua roma) gira alrededor de tres instituciones la patria potestad, el matrimonio y la tutela...”*¹⁴

La posición jurídica del *paterfamilias* describe la función desempeñada de la convivencia familiar en la antigua roma, el *paterfamilias* es la figura dominante del derecho familiar “...el *paterfamilias* es dueño de los bienes, señor de los esclavos, patrón de los clientes y titular de los iura patronatos sobre los libertos. Tiene la *patria potestad* sobre los hijos y nietos, y muchas veces, como veremos, posee mediante la *manus* un vasto poder sobre la esposa y las nueras casadas *cum*

¹³ Marx, Carlos y Engels, Federico. *Op. Cit...* Páginas 183 a 231.

¹⁴ Guillermo Floris Margadant. *El Derecho Privado Romano*. Editorial Esfinge, México 2001. Página 195.

*manu. Además, es juez dentro de la domus, y el sacerdote de la religión del hogar...”*¹⁵

El *paterfamilias* (el que tiene poder sobre los bienes domésticos).- El *paterfamilias* es un romano libre y *sui iuris* independientemente si está casado o tiene algún hijo. Los poderes conferidos al *paterfamilias* son a saber:

a) *La manus*: mediante el convenio *in manu* una mujer entraba a la *domus* de un nuevo *paterfamilias*, el convenio podía realizarse independiente del matrimonio, la mujer se introducía a la nueva *domus* con la calidad correspondiente a una hija.

b) La Patria potestad: La Patria potestad confería un poder casi ilimitado en contra de los hijos legítimos, es decir por justas nupcias, el *paterfamilias* tenía el poder disciplinario, con la posibilidad de vender o matar a su hijo, el poder sobre el patrimonio del hijo salvo el peculio castrense. La Patria potestad duraba hasta la muerte del *paterfamilias*.

La necesidad de otorgar certeza a la descendencia del *paterfamilias*, se vio materializada con severas penas impuestas a la mujer adúltera en la Ley Julia, con el sistema de filiación paterna “...solo el parentesco por línea paterna cuenta en derecho...”,¹⁶ y con las justas nupcias. **El afán del romano por tener certeza de la paternidad de sus hijos es un rasgo característico del Derecho de familia romana.** Así la antigua convivencia familia romana era una pequeña monarquía.¹⁷

3.2.6. LA CONVIVENCIA FAMILIAR EN EL IMPERIO AZTECA UN EJEMPLO DE CONVIVENCIA FAMILIAR SINDIASMICA.

¹⁵ *Ibidem...* página 196.

¹⁶ *Ibidem...* página 195.

¹⁷ *Ibidem...* página 197.

“...El derecho del imperio azteca se manifiesta en costumbres, ligadas intimamente a la religión...”.¹⁸

Del estudio de la convivencia familiar azteca denominada *Cencalli* (*cen*-uno; *calli*-casa: una Familia) se toman prestadas las ideas apuntadas en base a dos libros de texto: *Introducción a la historia del derecho mexicano* del Doctor Guillermo Floris Margadant y *el Derecho precolonial* del licenciado Lucio Mendieta y Núñez.

El imperio azteca estaba conformado por una triple alianza política de los pueblos de Tacuba, Texcoco y Mexica, la triple alianza fue conformada por el cuarto *Tlahtoani* (*tla-toa-ni*: el que habla) Mexica llamado Izcoatl (*Iztli-coatl*: serpiente de obsidiana) aproximadamente en el año de 1427. La historia comenta el motivo de la alianza, el rey Izcoatl es nombrado *Tlahtoani* de los mexicas a raíz del asesinato del anterior gobernante mexica llamado Chimalpopoca (*Chimal-popotl*: escudo humeante), el asesinato fue llevado a cabo por ordenes del rey Tezozomoc de Azcapotzalco (*Azcatl-potzalli*: en el hormiguero), pueblo vecino de Tenochtitlan, los mexicas tuvieron siempre peleas con el reino de Azcapotzalco. El rey Izcoatl anteriormente fungió como *tlacochcalcat* (jefe de la casa de armas) motivándolo para emprender la lucha en contra de Tezozomoc dando inicio a la etapa expansionista del imperio azteca a los territorios de Guerrero, Oaxaca y todo el litoral del golfo de México.¹⁹

La convivencia familiar azteca tuvo como base las costumbres de las clases sociales a saber: la clase de los nobles *pipiltin* -comprendía la familia real, los jefes militares y los sacerdotes- y la clase inferior o *macehualis* -comprendía las familias de comerciantes, artesanos y agricultores-, asimismo existió la servidumbre (*mayeques*) y los esclavos (*tlacotlis*).²⁰

¹⁸ Guillermo Floris Margadant. *Introducción a la Historia del Derecho Mexicano*. Editorial Esfinge, México 2001. Página 18.

¹⁹ *Ibidem*... Páginas 17 a 26.

²⁰ *Ibidem*... Páginas 17 a 26.

La clase *pipiltin* acostumbraba la poligamia siempre y cuando el varón tuviera la posibilidad para mantener a las mujeres, sin embargo de entre todas ellas distinguía a una mujer 'legítima', con ella celebraba una especie de ceremonia religiosa basada en costumbres. En cambio la clase de los *macehualis* tenía por lo general una sola mujer como esposa (*zohuatl*) pero ello no era impedimento para la infidelidad del hombre. El matrimonio (*nemictiliztli*) era la base de la familia azteca. Los sistemas de parentesco distinguían entre el parentesco por consanguinidad y el parentesco por afinidad, este sistema servía para establecer las reglas de los impedimentos para contraer el matrimonio con algún familiar.²¹

En la convivencia familiar existió un tipo de patria potestad, la costumbre otorgaba el derecho al padre (*tahtli*) para educar al hijo varón (*conetl*) y la madre (*nantli*) a la hija (*cihuaconetl*). El hijo era enviado a los centros de educación o escuelas *calmecas* (*hilera de casas*) y los *telpuchcallis* (*casa de jóvenes*) a la edad de quince años hasta el día de su matrimonio concertado previamente por sus padres.²²

La convivencia familiar azteca estaba regida por las costumbres y tradiciones pertenecientes a cada una de las clases sociales. **La fuerza de la costumbre es para los habitantes del imperio azteca lo que la fuerza de la ley es para los habitantes de los estados actuales.** El trato histórico del concepto de Familia nos da una idea respecto del tema, ahora pasaremos a revisar las normas jurídicas del Derecho positivo mexicano en relación con la Familia.

4. LA FAMILIA EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.

En el presente apartado analizaremos el Derecho de Familia de forma concreta. La explicación de los puntos ya explorados por la Doctrina únicamente los

²¹ *Ibidem...* Páginas 17 a 26.

²² *Ibidem...* Páginas 17 a 26.

trataremos de manera general, solamente los puntos considerados todavía confusos desde nuestra opinión serán explicados con detalle.

El artículo 338 del Código Civil establece una idea acerca del concepto de Familia: es el núcleo primario conformado por el padre y/o la madre y su hijo. A su vez el artículo 138 Quintus establece lo siguiente:

*“...ARTICULO 138 Quintus.- Las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones **surgen** entre las personas vinculadas por lazos de **matrimonio, parentesco o concubinato...**”.*

Las fuentes creadoras de las relaciones jurídicas familiares conforme al dispositivo anterior son: el Matrimonio, el Concubinato y el Parentesco, pasamos a tratar estas tres figuras en el orden indicado.

4.1. EL MATRIMONIO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.

El Matrimonio es la base principal del Derecho de Familia, el Matrimonio puede considerársele desde dos ópticas: el Matrimonio como un acto jurídico y como un conjunto de relaciones jurídicas entre los cónyuges.

4.1.1. EL MATRIMONIO COMO UN ACTO JURÍDICO.

El Matrimonio consiste en un acto jurídico en virtud del cual dos personas de diferente sexo forman una unión libre para realizar la comunidad de vida. El acto jurídico del Matrimonio debe cumplir con una serie de requisitos legales y otorgarse ante el juez del Registro Civil para considerarse válido, es un acto jurídico solemne. Los requisitos legales deben estar conforme a lo dispuesto por los artículos 156, 157 y demás relativos del Código Civil.

El Matrimonio como acto jurídico ha sido considerado como una especie de contrato civil según la Doctrina. El contrato no es el medio jurídico indicado para

materializar las relaciones jurídicas originadas por el Matrimonio desde nuestra opinión. El artículo 1793 del Código Civil establece:

“...ARTICULO 1,793.- Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos...”.

Todo contrato produce y transfiere derechos y obligaciones pero no todos los derechos y las obligaciones se originan de un contrato.

Las normas jurídicas regentes de las obligaciones originadas en un contrato y materializadas en las cláusulas son de carácter dispositivas los contratantes mas no contrayentes pueden disponer de ellas, ya sea en el sentido establecido por la norma jurídica ya en contrasentido de la norma jurídica, siempre y cuando exista el consentimiento de las partes. En los contratos de tracto sucesivo pueden renovarse las obligaciones primitivas atendiendo al principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

En cambio, las obligaciones y los derechos originados en el acto jurídico del Matrimonio los contrayentes mas no contratantes no pueden disponer de alguna de las normas legales regentes. El artículo 138 Ter del Código Civil establece lo siguiente:

*“...ARTICULO 138 Ter.- **Las disposiciones que se refieran a la familia son de orden público e interés social** y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad...”.*

Los contrayentes no cuentan con el principio de la autonomía de la voluntad de las partes para la creación y novación de las obligaciones, los consortes se adhieren a las normas jurídicas del Matrimonio por el asentimiento más no por el consentimiento, por ejemplo los cónyuges deben procurarse entre ellos un Respeto, el deber de Respeto entre los cónyuges es fundarte únicamente del derecho de cumplirlo, y no del derecho por optar o no por su ejercicio, el Respeto no es un derecho fundante sino un deber jurídico, los consortes no pueden disponer en contrasentido de las normas regentes del Matrimonio.

El acto de Matrimonio es una *constitutionem*²³ desde nuestro punto de vista, la constitución es el acto jurídico mediante el cual un orden es establecido y garantizado para el futuro, las normas establecidas no pueden ser dispositivas.

La diferencia entre las contrataciones y las constituciones radica en los bienes jurídicos objeto de regulación, el objeto directo de las contrataciones son cosas o hechos patrimoniales, el objeto directo de las constituciones es la regulación de los poderes entre las personas. Toda comunidad entre humanos no puede dejarse a las meras contrataciones de las partes, sino mediante las constituciones se deben regular y garantizar las normas que rigen las actividades personales. Las constituciones son regímenes en donde hay por una parte un Regidor y por la otra un Regido, la constitución tiene el propósito de regular la actividad del Regidor frente al Regido, es decir, relaciones personales de poder. Por lo anterior, las constituciones están establecidas para las comunidades políticas, para las comunidades empresariales o sociedades, y en la especie para las comunidades Familiares.

4.1.2. EL MATRIMONIO COMO UN CONJUNTO DE RELACIONES JURÍDICAS ENTRE LOS CÓNYUGES.

La celebración del Matrimonio entre el hombre y la mujer atribuye un nuevo estado civil el de: casado, cónyuge²⁴, consorte²⁵, esposo²⁶ (a). El cónyuge es aquella

²³ **Constituere:** "...el verbo *constituere* significa establecer y garantizar...". Martha Patricia Irigoyen. *Sobre el significado de las palabras (digesto 50.16)*. Editorial UNAM, México 2005. Página 23.

²⁴ **Cónyuge:** Del verbo latino (*coniungo*: uncir, atar al yugo bueyes o mulas), evidentemente servía para utilizar a los animales para arar la tierra en la agricultura primitiva.

²⁵ **Consorte:** Del adjetivo latino (*sortis*: suerte, azar) y la preposición (*con*: junto, acompañado).

²⁶ **Esposo:** "...Vlpiano, Sobre los Esponsales. Pero dijéronse sponsales, de *spondere* (prometer), porque fue costumbre de los antiguos estipular y prometer para si sus futuras mujeres...". Ver el Libro XXIII, Título I del Digesto del Emperador Justiniano año 533.

persona unida en recto, legítimo y sagrado Matrimonio. Las relaciones jurídicas originadas son a saber:

A) El origen del parentesco por afinidad.- El artículo 294 del Código civil establece lo siguiente:

*“...ARTICULO 294.- El parentesco de afinidad, es el que **se adquiere por matrimonio o concubinato, entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos...**”.*

En las Siete Partidas del rey Alfonso X el sabio, Título VI, Partida Cuatro se establece el parentesco artificial de Cuñadía o como en nuestro derecho se denomina el parentesco por afinidad. El texto explica lo siguiente: Los Santos Padres de la Iglesia establecieron el parentesco de cuñadía porque observaron los problemas derivados entre los Matrimonios de personas con parentesco por afinidad, siendo indebido e incorrecto esa especie de Matrimonios.

El amor entre parientes con parentesco de Cuñadía era distinto al amor entre los esposos. Las relaciones amorosas entre parientes afines ocasionaron pleitos entre las familias, separándolas por enemistades, los Santos Padres concluyeron equiparar artificialmente el parentesco de Cuñadía con el parentesco natural o consanguíneo. Por lo anterior la cuñada de un varón es en derecho una hermana legalmente artificial, asimismo el suegro de una mujer, se convertía en un padre legal. En caso de divorcio la mujer no podía contraer nupcias con su suegro. El artículo 156, fracción IV del Código Civil, impide el Matrimonio entre las personas con parentesco de Cuñadía o afines en línea recta por las mismas razones.

B) Las Obligaciones.- los artículos 162, 163 y 164 del Código Civil establecen las obligaciones siguientes:

*“...ARTICULO 162.- Los cónyuges están obligados **a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio** y a socorrerse mutuamente...”.*

“...ARTICULO 163.- Los cónyuges **vivirán juntos en el domicilio conyugal**. Se considera domicilio conyugal, el lugar establecido de común acuerdo por los cónyuges, en el cual ambos disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales...”.

“...ARTICULO 164.- Los cónyuges **contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación** de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades. A lo anterior no está obligado el que se encuentre imposibilitado para trabajar y careciere de bienes propios, en cuyo caso el otro atenderá íntegramente a esos gastos...”.

C) Los derechos sucesorios.- En caso de fallecer uno de los cónyuges y de no haber otorgado testamento, la Ley suple la voluntad del *de cuius* para otorgar al cónyuge *supérstite* un derecho a la masa hereditaria conforme a la concurrencia establecida en los artículos 1624, 1625 y demás relativos del Código Civil.

Cuando el cónyuge *supérstite* concurre únicamente sin que se presente algún otro familiar del *de cuius*, sucederá en todo los bienes de su difunto consorte. Asimismo cuando el cónyuge *supérstite* y algún descendiente del *de cuius* concurren a la repartición de la masa hereditaria cada uno sucederá por stirpe siempre y cuando el primero no tuviese bienes, es decir si el *de cuius* procreó cinco hijos, cada uno de ellos más el cónyuge *supérstite* sucederán en partes proporcionales la herencia como si fueran seis los descendientes. Cuando el cónyuge *supérstite* y alguno de los ascendientes del *de cuius* concurren a la repartición de la herencia, el primero sucederá la mitad de los bienes, mientras tanto el o los ascendientes sucederán la otra mitad de los bienes del *de cuius*. Por último si el cónyuge *supérstite* y el o los hermanos del *de cuius* concurren a la repartición de la masa hereditaria, el cónyuge sucederá las dos terceras partes de los bienes, mientras tanto la tercera parte restante se repartirá entre los hermanos del *de cuius*. Lo anterior queda simplificado en el siguiente cuadro:

CUANDO CONCORRE A LA REPATACION DE LA HERENCIA:	PROPORCION DE BIENES DE LA HERENCIA QUE SUCEDEN.
Solamente el cónyuge <i>supérstite</i> .	Sucede el 100% de la herencia.
El cónyuge <i>supérstite</i> y algún descendiente del <i>de cujus</i> .	Sucede cada uno como estirpe siempre y cuando el cónyuge <i>supérstite</i> no tenga bienes.
El cónyuge <i>supérstite</i> y algún ascendiente del <i>de cujus</i> .	El cónyuge <i>supérstite</i> sucede el 50% de la herencia y el resto los ascendientes.
El cónyuge <i>supérstite</i> y algún hermano del <i>de cujus</i> .	Sucede las 2/3 partes de la herencia el cónyuge <i>supérstite</i> , el resto los hermanos.

4.2. EL CONCUBINATO EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.

El Concubinato es una forma de convivencia familiar *de facto* entre el concubinario y la concubina a diferencia del matrimonio, sin embargo el derecho positivo mexicano reconoce efectos jurídicos a este tipo de convivencia familiar, el artículo 291 ter del Código civil establece lo siguiente:

“...ARTICULO 291 Ter.- Regirán al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que le fueren aplicables...”.

Esta especie de convivencia familiar tiene efectos jurídicos siempre y cuando se reúnan los requisitos del artículo 291 bis. del siguiente tenor:

“...ARTICULO 291 Bis.- La concubina y el concubinario tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que *sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo.*

No es necesario el transcurso del período mencionado cuando, reunidos los demás requisitos, tengan un hijo en común.

Si con una misma persona se establecen varias uniones del tipo antes descrito, en ninguna se reputará concubinato. Quien haya actuado de buena fe podrá demandar del otro, una indemnización por daños y perjuicios...”.

4.3. LA FILIACIÓN DE LOS HIJOS EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO.

La Filiación es la tercera fuente creadora de las relaciones jurídicas familiares. El matrimonio y el concubinato crean relaciones jurídicas entre los cónyuges y los concubinos respectivamente únicamente, mientras tanto la filiación es creadora de las relaciones jurídicas entre el padre y/o la madre y su hijo.

Las relaciones jurídicas entre los padres y el hijo nacen de dos maneras. El artículo 324 del Código Civil establece la primera forma:

*“...ARTICULO 324.- **Se presumen hijos de los cónyuges**, salvo prueba en contrario:*

“I.- Los hijos nacidos dentro de matrimonio; y

“II.- Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial...”.

El artículo 360 del Código Civil establece la segunda forma:

*“...ARTICULO 360.- La filiación también se establece por **el reconocimiento de padre, madre o ambos** o por una sentencia ejecutoriada que la (sic) así lo declare...”.*

Como un paréntesis, el origen de la palabra Filiación es interesante. El término tiene su origen en el lenguaje latino (*filia*: hija) y (*filius*: hijo). Sin embargo el antecedente remoto de la palabra es de origen Griego (Φύλλον-*filon*: hoja de árbol, de la misma raíz Φυτον-*fiton*: planta). La cultura de la antigua roma fue

enriquecida por la cultura Helénica, gracias al comercio entre estos antiguos pueblos, esto se vio reflejado en el lenguaje también, donde hubo importación de términos. Los latinos toman prestada la palabra Φύλλον-filon para realizar una especie de metáfora. La Familia es representada como un árbol, el tronco representa a los padres que se extiende mediante ramas y hace nacer las hojas, es decir a los hijos del tronco. Las relaciones jurídicas originadas por la filiación son a saber:

4.3.1. LAS RELACIONES JURÍDICAS ENTRE ASCENDIENTE-DESCENDIENTE.

a) La Patria Potestad.- El artículo 413 del Código Civil establece lo siguiente:

*“...ARTICULO 413.- **La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos.** Su ejercicio queda sujeto, en cuanto a la guardia y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal...”²⁷*

En cuanto a los bienes propiedad de los hijos sujetos a la patria potestad el artículo 425 Código Civil establece lo siguiente:

*“...ARTICULO 425.- **Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella, y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las prescripciones de este Código...**”*

Asimismo el artículo 430 del Código Civil establece el derecho de usufructo de un cincuenta por ciento de los bienes del hijo adquiridos por cualquier título diferente a los adquiridos por su trabajo en favor de los padres.

²⁷ La Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal quedó abrogada por el artículo segundo transitorio de la Ley de Justicia para Adolescentes para el Distrito Federal publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 14 de noviembre de 2007 del tenor siguiente: “...*TRANSITORIOS... SEGUNDO.- Se deroga toda disposición que se oponga al presente decreto...*”.

b) La Obligación de proporcionar Alimentos. Los artículos 303 y 304 del Código Civil establecen lo siguiente:

*“...ARTICULO 303.- **Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos.** A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado...”.*

*“...ARTICULO 304.- **Los hijos están obligados a dar alimentos a los padres.** A falta o por imposibilidad de los hijos, lo están los descendientes más próximos en grado...”.*

La obligación a cargo del deudor alimentista se cumple de dos maneras: integrando al acreedor a la Familia o bien asignando una pensión proporcional y necesaria (artículo 309 del Código Civil). Los acreedores alimentarios tiene un derecho preferente frente a cualquier otro acreedor del deudor alimentario, el derecho de recibir alimentos no es renunciable ni puede ser objeto de transacción alguna.

4.3.2. LAS RELACIONES JURÍDICAS ENTRE DESCENDIENTE-ASCENDIENTE.

Los hijos deben a los padres respeto y obediencia, asimismo el artículo 304 del Código Civil establece la obligación recíproca de proporcionar alimentos cuando estos lo necesiten. Visto de manera general el Derecho de Familia en México ahora pasamos al estudio del problema anteriormente planteado es decir ¿Las parejas homosexuales tienen derecho de constituir una Familia? Para ello analizaremos la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal.

5. LAS NUEVAS SOCIEDADES DE CONVIVENCIA.

5.1. LA LEY DE SOCIEDAD DE CONVIVENCIA PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Uno de los propósitos de la Ley de Sociedad de Convivencia fue la de erradicar la discriminación jurídica en contra de la comunidad homosexual, la exposición de

motivos de la Ley de Sociedad de Convivencia de fecha 26 octubre 2006 así lo estableció:

“...Hemos sido testigos en las últimas décadas del surgimiento y desarrollo de nuevas formas de convivencia, distintas a la familia nuclear tradicional. En todo el mundo, los modelos de convivencia están pasando por profundas transformaciones debido, en gran medida a la redefinición de las relaciones entre los géneros, y a la conquista de derechos civiles y sociales.

...

En un estado democrático de derecho no existe razón, ni fundamento jurídico alguno, que sustente la falta de reconocimiento de derechos civiles y sociales por causa de preferencia sexual y/o afectiva de las personas.

*“Sin embargo, de acuerdo con la Primera Encuesta Nacional sobre la Discriminación, 2005; el 4 por ciento de las personas homosexuales se perciben discriminadas, dos de cada tres indican que no se han respetado sus derechos, y para el 70 por ciento de las personas homosexuales en los últimos cinco años la discriminación ha aumentado. En realidad, la garantía constitucional de igualdad de trato y derechos es violentado cotidianamente. **Es importante decirlo con claridad, las personas de orientación sexual diversa, enfrentan situaciones de segregación social, falta de oportunidades, violación a sus derechos humanos, políticos, sociales, económicos y culturales, incluso son frecuentemente víctimas de crímenes de odio por motivos de homofobia.***

...

“Las personas que eligen a parejas del mismo sexo, siguen siendo jurídicamente inexistentes, creándose situaciones de injusticia y desigualdad en el ejercicio de derechos fundamentales...”.

El texto de la Ley de Sociedades de Convivencia señala los siguientes tópicos: el artículo 2 establece la naturaleza jurídica de la Sociedad de convivencia:

*“...Artículo 2.- La Sociedad de Convivencia es un acto jurídico bilateral que se constituye, cuando **dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena, establecen un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua...**”.*

La Sociedad de convivencia obliga a los convivientes a la ayuda mutua y a establecer un hogar común (artículo 2 de la Ley de Sociedades de Convivencia), la Sociedad de convivencia se equipara legalmente al concubinato:

*“...Artículo 5.- Para los efectos de los demás ordenamientos jurídicos, la **Sociedad de Convivencia se registrá, en lo que fuere aplicable, en los términos del concubinato** y las relaciones jurídicas que se derivan de este último, se producirán entre los convivientes...”.*

La Sociedad de convivencia regulará los aspectos de la convivencia y los patrimoniales entre los convivientes (artículo 7 de la Ley de Sociedades de Convivencia); al surtir los efectos legales la sociedad de convivencia genera derechos de alimentos recíprocos, derechos sucesorios, y el deber para desempeñar la tutela en el caso de interdicción de uno de los convivientes siendo nulos los pactos limitativos de igualdad de derechos entre los convivientes.

El análisis de la Ley de Sociedades de Convivencia establece una norma fundamental para nuestro estudio del concepto de Familia. El artículo 5 de la Ley establece **el principio de equiparación de la sociedad de convivencia con el concubinato.**

5.2. LA EQUIPARACIÓN DEL CONCUBINATO CON LAS SOCIEDADES DE CONVIVENCIA.

Tanto el concubinato como las sociedades de convivencia son comunidades creadoras de efectos jurídicos entre los concubinos y los convivientes respectivamente. No obstante lo anterior, los efectos jurídicos de estas convivencias también se extienden a los hijos. El artículo 291 ter del Código Civil dispone lo siguiente:

“...ARTICULO 291 Ter.- Regirán al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que le fueren aplicables...”.

Asimismo el artículo 5 de la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal anteriormente transcrito, establece el principio de equiparación de las sociedades de convivencia con el concubinato anteriormente transcrito.

El Código Civil y la Ley de Sociedades de Convivencia establecen efectos jurídicos no solo entre los concubinos y los convivientes sino también los efectos se extienden a los hijos de aquellos. La interpretación contraria daría lugar a desamparar legalmente a los hijos de los convivientes.

Antes de pasar a las conclusiones del presente capítulo repasaremos las definiciones de diversos autores con el objetivo de tener más herramientas para definir desde la perspectiva jurídica el concepto de familia.

*“...Así las cosas, el concepto jurídico de familia responde al grupo formado por la pareja, sus ascendientes y descendientes, así como por otras personas unidas por vínculos de sangre o matrimonio o solo civiles, a los que el ordenamiento positivo impone deberes y otorga derechos...”*²⁸

Asimismo el maestro Gutiérrez y González más que una definición nos describe a la familia de la siguiente manera: *“...El conjunto de personas naturales, físicas o humanas, integradas a través de un contrato de matrimonio dos de ellas, o integradas por la apariencia o posesión de estado de casados, o por lazos de parentesco por consanguinidad, afinidad o civil, que habitan en una misma casa,*

²⁸ Baqueiro, Edgar y Buenrostro, Rosalía. *De familia y sucesiones*. Editorial Harla, México 1990. Páginas 8 y 9.

*la cual constituye el domicilio familiar, y tengan por ley, o por acuerdo, unidad en la administración del hogar familiar...”*²⁹

Acercándose más al concepto del diccionario que a una concepción jurídica de la familia el argentino Santiago Carelos y la Licenciada Sara Montero respectivamente afirman: “...*Considérase familia a los progenitores con los procreados, que viven auxiliándose recíprocamente, en un hogar común, y además por parientes ligados por un deber de asistencia, y que se la prestan...*”³⁰

“...Forman familia tanto la pareja humana en si con sus hijos, como los demás ascendientes y descendientes, hermanos y demás colaterales.

*“Por ello, las legislaciones normalmente no dan un concepto definido de familia y cuando a ella se refieren, lo hacen en el sentido del conjunto de individuos unidos entre si por lazos familiares...”*³¹

Las definiciones de los siguientes autores desde nuestro punto de vista se acercan más a una concepción jurídica de la Familia: “...*Desde el punto de vista jurídico, se han elaborado definiciones que en realidad son clasificaciones de acuerdo con la mayor o menor amplitud del concepto.*

*“Así, tradicionalmente se ha distinguido a la familia nuclear integrada por el padre, madre y su descendencia... la familia, en sentido amplio o extenso, es el conjunto de personas entre las cuales existe algún vínculo jurídico de orden familiar, entre ellos puede o no existir convivencia y su extensión y tamaño depende del reconocimiento que el ordenamiento legal otorgue a tales relaciones...”*³²

²⁹ Gutiérrez y González, Ernesto. *Derecho Civil para la familia*. Editorial Porrúa, México 2004. Páginas 140 y 141.

³⁰ Fassi, Santiago Carlos. *Estudios de Derecho de familia*. Editorial La Plata, Argentina 1992. Página 7.

³¹ Montero Duhalt, Sara. *Derecho de familia*. Editorial Porrúa, México 1992, quinta edición. Página 35.

³² Fleitas Ortiz de Rozas, Abel y Eduardo G., Roveda. *Manual de Derecho de familia*. Editorial Lexis Nexis, Argentina 1992.

“...Definimos entonces a la pequeña familia como la institución integrada por el padre, la madre y los hijos no emancipados por matrimonio que conviven en el hogar común bajo la autoridad de los padres.

“En lo que hace a la familia-parentesco la concebimos como el conjunto de personas unidas por vínculo de parentesco legítimo, sin convivencia ni sujeción a autoridad familiar...”³³

“...En un sentido amplio, la familia comprende en general a todos los que descienden de un antepasado común, para abarcar a los parientes en línea recta y en línea colateral, hasta determinado grado que el derecho en cada caso va precisando.

“La familia en sentido estricto comprende en realidad solo a los padres e hijos, entretanto estos no se casen y constituyan una nueva familia... de acuerdo con las consideraciones que anteceden, podemos concluir que la familia en el derecho moderno está determinada por virtud del matrimonio y del parentesco consanguíneo, comprendiéndose además, de manera excepcional, el parentesco por adopción...”³⁴

6. EL CONCEPTO JURÍDICO DE FAMILIA.

Estamos obligados a regresar a la pregunta antes planteada para darle una respuesta acorde a las ideas apuntadas en el presente capítulo ¿Tiene derecho de constituir una familia una pareja lésbica? La respuesta es la siguiente:

³³ D'antonio, Daniel Hugo. *Derecho de familia Tomo I*. Editorial Rubinzal, Argentina 2001. Página 19.

³⁴ Rojina Villegas Rafael. *Compendio de Derecho Civil Tomo I, introducción, personas y familia*. Editorial Porrúa, México 2006 trigésima séptima edición. Página 211 y 212.

Nuestro derecho positivo mexicano establece el concepto de **Familia nuclear primaria** (Familia inmediata o en estricto sentido) la cual es definida como la conformada por el padre y/o la madre y su hijo sin distinguir si la relación se originó por el Matrimonio, el Concubinato o por una Sociedad de convivencia.

La Familia secundaria (Familia extensa) es aquella conformada por los parientes afines de los cónyuges y los concubinos. Los convivientes en la sociedad de convivencia atendiendo al principio de equiparación de ésta con el concubinato también tienen una Familia secundaria.

Legalmente una sociedad de convivencia puede constituir relaciones familiares dentro de una Familia nuclear primaria. Sin embargo en nuestra sociedad actual no se consideran Familias 'normales' a las nacientes sociedades de convivencia en lo absoluto. No obstante del estudio realizado en el presente capítulo, comprobamos la creación de relaciones jurídicas familiares en las sociedades de convivencia, por tanto una pareja lésbica si puede constituir una Familia a pesar de la opinión en contra de la mayoría de la sociedad. La opinión del Ministro Góngora Pimentel publicada en el periódico 'La jornada' de fecha viernes 16 de enero del 2009 página 6 con el siguiente encabezado refuerza todo lo anterior:

“...EL PACTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS RECONOCE OTRAS FORMAS, PRECISA.

*“Ilegal identificar como familia solo a la que integran hombre y mujer:
Góngora.*

“La identificación de la familia conformada solo entre hombre y mujer es contraria al Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, que compromete a México a garantizar a todos los ciudadanos la igualdad en el goce de las garantías previstas en el marco legal.

“Sostiene lo anterior el ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) Genaro David Góngora Pimentel, en el voto concurrente de mayoría que avaló en agosto pasado la despenalización del aborto en el

Distrito Federal, hasta las 12 semanas de gestación.

“Añade que dicho pacto internacional prevé la importancia ‘de que el reconocimiento de la familia acepte diversas formas, con inclusión de parejas no casadas y sus hijos, de familias monoparentales (padres o madres del mismo sexo) y sus hijos.’...”

No hay duda alguna, suenan fuertemente los ecos de las nuevas transformaciones del Derecho de Familia en un futuro no muy lejano, las normas jurídicas deberán estar preparadas para los cambios originados en el seno de la sociedad. Por todo lo anterior tenemos nuestro concepto de Familia: la Familia nuclear primaria (inmediata) es la conformada por el padre y/o la madre y su hijo no importando si existe matrimonio, concubinato o una sociedad de convivencia de por medio. Mientras la Familia secundaria (extensa) es la conformada por los parientes afines ya sea que se trate de los cónyuges, los concubinos o los convivientes.

CAPÍTULO SEGUNDO:

EL PATRIMONIO.

II. EL PATRIMONIO.

El anterior capítulo de nuestra tesis estuvo dedicado a tratar uno de los elementos constitutivos del Patrimonio de familia: la Familia en si misma. Ahora es turno de tratar el segundo de los elementos: el Patrimonio. La palabra Patrimonio se encuentra establecida en diversos textos jurídicos del derecho positivo mexicano, a manera de ejemplo el artículo 115 de la Constitución Política de México establece lo siguiente:

“...Art. 115.-...

“II.- Los municipios estarán investidos de personalidad jurídica y manejarán su patrimonio conforme a la ley...”.

Asimismo el artículo 537 del Código Civil para el Distrito Federal establece lo siguiente:

“...ARTICULO 537.- El tutor está obligado:

...

“III.- A formar inventario solemne y circunstanciado de cuanto constituya el patrimonio del incapacitado, dentro del término que el juez designe, con intervención del curador y del mismo incapacitado si goza de discernimiento y ha cumplido dieciséis años de edad;...”.

El diccionario de la lengua española define al Patrimonio como “...*La Hacienda que una persona ha heredado de sus ascendientes; conjunto de bienes propios adquiridos por cualquier título...*”. La definición del diccionario nos proporciona una idea acerca del concepto de Patrimonio.³⁵

Sin embargo la Doctrina ha sido la encargada de otorgar una connotación jurídica a la palabra Patrimonio. Lo anterior nos obliga a realizar un repaso a las definiciones de diversos autores y a las teorías más difundidas que explican el concepto de Patrimonio en el ámbito jurídico.

³⁵ *Diccionario océano practico de la lengua española*. Grupo editorial Océano, Barcelona España 1999.

“...Patrimonio es el conjunto de derechos y obligaciones de una persona, apreciables en dinero...”³⁶

Asimismo De Ibarrola opina: “...Definámoslo –al Patrimonio- como el conjunto de los derechos y compromisos de una persona, apreciables en dinero...”³⁷

“...En efecto, el patrimonio de una persona es una universalidad de hecho, porque está formado por un conjunto de bienes y obligaciones apreciables en dinero, cuyo fin económico es la satisfacción de las necesidades del titular...”³⁸

Los anteriores autores fundan sus concepciones en las teorías pecuniarias del patrimonio personalidad o del patrimonio afectación, las cuales en seguida trataremos.

1. LAS TEORIAS EXPLICATIVAS DEL CONCEPTO DE PATRIMONIO.

1.1. EL PATRIMONIO COMO UN CONJUNTO DE BIENES, DERECHOS Y OBLIGACIONES DE CARÁCTER PECUNIARIO.

1.1.1. La teoría clásica o del patrimonio-personalidad (Aubry y Rau, siglo XIX).³⁹

La doctrina clásica enuncia lo siguiente: el Patrimonio es un conjunto de bienes, derechos y obligaciones de carácter pecuniario apreciables o susceptibles de valoración económica,

³⁶ Planiol, Marcel, Fernand. *Tratado elemental de Derecho Civil*. Traducción de José M. Cajica. Cárdenas. editores México 1999. Título I, página 7.

³⁷ De Ibarrola, Antonio. *Cosas y sucesiones*. Editorial Porrúa, México 2002. Página 41.

³⁸ Alessio Robles, Miguel. *Temas de Derecho reales*. Editorial Porrúa, México 2004. Página 3.

³⁹ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. *Derecho civil: parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*. Editorial Porrúa México 2006. Páginas 227 a 232.

El Patrimonio es considerado por la teoría clásica como un atributo de la personalidad inseparable de la persona, está integrado por un conjunto de bienes, derechos y obligaciones de carácter pecuniario constitutivos de una unidad jurídica abstracta. Las características del Patrimonio para la teoría clásica son las siguientes:

- a) El Patrimonio es indivisible.- Los bienes, los derechos y las obligaciones de carácter pecuniario constitutivos del Patrimonio forman una masa única, el Patrimonio da unidad a la diversidad jurídica de bienes. Una persona puede no tener ningún bien jurídico, sin embargo ello no es óbice para tener un Patrimonio.
- b) El Patrimonio es inseparable de la persona.- Una persona únicamente puede transmitir a título particular uno de sus bienes, derechos y obligaciones de carácter pecuniario constitutivos de su Patrimonio, excepcionalmente por causa de muerte el de *cujus* transmite la totalidad de su Patrimonio a los herederos.
- c) El Patrimonio se conforma de dos elementos. El primer elemento es el activo, comprende el haber de la persona constituida de los bienes y derechos de su titular. En cambio el elemento pasivo o negativo comprende el conjunto de obligaciones y cargas en contra del titular del Patrimonio.

1.1.2. La teoría del Patrimonio-afectación.

Los postulados de la teoría del Patrimonio-personalidad no explicaban las situaciones jurídicas permitidas en el Derecho positivo consistentes en la autonomía otorgada a ciertos bienes y derechos para destinarse a un fin determinado. La teoría del Patrimonio-afectación acepta ciertos postulados de la teoría clásica, la indivisibilidad del Patrimonio es el postulado inaceptable para esta teoría moderna.

El Patrimonio consiste en un conjunto de bienes derechos y obligaciones de carácter pecuniario, considerados como un atributo de la personalidad inseparable de la persona, conformada de dos elementos: uno activo y uno pasivo. Sin

embargo en la Ley existen excepciones a la regla de indivisibilidad del Patrimonio. La ley otorga autonomía a ciertos bienes y derechos para destinarse a un fin lícito independiente del Patrimonio general de la persona. Como ejemplo tenemos el Patrimonio fideicomitido en el fideicomiso mercantil, el Patrimonio de familia.⁴⁰

1.2. EL PATRIMONIO COMO UN CONJUNTO DE BIENES, DERECHOS Y OBLIGACIONES DE CARÁCTER MORAL.

1.2.1. La teoría del Patrimonio Moral.

La tesis Italiana del Patrimonio Moral es una reacción en contra de las teorías clásica y moderna del Patrimonio. El punto convergente de las teorías clásica y moderna radica en dar el carácter pecuniario o económico al conjunto de bienes, derechos y obligaciones constitutivos del Patrimonio “...*cabe notar que ambas tesis –la clásica y la moderna- se parte del supuesto o común denominador de que todo el patrimonio gira sobre un eje económico, un eje pecuniario...*”.⁴¹

La teoría del Patrimonio Moral no solo identificó bienes jurídicos protegidos por el Derecho positivo con un carácter económico o pecuniario, sino también bienes jurídicos carentes de apreciación económica, preguntándose lo siguiente ¿Están fuera de nuestro Patrimonio los bienes jurídicos sin contenido económico como los derechos de la personalidad?

En México el licenciado Gutiérrez y González es el representante de la teoría del Patrimonio Moral, retomando las ideas expuestas por este autor en su libro *El Patrimonio* comenta lo siguiente “...*Los autores que se ocupan de temas jurídicos, no se han, ni se podrán poner de acuerdo, sobre el concepto y contenido del*

⁴⁰ *Ibidem...* Páginas 227 a 232.

⁴¹ Ernesto Gutiérrez y González. *El Patrimonio*. Editorial Porrúa, México 2004. Página 42.

patrimonio, porque ese concepto y ese contenido no responden a una situación jurídica, sino que responden a una postura política...”.⁴²

La teoría del Patrimonio-personalidad elaborada en el siglo XIX, consideró únicamente como respetable y valioso las cosas económicas en esa época, gracias al floreciente capitalismo industrial. Las cosas pecuniarias eran únicamente consideradas como objeto de protección legal “...*la noción clásica del patrimonio, llegó a considerar que si bien es cierto que pueden haber obligaciones con un objeto que no sea de carácter pecuniario, esas obligaciones no se pueden considerar de índole patrimonial, sino que son necesariamente EXTRAPATRIMONIALES...”.⁴³*

El transcurso del tiempo y las presiones sociales obligaron a los legisladores de los Estados a modificar su criterio, nuevos valores fueron considerados bajo la protección jurídica aunque no tuvieran carácter pecuniario.

“...pero así como se va ampliando la protección jurídica a valores que antes habían sido despreciados por los políticos, también en ocasiones se presenta el fenómeno inverso, y conceptos y valores que se estimaron valiosos para los gobernantes, en vista de las nuevas relaciones sociales, se desconocen, y entonces se reduce el contenido del patrimonio, como la anticresis...”.⁴⁴

Los nacientes derechos de la personalidad hicieron reventar literalmente la noción del Patrimonio de la teoría clásica. La elaboración de la teoría clásica del Patrimonio del siglo XIX se debió a la necesidad de crear una categoría formal. La categoría formal daría unidad a un conjunto de bienes, derechos y obligaciones

⁴² *Ibidem...* Página 23.

⁴³ *Ibidem...* Página 24.

⁴⁴ *Ibidem...* Página 26.

con características diferentes pero con un denominador común el carácter económico.

El Patrimonio fue la respuesta: el concepto clásico sirvió para otorgar unidad a un conjunto de cosas de carácter económico para responder a los créditos de los acreedores quirografarios en el caso de incumplimiento de la obligación del deudor *“...en efecto se razonó así: si una persona presta a otra dinero, y el que lo recibe no da garantía de pago específico a su acreedor, éste, ¿podría en el momento en que su deudor no le pague, tener la relativa seguridad de que ese deudor le responde del compromiso asumido con todo su patrimonio? así, con esa categoría ‘patrimonio’, el acreedor quirografario, tiene una cierta garantía genérica...”*⁴⁵

Las razones originales de la teoría clásica del Patrimonio no tiene fundamento actual para seguir sosteniendo el carácter pecuniario del Patrimonio únicamente *“...el patrimonio está formado por los ‘Bienes’, no hay razón para suponer que la idea de ‘bienes’ se reduzca a las cosas económicas. Tan es bien en su sentido gramatical, el tener un millón de pesos, como de igual manera un ‘bien’ tener un buen nombre, el patrimonio en definitiva, está formado POR DOS GRANDES CAMPOS; EL ECONOMICO O PECUNIARIO, Y EL MORAL...”*⁴⁶

1.2.2. El reconocimiento del Patrimonio Moral en el Distrito Federal.

La Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen publicada el 19 de mayo de 2006 es un ejemplo del reconocimiento legal del Patrimonio Moral en el Derecho positivo mexicano. Solamente describiremos los rasgos elementales de la Ley sin detenernos a detalle.

⁴⁵ *Ibidem...* Página 30.

⁴⁶ *Ibidem...* Páginas 43 y 44.

Esta Ley garantiza el pleno goce de los derechos de la personalidad a la vida privada, al honor y a la propia imagen cuando son vulnerados por el mal uso del derecho de expresión y el derecho a la información. El artículo 1 de la Ley establece lo siguiente:

*“...Artículo 1.- Las disposiciones de esta ley son de orden e interés público y de observancia general en el Distrito Federal, y se inspiran en **la protección de los Derechos de la Personalidad** a nivel internacional reconocidos en los términos del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*

“Tiene por finalidad regular el daño al patrimonio moral derivado del abuso del derecho de la información y de la libertad de expresión...”.

Los derechos de la personalidad son inalienables, imprescriptibles, irrenunciables e inembargables, gozan de ellos tanto las personas físicas como las personas morales (artículo 6 de la Ley). La imagen es la reproducción identificable de los rasgos físicos de una persona sobre cualquier soporte material (artículo 16 de la Ley). El honor es la valoración que las personas hacen de la personalidad ético-social de un sujeto y comprende las representaciones que la persona tiene de sí misma, que se identifica con la buena reputación y la fama (artículo 13 de la Ley), y la vida privada es aquella que no está dedicada a una actividad pública y, que por ende, es intrascendente y sin impacto en la sociedad de manera directa (Artículo 9 de la Ley).

En caso de ser vulnerado alguno de los derechos de la personalidad constitutivos del Patrimonio Moral la parte afectada tiene el derecho a una indemnización por concepto de daño moral. Esta responsabilidad civil suple la responsabilidad penal establecida en diversas disposiciones del Código penal derogadas por el artículo segundo transitorio de la presente Ley:

“...TRANSITORIOS

...

“SEGUNDO.- Se deroga el Título Décimo Tercero referente a “Delitos contra la intimidad personal y la inviolabilidad del secreto” Capítulo I “Violación de la Intimidad personal”, Artículo 212 sin menoscabo de lo establecido en el 213 quedando el Título como “Inviolabilidad del secreto” y el Título Décimo Cuarto del Código Penal para el Distrito Federal nominado: “Delitos contra el honor” Artículos 214, 215, 216, 217, 218 y 219...”.

Las teorías clásica y moderna conciben al Patrimonio como un conjunto de bienes apreciables económicamente, mientras tanto la teoría del Patrimonio Moral concibe al Patrimonio más allá de un conjunto de bienes de carácter económico también reconoce bienes de carácter moral. Ello nos obliga a buscar el significado del término Patrimonio desde sus orígenes en la antigua roma.

2. LA ETIMOLOGIA DE LA PALABRA PATRIMONIO.

En el diccionario de latín jurídico el Patrimonio es definido etimológicamente como *“...Patrimonio: bienes de familia, patrimonio...”*.⁴⁷ No obstante la palabra Patrimonio posiblemente se trata de una composición gramatical latina formada del sustantivo (*Patris*: padre; de las misma raíz de las palabras: *patronus*, *patria*, *patrius*) y del sufijo griego (*μονο*, *μονο-*mono**, *μονο-*moni**: uno solo; de la misma raíz de la palabra *μονομιο-*monomio**: expresión algebraica de un solo término).

Por tanto si la palabra (*μονομιο-*monomio**) significa la ‘expresión algebraica de un solo término’, la palabra Patrimonio compuesta del sufijo *monio* significa ‘la expresión jurídica de un conjunto de cosas en un solo término’. El Patrimonio es una unidad jurídica, esta unidad expresa una diversidad de cosas propias del *paterfamilias*, la unidad se expresa en un término que comprende todas las cosas.

⁴⁷ Martha Patricia Irigoyen y otros. *Latín jurídico*. Editorial Mc Graw Hill, México 2005. Página 213.

El término Patrimonio se utilizó en las sucesiones de la antigua roma, al momento de la muerte de un *paterfamilias*, mediante su testamento heredaba todo su Patrimonio (unidad de un todo) a los herederos quienes tenían el deber de continuar con la personalidad del *paterfamilias*. El término masa hereditaria de nuestro Derecho positivo mexicano tiene la misma connotación del término Patrimonio en el derecho romano.

Para la comprensión sobre la idea etimológica de la palabra Patrimonio estamos obligados a referirnos a las sucesiones en la antigua roma. Las sucesiones en roma giraban sobre cuatro ejes: el testamento,⁴⁸ el heredero, el legatario y el fideicomisario. El heredero era la persona designada por el *de cuius* para la continuación de la personalidad de éste para después de su muerte. Era una especie de herencia del trono de la *domus* del *paterfamilias* al heredero al estilo de las monarquías “...en su origen, la sucesión romana no solo comprendía el patrimonio del difunto, sino que incluía también los ideales, las simpatías las antipatías del difunto; el heredero continuaba con la personalidad entera del difunto, y no solo su personalidad patrimonial...”⁴⁹

La continuación de la personalidad era una costumbre metafísica popular arraigada en el pueblo romano, el *paterfamilias* mediante su testamento no solamente indicaba la repartición de sus bienes sino también se establecía las costumbres e ideales que deseaba perdurasen “...Para comprender la diferencia entre el testamento romano y el moderno, debemos decir algo sobre la figura del heredero antiguo. Este era el continuador de la personalidad del difunto, con sus ideales, odios, simpatías, y de su religión doméstica. En su origen, la sucesión romana no solo comprendía el patrimonio del difunto, sino que incluía también los

⁴⁸ “...Modestino define al testamento como la justa declaración de nuestra voluntad respecto de lo que queremos que suceda después de nuestra muerte. Por su parte Quintiliano dice: no queda otro consuelo de la muerte que la supervivencia de la voluntad...”. Citados por: Floris Margadant, Guillermo. *Op. Cit...* Páginas 463 y 464.

⁴⁹ *Ibidem...* Página 454.

*ideales, las simpatías las antipatías del difunto; el heredero continuaba con la personalidad entera del difunto, y no solo su personalidad patrimonial. ¡La función del heredero era la de actuar, no la de poseer! La esencia de este acto jurídico – del testamento- consiste en establecer un continuador de la personalidad del difunto...”*⁵⁰

El heredero en la antigua roma tenía un encargo de gran importancia: continuar las costumbres de sus ancestros y no la función desempeñada en el actual derecho positivo “...*El testamento se convirtió paulatinamente unicamente en una base para el reparto de un patrimonio, nada más, y, por tanto, la función del heredero se asimiló a la función del legatario...*”⁵¹

La definición del diccionario de la palabra Patrimonio “...*La Hacienda que una persona ha heredado de sus ascendientes; conjunto de bienes propios adquiridos por cualquier título...*”, no está muy distante de las concepciones de las teorías tratadas en el presente capítulo. Nótese que la primera definición del diccionario se refiere a la concepción etimológica del término en la roma antigua, en cambio la segunda definición del diccionario se refiere a la concepción de las teorías clásica, moderna y del Patrimonio moral.

3. LAS CONSIDERACIONES PERSONALES RESPECTO DEL CONCEPTO DE PATRIMONIO.

Cada una de las teorías anteriormente tratadas nos da un panorama para exponer nuestro punto de vista respecto del concepto de Patrimonio. El Patrimonio es un conjunto de bienes jurídicos atribuidos por el Derecho a una persona determinada. Dentro del conjunto de bienes jurídicos en el Patrimonio de una persona existen

⁵⁰ *Ibidem...* Página 463.

⁵¹ *Ibidem...* Página 464.

dos tipos: los bienes jurídicos vinculados y los bienes jurídicos desvinculados. Entiéndase por bienes jurídicos vinculados aquellos atribuidos por el Derecho a una persona los cuales pueden estar en el tráfico del comercio jurídico (enajenables y gravables) o bien, estar sujetos a la responsabilidad civil frente a los acreedores del titular del Patrimonio (embargables).

Mientras tanto los bienes jurídicos desvinculados son aquellos atribuidos por el Derecho a una persona los cuales no pueden de manera alguna ser sujetos a embargo, enajenarse o ser susceptibles de gravámenes. Un ejemplo de bienes jurídicos desvinculados atribuidos por el Derecho positivo a una persona son los denominados “derechos de la personalidad” (Patrimonio moral), los derechos garantizados por la Constitución mexicana contra los actos del Estado (Derechos Humanos). Por tanto los bienes jurídicos desvinculados no son susceptibles de responder frente a los créditos de los acreedores del titular del Patrimonio, ni a circular por el tráfico del comercio jurídico, no obstante en la antigüedad había ciertos bienes de carácter moral considerados como bienes vinculados, por ejemplo en la época de la esclavitud.

De lo anterior se desprenden las siguientes reglas en materia de Patrimonio a saber: **Por regla general los bienes de carácter moral están jurídicamente desvinculados, en cambio los bienes de carácter pecuniario por regla general están jurídicamente vinculados, salvo las excepciones como mas adelante lo trataremos en relación con los bienes afectos al Patrimonio de Familia**, los bienes fideicomitidos, los bienes sujetos a un Mayorazgo en el Derecho indiano, la casa habitación comprendida en el derecho de Habitación, todos estos bienes son denominados Patrimonios-afectados.

4. LA TEORÍA ADOPTADA POR EL LIBRO PRIMERO, TÍTULO DUODÉCIMO DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

El artículo 723 del Código Civil para el Distrito Federal establece en la parte que interesa lo siguiente:

*“...ARTICULO 723.- El patrimonio familiar es una institución de interés público, que **tiene como objeto afectar uno o más bienes para proteger económicamente a la familia** y sostener el hogar. El patrimonio familiar puede incluir la casa-habitación y el mobiliario de uso doméstico y cotidiano; una parcela cultivable o los giros industriales y comerciales cuya explotación se haga entre los miembros de la familia; así como los utensilios propios de su actividad, siempre y cuando no exceda su valor, de la cantidad máxima fijada por este ordenamiento...”.*

De las diversas teorías apuntadas en el presente capítulo, la teoría adoptada por el título duodécimo del Código civil es sin lugar a dudas la teoría del Patrimonio-afectación. Los bienes y los derechos comprendidos en el Patrimonio familiar son de carácter pecuniario únicamente, los bienes y derechos tienen un destino y están organizados autónomamente, el fin perseguido por la afectación es la protección económica de la familia. Por lo anterior nos vemos obligados a considerar el término Patrimonio conforme a los postulados de la teoría del Patrimonio-afectación para el objeto de estudio de la presente tesis profesional.

CAPÍTULO TERCERO:

**LAS FIGURAS AFINES
DEL PATRIMONIO DE
FAMILIA.**

III. LAS FIGURAS AFINES DEL PATRIMONIO DE FAMILIA.

El presente capítulo consiste en el análisis de tres instituciones jurídicas vigentes en el Derecho positivo mexicano: La Copropiedad, la Habitación y el Fideicomiso. La idea de incluir el estudio de estas figuras se debe a la semejanza en cuanto a su regulación jurídica con las normas establecidas para el Patrimonio de Familia.

1. LA COPROPIEDAD.

El artículo 725 del Código Civil para el Distrito Federal -en lo subsecuente del presente capítulo simplemente Código Civil- establece lo siguiente:

*“...ARTICULO 725.- La constitución del patrimonio de familia hace pasar la propiedad de los bienes al que quedan afectos, a los miembros de la familia beneficiaria; el número de miembros de la familia **determinará la copropiedad del patrimonio**, señalándose los nombres y apellidos de los mismos al solicitarse la constitución del patrimonio familiar...”*

Los bienes afectados en Patrimonio de familia pasan a formar parte de un régimen de comunidad denominado la Copropiedad. Tanto el titular de los bienes como los miembros de la familia beneficiarios tienen la calidad de copropietarios respecto de los bienes afectados. Lo anterior nos obliga a realizar un análisis de la situación jurídica denominada la Copropiedad de bienes. El análisis no será detallado, solo profundizaremos en las cuestiones dudosas acerca del tema.

El artículo 938 del Código Civil establece lo siguiente:

“...ARTICULO 938.- Hay copropiedad cuando una cosa o un derecho pertenecen pro-indiviso a varias personas...”

La situación jurídica caracterizada por la pluralidad de dueños sobre un mismo bien es denominada la Copropiedad de bienes. Las relaciones jurídicas de los copropietarios respecto del bien común se regulan conforme al título constitutivo o en su defecto conforme a las reglas siguientes:

1.1 LOS DERECHOS DE LOS COPROPIETARIOS RESPECTO DEL BIEN COMÚN.

1.1.1. EL DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE UNA PARTE ALÍCUOTA DEL BIEN COMÚN. El artículo 950 del Código Civil establece lo siguiente:

*“...ARTICULO 950.- Todo condueño tiene **la plena propiedad de la parte alícuota** que le corresponda y la de sus frutos y utilidades, **pudiendo, en consecuencia, enajenarla, cederla o hipotecarla, y aun substituir otro** en su aprovechamiento, salvo si se tratare de derecho personal. Pero el efecto de la enajenación o de la hipoteca con relación a los condueños, estará limitado a la porción que se le adjudique en la división al cesar la comunidad. Los condueños gozan del derecho del tanto...”*

La parte alícuota del copropietario es aquella porción ideal más no material del bien común. La porción ideal sirve de base para el caso del concurso en los beneficios y en las cargas del bien común, también sirve para determinar la parte correspondiente a cada condueño del precio de venta del bien común en caso de su división (artículo 942 del Código Civil).

El derecho del copropietario sobre una parte alícuota del bien común es de carácter absoluto confiriéndole el derecho de libertad para optar o no por su ejercicio, por tanto el copropietario si lo desea puede enajenar, gravar o hipotecar su respectiva parte ideal del bien común.

El derecho de uso sobre el bien común de los copropietarios se encuentra modalizado en comparación con el derecho de uso de un propietario individual.

El artículo 943 Código Civil establece lo siguiente:

*“...ARTICULO 943.- Cada partícipe **podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copropietarios usarla según su derecho...**”.*

La facultad de uso del propietario individual respecto de una cosa no es absoluta, el propietario individual no debe afectar los derechos de terceras personas, estos derechos limitan el *ius utendi*, es decir el derecho a utilizar la cosa del propietario con un deber jurídico absoluto fundado en esa facultad. En cambio la facultad de uso del copropietario respecto de la cosa común, además de no afectar los derechos de terceras personas en general, se le suma la obligación de no afectar los derechos de la comunidad, por ello el *ius utendi* del copropietario solamente podrá ejercerse de manera lícita si es conforme al destino normal de la cosa sujeta a la copropiedad, estando por tanto más acotada la facultad de uso del copropietario respecto de la cosa que la facultad de uso de un propietario individual.

1.1.2. EL DERECHO PARA DIVIDIR EL BIEN COMÚN. El artículo 939 del Código Civil establece lo siguiente:

*“...ARTICULO 939.- Los que por cualquier título tienen el dominio legal de una cosa, **no pueden ser obligados a conservarlo indiviso**, sino en los casos en que por la misma naturaleza de las cosas o por determinación de la ley, el dominio es indivisible...”.*

La Copropiedad es una situación jurídica potencialmente creadora de conflictos entre los comuneros. La acción para dividir el bien común se estableció como remedio para estos posibles conflictos entre copropietarios. El derecho positivo da preferencia a la situación de la propiedad individual e inhibe la situación de la Copropiedad comunal de bienes, claro está, salvo el caso de las denominadas copropiedades forzosas como la pared medianera (artículo 952 del Código Civil) y los bienes comunes sujetos al régimen de propiedad y condominio (artículo 951 del Código Civil). El derecho para dividir el bien común es un derecho fundante para optar o no por su ejercicio pero de carácter relativo, a diferencia del derecho

del copropietario a una parte alícuota respecto del bien común de carácter absoluto.

1.1.3. EL DERECHO DEL TANTO DE LOS COPROPIETARIOS.- El artículo 973 del Código Civil establece lo siguiente:

*“...ARTICULO 973.- Los propietarios de cosa indivisa no pueden enajenar a extraños su parte alícuota respectiva, si el partícipe quiere hacer **uso del derecho del tanto**. A este efecto, el copropietario notificará a los demás, por medio de notario o judicialmente, la venta que tuviere convenida, para que dentro de los ocho días siguientes hagan uso del derecho del tanto. Transcurridos los ocho días, por el sólo lapso del término se pierde el derecho. **Mientras no se haya hecho la notificación, la venta no producirá efecto legal alguno...**”.*

El nacimiento del derecho del tanto depende de una hipótesis normativa: cuando un copropietario desee enajenar su respectiva parte alícuota sobre el bien común. El artículo 973 del Código Civil impone al copropietario con intención de enajenar su parte alícuota la obligación de notificar a los demás condueños de tal evento, so pena de no surtir efectos la transmisión de su parte con un extraño a la comunidad. Por tanto, el derecho del tanto de los copropietarios está fundado en la obligación de notificar la posible enajenación de la parte alícuota del condueño enajenante. La imposición de la obligación en favor de los demás condueños se explica en la siguiente tesis jurisprudencial de la que copio en la parte conducente lo siguiente **“...El derecho al tanto tiene por objeto fundamental evitar la intromisión de un extraño en la comunidad, evitar que la participación de un extraño en la cosa común pueda crear problemas mayores que los que ya por sí mismo crea frecuentemente el estado de indivisión; por otra parte, también tiene como un fin mediato, evitar la prolongación del estado de copropiedad...”**. Consúltese la tesis de rubro (FINALIDAD DEL DERECHO DEL TANTO. Sexta época. Tomo XL. Página 11).

El derecho del tanto fundado en la obligación general de todo copropietario de notificar la posible venta de su respectiva parte alícuota modaliza la facultad de disposición del condueño enajenante, no se le obliga a no enajenar su respectiva parte alícuota, sino se le obliga a preferir, en su caso, a uno de los copropietarios. El antecedente remoto del derecho del tanto es el derecho del tanteo establecido en las Siete Partidas del rey Alfonso X el Sabio del reino de Castilla, ordenamiento vigente del siglo XIV al XIX en la Nueva España. El derecho del tanteo no solo era atribuido a los copropietarios de bienes, sino también en relación con la masa hereditaria respecto de los herederos enajenantes:

“...Ley 55, título V, Partida V, de las 7 Partidas del Rey Alfonso X el Sabio.- Dos hombres o mas, habiendo alguna cosa comunalmente de cada uno de ellos, decimos que cualquiera de ellos puede vender su parte, mientras no sea partida. Pudela vender a cualquiera hasta a un extraño. Pero si alguno de los que son parte en la cosa quisieren dar tanto por ella como el extraño, ese la debe haber antes que el extraño...”

1.2. LAS OBLIGACIONES GENERALES DE LOS COPROPIETARIOS.

La copropiedad es una modalidad del derecho de propiedad *“...La copropiedad es en efecto una modalidad del derecho de propiedad, si por modalidad entendemos el modo de manifestarse una cosa, y modo a su vez, es la forma que puede recibir un ser sin que por ello se cambie o destruya su esencia ello es claramente aplicable a la copropiedad, pues ésta es el modo en el que en un momento el derecho de propiedad se manifiesta...”*⁵²

Las modalidades en la Copropiedad son impuestas en aras del interés de la comunidad, los intereses de los comuneros están primero a los intereses individuales de un solo copropietario. Las modalidades (obligaciones positivas) en estricto sentido y las limitaciones (obligaciones negativas) son instrumentos establecidos para garantizar el imperio del interés de la comunidad sobre el interés

⁵² Jorge Alfredo Domínguez Martínez. *Derecho Civil*. Editorial Porrúa, México 2006. Página 372.

individual, los límites y las modalidades conexas al derecho de Copropiedad ayudan a complementar la finalidad práctica del derecho de Copropiedad. El conjunto de obligaciones conexas al derecho de Copropiedad de cada condueño son las siguientes denominadas por la doctrina obligaciones *propter rem*.⁵³

1.2.1. LAS MODALIDADES EN LA COPROPIEDAD.

a) LA OBLIGACIÓN DE CONTRIBUIR EN LOS GASTOS DEL BIEN COMÚN. El artículo 944 del Código Civil establece lo siguiente:

*“...ARTICULO 944.- Todo copropietario tiene derecho para **obligar a los partícipes a contribuir a los gastos** de conservación de la cosa o derecho común. Sólo puede eximirse de esta obligación el que renuncie a la parte que le pertenece en el dominio...”.*

b) LA ADMINISTRACIÓN COMÚN DEL BIEN. El artículo 946 del Código Civil establece lo siguiente:

*“...ARTICULO 946.- Para la administración de la cosa común, **serán obligatorios todos los acuerdos de la mayoría** de los partícipes...”.*

c) LA OBLIGACIÓN DEL COPROPIETARIO DE NOTIFICAR A LOS DEMÁS CONDUEÑOS LA POSIBLE VENTA DE SU PARTE ALÍCUOTA. Como ya dejamos apuntado, esta obligación fundante del derecho del tanto de los copropietarios consiste en la obligación del copropietario enajenante de notificar dentro de los 8 días siguientes al en que haya convenido el copropietario la venta de su parte alícuota con una persona extraña a la comunidad.

⁵³ **Propter rem.**- De la preposición (*propter*: a causa de) y el sustantivo (*rem*: cosa).

1.2.2. LAS LIMITACIONES EN LA COPROPIEDAD.

a) NO ALTERAR LA COSA COMÚN AUN Y SI ES EN SU BENEFICIO.⁵⁴ El artículo 945 del Código Civil establece lo siguiente:

“...ARTICULO 945.- Ninguno de los condueños podrá, sin el consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ellas pudiera resultar ventajas para todos...”.

b) LAS LIMITACIONES IMPUESTAS A LA PROPIEDAD. Son aplicables a la Copropiedad las limitaciones impuestas a la propiedad de los artículos 843 y demás relativos del Código Civil.

2. EL DERECHO DE HABITACIÓN.

El Derecho positivo mexicano regula tres formas de derechos sobre cosas ajenas (*iura in re aliena*) a saber: el usufructo, el uso y la Habitación. La intención de incluir el derecho de Habitación en el presente capítulo es la semejanza de la situación del habituario y la situación de los miembros de la familia beneficiaria en el Patrimonio de familia respecto del bien ajeno. Lo anterior nos obliga a realizar un análisis del derecho del habituario sobre una cosa ajena. El análisis no será detallado solamente profundizaremos en las cuestiones dudosas acerca del tema. El artículo 1050 del Código Civil establece:

“...ARTICULO 1,050.- La habitación da, a quien tiene este derecho, la facultad de ocupar gratuitamente, en casa ajena, las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia...”.

⁵⁴ Véase el Digesto del Emperador Justiniano. D.10.3. “...Dice Sabino, que ninguno de los señores tiene derecho de hacer alguna cosa en lo que es común contra la voluntad del otro: por lo cual es claro que tiene derecho de prohibirlo; porque consta que siendo igual el derecho, es mejor la causa del que prohíbe...”.

El derecho de Habitación sobre una casa ajena es un derecho constituido por el propietario de un bien inmueble en favor de otra persona denominada habituario. El derecho conferido al habituario es un 'derecho de uso' sobre las piezas de una casa ajena (bien inmueble) para poder vivir o habitar en ella de forma gratuita. El propietario conserva la facultad de disponer y de percibir los frutos del bien si los hubiese (*ius fruendi* y *ius abutendi*) transfiriendo solamente el derecho de uso (*ius utendi*) en favor del habituario. El derecho de uso transmitido al habituario tiene una modalidad, el habituario no puede enajenar su derecho por ningún motivo. El artículo 1051 del Código Civil establece lo siguiente:

“...ARTICULO 1,051.- El usuario y el que tiene derecho de habitación en un edificio, no pueden enajenar, gravar, ni arrendar en todo ni en parte su derecho a otro, ni estos derechos pueden ser embargados por sus acreedores...”⁵⁵

La diferencia entre el derecho de Habitación sobre una cosa ajena con los derechos de usufructo y de uso es la siguiente: en el usufructo el usufructuario dispone de los derechos de usar y de disfrutar de las cosas ajenas (*ius utendi* y *ius fruendi*), el titular del bien denominado nudo propietario conserva solamente el derecho para disponer de la cosa (*ius abutendi*). En el derecho de uso, el usuario dispone del derecho para percibir los frutos de las cosas ajenas solamente (*ius fruendi*), el propietario conserva para si el derecho de usar y el derecho para disponer del bien (*ius utendi* y *ius abutendi*).

El antecedente del derecho de Habitación lo encontramos en el Digesto del emperador Justiniano publicado en el año 533, libro VIII, título VII. El derecho de uso y el derecho de Habitación solo tenían una diferencia de grado en el derecho romano, el primero recaía sobre toda cosa mueble, el segundo recaía sobre bienes inmuebles.⁵⁶

⁵⁵ Véase el Digesto del emperador Justiniano, D.8.7. "...Vlpiano Libro XVII Comentarios a Sabino.- Pero ni la arrendaran separadamente, ni concederán la habitación sin ellos mismos, ni venderán el uso."

⁵⁶ Véase el Digesto del emperador Justiniano, D.7.8. "...Vlpiano, Comentarios a Sabino, Libro XVII. Si se lega la habitación, preguntase si era lo mismo, que si el uso. Y que en cuanto al efecto ciertamente es casi lo

A diferencia de lo sucedido en el Derecho positivo mexicano, el derecho de uso y el derecho de Habitación se distinguen claramente. El derecho de Habitación es un 'derecho de uso' sobre una casa ajena, en cambio el derecho de uso consiste en la facultad de percibir los frutos de cosas ajenas, El artículo 1049 del Código Civil establece lo siguiente:

“...ARTICULO 1,049.- El uso da derecho para percibir de los frutos de una cosa ajena, los que basten a las necesidades del usuario y su familia, aunque ésta aumente...”.

3. EL FIDEICOMISO.

El artículo 723 del Código Civil establece en la parte relativa lo siguiente: *“...El patrimonio familiar es una institución de interés público, que tiene como **objeto afectar uno o más bienes para proteger económicamente a la familia...**”.* Este patrimonio-afectación tiene una semejanza en sus características con el patrimonio fideicomitido del Fideicomiso. Tanto el Patrimonio de familia como el patrimonio fideicomitido son especies de patrimonios afectados, el primero tiene como fin el garantizar económicamente el sustento de la familia, el segundo tiene como fin el determinado por el fideicomitente en el título. Esta característica del Fideicomiso es la razón para incluirlo en el presente capítulo. El análisis del Fideicomiso seguirá el mismo método implementado, no entraremos en detalles solamente nos detendremos en las cuestiones dudosas del tema.

mismo el legado de uso que el de habitación, lo estimó también Papiniano en el Libro Décimo de las Cuestiones...”.

3.1. EL CONCEPTO DE FIDEICOMISO.

El artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece lo siguiente:

“...ARTICULO 381.- En virtud del fideicomiso, el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria...”.

El Fideicomiso es el acto en virtud del cual el fideicomitente encomienda la realización de un fin a una institución fiduciaria mediante la “transmisión de la propiedad” de uno a varios de sus bienes. Estos bienes son los medios necesarios para el cumplimiento del fin por parte de la fiduciaria.

El diccionario de la lengua española define el concepto de Fideicomiso de la siguiente manera “... *disposición por la cual el testador deja su herencia o parte de ella encomendada a la fe de uno, para que en caso y término determinado la transmita a otro o la invierta del modo que se señala...*”. La diferencia entre una y otra de las concepciones nos obliga a indagar más a fondo respecto del concepto del Fideicomiso.⁵⁷

3.2. LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL FIDEICOMISO.

3.2.1. EL FIDEICOMISO EN EL DERECHO ROMANO ANTIGUO.

El Fideicomiso en el Derecho romano antiguo consistía en una súplica dirigida por el testador a uno de los herederos o legatarios de su sucesión para que entregaran una cosa a otra persona denominada fideicomisario, el Fideicomiso era por tanto un acto *mortis causa*.⁵⁸

⁵⁷ *Diccionario océano practico de la lengua española*. Grupo editorial Océano, Barcelona España 1999.

⁵⁸ Excepcionalmente la suplica del testador era dirigida a uno de sus deudores y no unicamente a un heredero o legatario. Véase el Digesto del emperador Justiniano, D.30.1. “... *Vlpiano; Disputas, Libro V. Si en poder de alguien se depositó una cantidad y el fideicomiso de la misma, para que entregase aquella cantidad, se*

Las sucesiones en el derecho romano giraban alrededor de cuatro ejes como ya apuntamos en el capítulo II: el testamento, el heredero, el legatario y el fideicomisario.

El heredero era la persona a la cual se le transmitía a título universal una herencia. En cambio, el legatario era la persona a la cual se le transmitía a título particular una cosa de la herencia. “...La diferencia –entre heredero y legatario- estriba en lo siguiente: el heredero era el continuador de la personalidad del difunto, mientras que el legatario no era más que un continuador parcial de su situación patrimonial...”.⁵⁹ Los legados eran donaciones dejadas por testamento.⁶⁰

Los legados se instituían solamente por vía testamentaria, además el legatario necesitaba de la *testamenti factio passiva* (la capacidad para recibir un legado). La forma solemne de un legado se instituía mediante la siguiente frase: *item dare damnas esto* (asimismo esté condenado a dar el heredero).

El testador también tenía la posibilidad de instituir a fideicomisarios. El testador realizaba una súplica a sus herederos o legatarios con absoluta libertad de forma, con las siguientes frases solemnes: “*eius fidei comito*”; “*fideique tuae mando*” (encomiendo a tu fidelidad el hacer).⁶¹

deberá el fideicomiso cual si pareciera que se le rogó al heredero que esto se lo remitiera al deudor. Y siendo esto así, se puede dejar un fideicomiso a cargo de todo deudor...”.

⁵⁹ Floris Margadant, Guillermo. *Op. Cit.* Página 492.

⁶⁰ Véase el Digesto del emperador Justiniano, D.30.1. “...Javoleno; Doctrina de Cassio, Libro I. El legado es una donación dejada por testamento...”. Digesto del emperador Justiniano. D.30.1. Asimismo “... Florentino; Instituta, Libro XI. Legado es una disgregación de la herencia, con lo cual quiere el testador que sea dado a otro algo de lo que en su totalidad habría de ser del heredero...”.

⁶¹ El Fideicomiso también valía con las siguientes frases: “...Ulpiano; Instituta, Libro II. También se hace un fideicomiso de este modo: -deseo que des, prefiero que des, creo que darás-...”. Véase el Digesto del emperador Justiniano, D.30.1.

El Fideicomiso valía hubiere o no testamento.⁶² La institución del Fideicomiso tenía las siguientes ventajas: 1) Servía para favorecer *post mortem* a personas que no tenían la capacidad para recibir legado o herencia para burlar la Ley Falcidia; 2) Además de la libertad de forma, en el Fideicomiso podía realizarse una sustitución fideicomisaria algo prohibido para los legados. La sustitución fideicomisaria consistía en el deseo del testador de transferir sus bienes a otra persona distinta del fideicomisario principal, el sustituto del Fideicomiso principal era el fideicomisario del fideicomisario. “...*La sustitución fideicomisaria se permitía por una generación en la época clásica; y por cuatro generaciones, en tiempos de Justiniano...*”⁶³

De lo anterior nótese lo siguiente: tanto los legados como los Fideicomisos del Derecho romano fueron regulados en cinco libros del Digesto del emperador Justiniano (del Libro XXX al XXXIV), una extensa regulación sobre legados y Fideicomisos respecto de otros temas. La diferencia entre un legado y un Fideicomiso no existía en el Digesto del emperador Justiniano.⁶⁴

Sin embargo, había diferencias entre un legado y un fideicomiso. En los legados el heredero tenía a su cargo la “obligación de dar” alguna cosa de la masa hereditaria al legatario mediante la frase solemne: *item dare damnas esto* (asimismo este condenado a dar el heredero).

En cambio en los Fideicomisos el heredero o el legatario, en su caso, tenían a su cargo una “obligación de hacer o de no hacer”, tal como restituir una cosa, condonar una deuda, no vender un inmueble.

⁶² Véase el Digesto del emperador Justiniano, D.30.1. “...*Porque aunque el padre hubiere dejado un fideicomiso no habiendo hecho legalmente el testamento, se entregará igualmente, como si en derecho hubiese sido hecho el testamento...*”.

⁶³ Floris Margadant, Guillermo. *Op. Cit...* Paginas 502 y 503.

⁶⁴ Véase el Digesto del emperador Justiniano, D.30.2. “...*Vlpiano; Comentarios al Edicto, Libro XVII. En todo fueron igualados los legados con los fideicomisos...*”.

Por ejemplo un testador instituía como heredero universal a Ticio gravando la herencia con un legado de un inmueble en favor de Neracio, a su vez el testador gravaba el legado con un Fideicomiso en favor de Javoleno del mismo inmueble, siempre y cuando Neracio cumpla 50 años. Por tanto, el heredero Ticio estaba obligado a dar el legado en favor de Neracio de forma inmediata, es decir tenía una “obligación de dar”. En cambio Neracio estaba obligado a restituir el inmueble a Javoleno hasta cumplida la condición, mientras Neracio podía poseer y retener el inmueble hasta que el mismo cumpliera la edad de 50 años, por tanto Neracio tenía a su cargo una “obligación de hacer”.

3.2.2. EL TRUST EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN.

Sin duda alguna el Fideicomiso del derecho romano nada tiene de parecido con el Fideicomiso regulado en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito del derecho positivo mexicano. La doctrina establece como precedente del Fideicomiso mexicano la figura denominada *trust* del derecho anglosajón. “... *lo que actualmente se llama fideicomiso en México no es una institución derivada directamente del derecho romano, sino más bien una transformación del trust anglosajón, introducido en México, a través de la Ley de Panamá, en 1924...*”.⁶⁵ Por su parte Pierre Le Paulle menciona en su libro *Tratado teórico práctico de los trusts* el fenómeno de “la migración del trust anglosajón” a todos los países latinoamericanos:

“...Dada la importancia, por una parte, del bloque anglosajón en el mundo y por otra parte, del trust en el derecho anglosajón, resulta internacionalmente ineludible reconocer, el conjunto del mundo civilizado, la validez de los trusts y permitir su normal funcionamiento.

“En 1923, la Ley 45 de Colombia autorizó a los bancos para tener un trust departament a la usanza americana. En Panamá, la Ley número 9, de 6 de

⁶⁵ Floris Margadant, Guillermo. *Op. Cit...* Página 504.

enero de 1925, promulgada de nuevo bajo el número 17 en 20 de febrero 1941, constituye un código del trust en 38 artículos. Su padre espiritual es el gran jurista Ricardo Alfaro. En México, la Ley general sobre el crédito incorporó desde 1926 las disposiciones esenciales de la Ley de Panamá.

*“Esta vista panorámica nos lleva a la siguiente comprobación: desde hace treinta años el trust, que hasta entonces se había quedado en el ámbito de los países del common law, se extiende más y más por el mundo, con el apoyo -y en ocasiones la complicidad- de los juristas de todos los países...”*⁶⁶

Por ello nos vemos obligados a estudiar el *trust* anglosajón. El diccionario del idioma Inglés define la palabra *trust* de la siguiente manera “... acción de fiarse de alguien, confiar en, creer en; cargo de confianza...”. La palabra *trust* se emplea para designar la relación jurídica entre las siguientes personas: el *settlor*⁶⁷, el *trustee* y el *beneficiary*.

Para el estudio del *trust* tomamos las ideas de la Maestra Cristina González Beilfuss de su libro *el Trust la institución anglo-americana y el derecho internacional privado*. “...El trust es un conjunto de relaciones jurídicas en virtud de las cuales una persona, a la que se le ha transferido la propiedad sobre unos bienes, está obligada a administrar dicha propiedad en beneficio de otra...”⁶⁸

Esta definición solamente es una noción acerca de la figura jurídica anglosajona dada la tradicional hostilidad de los juristas anglosajones frente a las definiciones. El *settlor* transmite la propiedad de sus bienes a otra persona denominada *trustee*. El *trustee* está obligado a administrar dicha propiedad en favor del *beneficiary*. A su vez el *beneficiary* recibe los derechos a su favor concedidos en el *trust*.

⁶⁶ Pierre Lepaulle Georges. *Tratado Teórico Práctico de los Trusts*. Editorial Porrúa, México 1975, traducción de Pablo Macedo. Páginas 301-304.

⁶⁷ **Settlor**.- Palabra derivada del verbo *settler*, cuyo significado es persona que asegura una cosa o la coloca.

⁶⁸ Cristina González Beilfuss. *El Trust: la institución anglo-americana y el derecho internacional privado*. Editorial Bosch, Barcelona 1997. Página 17.

El *trust* tiene su origen en la figura jurídica popular de la Edad Media denominada *feoffment to uses*.⁶⁹

Por medio del *feoffment to uses* una persona propietaria de una tierra (un *feudo*) la transmitía a un amigo o a una persona de su confianza para la defensa y administración del bien en beneficio de su familia mientras se ausentaba en caso de guerras. El *trustee* encargado era el único con la posibilidad para acudir a solicitar la protección del bien ante los tribunales de *common law* en caso de perturbación por ser libre y ser mayor de edad. “... también determinadas órdenes religiosas, como sobre todo los franciscanos, superaron gracias al uso las limitaciones derivadas, tanto del voto de pobreza, como de la propia estructura del Derecho de propiedad que les impedían ser titulares de tierras y edificios. Por una u otra razón en este período histórico gran parte de la tierra fue objeto de un *feoffment to uses* o *trust*...”⁷⁰

Sin embargo en el *feoffment to uses*, el *trustee* encargado de administrar y defender los bienes no era responsable frente a ninguna autoridad, no había forma para exigir el cumplimiento de su encargo, la figura se prestaba para muchos abusos en perjuicio de los beneficiarios, defraudando la confianza depositada por el *settlor*.

Los beneficiarios al no contar con acceso a la justicia de los tribunales del *common law* solo tuvieron una alternativa: “... dirigirse al Rey en tanto fuente última de la Justicia para remediar las injusticias resultantes de la inactividad de sus tribunales. Puesto que los tribunales impartían Justicia en nombre del soberano parecía natural que las deficiencias de su funcionamiento se plantearan al monarca con el ruego de que interviniera en auxilio del peticionario. Esta práctica fue generalizándose, en gran parte como consecuencia de la popularidad del *use*, y la institucionalización de la intervención del Canciller real (*Chancellor*), inevitable como consecuencia de la avalancha de peticiones, dio lugar al

⁶⁹ **Feoffment to use.**- Feudo para utilizarlo o usarlo.

⁷⁰ Cristina González Beilfuss. *Op. Cit...* Página 25.

nacimiento de un orden jurisdiccional distinto de los tribunales de Common Law, la Court of Chancery...”.⁷¹

La Court of Chancery aplicaría el derecho de manera complementaria al derecho aplicado por los tribunales comunes, denominado *Equity*. Los tribunales de Equidad funcionaban en la mayoría de veces para obligar el cumplimiento de los *feoffment to uses*, el *trusste* tenía la obligación de ajustarse a los términos del *use*. Así los beneficiarios eran titulares de un *equitable interest* el cual podían defender ante los tribunales de Equidad, mientras el *trusste* era el titular de un *legal interest*, el cual defendía en los tribunales del *Common Law*. Esta situación es característica del Derecho anglosajón, en donde dos personas diferentes convergen cada una con sus respectivos intereses en la propiedad de un bien sin ser ni la una ni la otra auténticos propietarios como en la tradición de derecho civil se entiende.

Por ello los bienes del *trust* son un patrimonio autónomo, un fondo separado tanto del patrimonio del *trusste* como del *beneficiary*. La relación entre estas dos personas no es solamente de carácter personal como se entiende en la tradición del derecho civil romano, sino de carácter real en favor del *beneficiary*, quien tiene la facultad para solicitar la reivindicación del bien en caso de salir del patrimonio autónomo y atacar en todo tiempo los actos del *trusste* contrarios a la finalidad del *trust*.

Hemos tratado hasta aquí los antecedentes del Fideicomiso en el Derecho romano antiguo y en el Derecho anglosajón moderno, ahora es turno de pasar a realizar el análisis de la figura del Fideicomiso tal y como se encuentra regulada en el Derecho positivo mexicano.

⁷¹ *Ibidem...* Página 26.

3.3. LOS ELEMENTOS DEL FIDEICOMISO MEXICANO.

Para el análisis del fideicomiso regulado en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito hemos dividido en cuatro partes los elementos de la figura jurídica: los elementos personales, el elemento real, los formales y los derechos y las obligaciones en el Fideicomiso.

3.3.1. LOS ELEMENTOS PERSONALES.- a) El fideicomitente es la persona titular de los bienes fideicomitados, el artículo 384 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece lo siguiente:

*“...ARTICULO 384.- Sólo pueden ser **fideicomitentes las personas con capacidad para transmitir la propiedad** o la titularidad de los bienes o derechos objeto del fideicomiso, según sea el caso, así como las autoridades judiciales o administrativas competentes para ello...”.*

b) La institución fiduciaria es aquella encargada de dar cumplimiento al fin determinado en el Fideicomiso, el artículo 385 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece lo siguiente:

*“...ARTICULO 385.- Sólo pueden ser instituciones fiduciarias las **expresamente autorizadas** para ello conforme a la ley...”.⁷²*

c) El fideicomisario es aquella persona beneficiaria del Fideicomiso, el artículo 382 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en la parte relativa establece lo siguiente:

*“...ARTICULO 382.- Pueden ser fideicomisarios las personas que **tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho** que el fideicomiso implica...”.*

En el Fideicomiso hay dos partes esenciales y una accidental. El elemento personal accidental es el fideicomisario. El fideicomitente puede convenir en ser él

⁷² Las instituciones autorizadas para fungir como fiduciarias son: las instituciones de crédito, las casas de bolsa, las instituciones de seguros, las instituciones de fianzas, las sociedades financieras de objeto limitado y las financieras rurales. Véase la Circular 1/2005 Bis. de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

mismo el beneficiario del Fideicomiso reuniendo la misma persona las dos calidades. En los Fideicomisos en garantía, donde la fiduciaria reúne la calidad de fideicomisaria lo mismo sucede. El artículo 382 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece en la parte relativa lo siguiente:

“...ARTICULO 382...El fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado, y conste la aceptación del encargo por parte del fiduciario.

...

“La institución fiduciaria podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos que tengan por fin servir como instrumentos de pago de obligaciones incumplidas, en el caso de créditos otorgados por la propia institución para la realización de actividades empresariales...”.

3.3.2. EL ELEMENTO REAL.- El elemento real lo constituye el bien o conjunto de bienes fideicomitados, el artículo 386 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece lo siguiente:

*“...ARTICULO 386.- Pueden ser objeto de fideicomiso **toda clase de bienes y derechos, salvo aquellos que, conforme a la ley, sean estrictamente personales** de su titular...”.*

3.3.3. LOS ELEMENTOS FORMALES. Los artículos 387 y 388 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establecen las siguientes formalidades:

*“...ARTICULO 387.- La constitución del fideicomiso deberá constar siempre **por escrito**.*

*“ARTICULO 388.- El fideicomiso cuyo objeto recaiga en bienes inmuebles, **deberá inscribirse en la Sección de la Propiedad del Registro Público** del lugar en que los bienes estén ubicados. El fideicomiso surtirá efectos contra tercero, en el caso de este artículo, desde la fecha de inscripción en el Registro...”.*

3.3.4. LOS DERECHOS Y LAS OBLIGACIONES EN EL FIDEICOMISO.

a) EL FIDEICOMITENTE. El fideicomitente tiene el derecho para designar uno o varios fideicomisarios. También tiene los derechos que expresamente se reserve (artículo 386 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito). Si el

fideicomitente no se reserva ningún derecho su intervención solo sería necesaria para la constitución del Fideicomiso, siendo prescindible su actuación durante la ejecución del mismo.

b) EL FIDUCIARIO. El artículo 391 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece lo siguiente:

*“...ARTICULO 391.- La institución fiduciaria **tendrá todos los derechos y acciones que se requieran para el cumplimiento del fideicomiso, salvo las normas o limitaciones que se establezcan al efecto, al constituirse el mismo; estará obligada a cumplir dicho fideicomiso conforme al acto constitutivo; no podrá excusarse o renunciar su encargo sino por causas graves a juicio de un Juez de Primera Instancia del lugar de su domicilio, y deberá obrar siempre como buen padre de familia, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa...**”.*

El fiduciario tiene el derecho de recibir una contraprestación por el servicio prestado. También los derechos y las obligaciones establecidas en el acto constitutivo como la de rendir cuentas, administrar los bienes, responder por su culpa respecto de los actos contrarios a la finalidad. El patrimonio del Fideicomiso no entra en el activo del patrimonio del fiduciario, los bienes fideicomitados constituyen un patrimonio afectado (artículo 386 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

c) EL FIDEICOMISARIO. El artículo 390 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece lo siguiente:

*“...ARTICULO 390.- El fideicomisario tendrá, **además de los derechos que se le concedan por virtud del acto constitutivo del fideicomiso, el de exigir su cumplimiento a la institución fiduciaria; el de atacar la validez de los actos que ésta cometa en su perjuicio, de mala fe o en exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la ley le correspondan, y cuando ello sea procedente, el de reivindicar los bienes que a consecuencia de esos actos hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso...**”.*

Las facultades del fideicomisario son una de las características fundamentales de este acto jurídico. El fideicomitente solamente es una parte importante en la constitución del Fideicomiso, fuera de la constitución tanto la fiduciaria como el fideicomisario son los actores principales en el Fideicomiso. En el caso de un mal manejo del patrimonio fideicomitado por parte del fiduciario, solo el fideicomisario podrá atacar los actos ya sean *ultra vires*, ya sea en perjuicio de la finalidad del Fideicomiso. Sin duda alguna las relaciones jurídicas entre el *trustee-beneficiary* del Derecho anglosajón y el fiduciario-fideicomisario del derecho positivo mexicano son de idéntica naturaleza.

Vista de manera general la regulación jurídica del Fideicomiso en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en seguida presentaremos las dos teorías de la Doctrina mexicana que intentan explicar la naturaleza jurídica del Fideicomiso.

3.4. LAS TEORÍAS EXPLICATIVAS DE LA NATURALEZA DEL FIDEICOMISO.

3.4.1. LA TEORÍA DE LA PROPIEDAD FIDUCIARIA O LIMITADA.

El postulado de esta teoría es el siguiente: el fideicomitente transmite la propiedad de los bienes afectados a otra persona denominada fiduciario quien adquiere un dominio limitado sobre los bienes, una propiedad fiduciaria regida por lo establecido en el acto constitutivo. Sin embargo esta propiedad adquirida por la institución fiduciaria de carácter *sui generis* no entra en el patrimonio común del fiduciario sino es un desdoblamiento patrimonial del fiduciario. “...*El efecto traslativo de dominio que produce el fideicomiso, empero, no puede ni debe asimilarse a la transmisión normal del derecho de propiedad. En el fideicomiso, por principio, la transmisión se hace para el solo propósito de que el fiduciario pueda realizar el fin que se le encomienda. Por eso decía Alfaro que el fiduciario no es dueño absoluto: tiene sobre los bienes una ‘propiedad fiduciaria’, es decir que su dominio está sujeto a las limitaciones impuestas por el fideicomiso. Al adoptarse el fideicomiso en nuestro sistema legal, se importó junto con ella, pese*

a la renuencia mostrada por el legislador, un desmembramiento del derecho de propiedad desconocido hasta entonces, un nuevo derecho real con caracteres propios, según se trate del fiduciario o del fideicomisario...”.⁷³

La teoría de la propiedad limitada es una adaptación teórica del desdoblamiento jurídico y económico de la propiedad en el derecho anglosajón. Dos distintas personas pueden tener la titularidad de diversas facultades sobre un mismo bien en el derecho anglosajón, cada una de las partes defiende sus respectivos intereses en los tribunales correspondientes el *trustee* lo hace en los tribunales comunes y el *beneficiary* lo hace en los tribunales de equidad.

Esta teoría es blanco de diversos ataques uno de ellos es el siguiente “... es necesario desechar la posibilidad de incorporar a la ley un nuevo tipo de propiedad que sería la propiedad fiduciaria o bien desdoblar el derecho de propiedad por ser ambos supuestos ajenos a nuestra tradición jurídica y sistema legal...”.⁷⁴

Otra de las críticas a esta teoría es el concepto de “la propiedad limitada o fiduciaria” de la cual es titular la institución fiduciaria. “...Cuando la regla general ya no es la libertad de disfrutar y de disponer de la cosa, sino que se suprime por completo tal libertad, para poner en su lugar y a título de excepción, unas cuantas y expresas facultades sobre la cosa en cuestión –como el caso de la fiduciaria-, ya no puede de ninguna manera hablarse en serio de una verdadera propiedad, ni siquiera que ha surgido una ‘propiedad restringida’... Quienes afirman que por virtud del fideicomiso se produce una transmisión de propiedad por parte del fideicomitente en favor de la institución fiduciaria, pero que tal propiedad no es una propiedad plena, sino sólo una ‘propiedad restringida’ o una llamada ‘propiedad fiduciaria’, no pueden explicar como es que entonces dicha institución fiduciaria puede transmitir más adelante en favor de terceros una propiedad plena que no

⁷³ Rodolfo Batiza. Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria. Editorial Porrúa, México 1985. Página 32.

⁷⁴ Jorge Alfredo Domínguez Martínez. *Dos aspectos de la esencia del Fideicomiso mexicano*. Editorial Porrúa, México 2000, citando al Licenciado Macedo. Página 111.

tiene y no una simple propiedad restringida que es la única que se dice ella tiene. Es de sentido común el conocido adagio 'nemo dat quod non habet' (nadie da lo que no tiene) y que a su vez tiene su versión correlativa en el campo del derecho: 'nemo plus iuris ad alium transferri nequit quod ipse habet' (nadie puede transmitir a otro mayor derecho que aquél que él mismo tiene)...".⁷⁵

3.4.2. LA TEORÍA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO (Le Paulle, Cervantes Ahumada).

Ante las críticas a la teoría de la propiedad limitada se formula esta teoría. "...El fideicomiso es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio fiduciario autónomo, cuya titularidad se reconoce a la institución fiduciaria, para la realización de un fin determinado; pero al expresar que se trata de un patrimonio fiduciario autónomo, con ello se señala particularmente que es diverso de los patrimonios propios de las partes que intervienen en el fideicomiso...".⁷⁶

Los bienes fideicomitidos salen del patrimonio del fideicomitente para colocarse en una situación de afectación, constituyendo un patrimonio autónomo el cual no es susceptible de entrar en el patrimonio del fiduciario ni del fideicomisario, los bienes afectos no podrán ser embargados por ninguna persona.

La institución fiduciaria solamente puede realizar los derechos y las acciones del fin determinado debiendo obrar siempre como buen padre. "... el fiduciario es titular mas no propietario. Por titularidad se entiende la cualidad jurídica que determina la entidad el poder de un persona sobre un derecho dentro de una relación jurídica...".⁷⁷

⁷⁵ Ramón Sánchez Medal. *De los Contrato Civiles*. Editorial Porrúa, México 2004. Páginas 590-592.

⁷⁶ Jorge Alfredo Domínguez Martínez. *Op. Cit...* Página 115.

⁷⁷ *Ibidem...* Página 114.

También esta teoría es blanco de críticas, la más importante de ellas es la siguiente: conforme a la teoría clásica del patrimonio “todo patrimonio debe tener un titular una persona jurídica, la persona y el patrimonio son inseparables uno de otra, el patrimonio es un atributo de la personalidad”. Hubo un intento por mejorar esta teoría atribuyendo la titularidad del patrimonio autónomo a la institución fiduciaria, sin embargo sigue sin explicación alguna la naturaleza de tal titularidad.

3.5. LAS CONSIDERACIONES PERSONALES DE LA NATURALEZA DEL FIDEICOMISO.

Sin duda alguna el Fideicomiso es una mezcla entre la institución del *trust* anglosajón, con algunos conceptos del derecho romano, en otras palabras el Fideicomiso es un *trust* pero al estilo de la tradición civil romana.

La recepción del *trust* es deficiente no solamente en el derecho mexicano sino en la mayoría de los países latinoamericanos. Lo anterior conforme al principio siguiente: Toda forma jurídica recibida por un ordenamiento legal debe ajustarse a los principios jurídicos del sistema legal receptor. De lo contrario se invertirían las cosas, el sistema jurídico receptor se ajustaría a la forma jurídica recibida o extranjera, lo cual es jurídicamente inaceptable. Lo anterior lamentablemente sucedió con la figura del Fideicomiso.

Las diversas teorías explicativas de la naturaleza del Fideicomiso antes expuestas son contrarias a diversos principios de nuestro sistema legal. Por ello, al criticar tales teorías nos encontramos obligados a buscar diferentes propuestas tratando de concluir si es posible la adaptación de la figura anglosajona al Derecho mexicano, o por el contrario es imposible tal recepción.

3.5.1. EL FIDUCIARIO Y LA NATURALEZA DE LA DETENTACIÓN DE LOS BIENES FIDEICOMITIDOS.

La transmisión de la propiedad establecida en el artículo 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en favor de la fiduciaria es solamente gramatical, no hay tal transmisión de propiedad como lo quiere la legislación, consideramos en cambio que existe una transmisión de la posesión de los bienes por parte del fideicomitente en favor de la fiduciaria.

La transmisión de la propiedad a la fiduciaria es jurídicamente insostenible porque la propia institución fiduciaria no puede disfrutar ni usar de los bienes afectos. La actuación de la institución fiduciaria en relación con los bienes afectos solamente es la establecida en el Fideicomiso, los bienes quedan únicamente bajo su encargo y su posesión. El artículo 791 del Código Civil Federal en la parte relativa establece lo siguiente:

“...ARTICULO 791.- Cuando en virtud de un acto jurídico el propietario entrega a otro una cosa, concediéndole el derecho de retenerla temporalmente en su poder en calidad de usufructuario, arrendatario, acreedor pignoraticio, depositario, u otro título análogo, los dos son poseedores de la cosa...”.

La fiduciaria tiene el derecho de retener temporalmente en su poder los bienes fideicomitidos de manera provisional y subordinada a lo establecido en el título causante de la posesión. “Todo propietario tiene derecho a la posesión de su bien, pero no todo poseedor tienen un derecho de propiedad sobre el bien”, la propiedad junto con la posesión pueden coexistir jurídicamente en distintas personas en nuestro Derecho positivo. “... siempre que se otorga la posesión derivada, el propietario deja de ser poseedor jurídico y de hecho de la cosa pero

sigue siendo poseedor de su derecho de propiedad...”.⁷⁸

El artículo 798 del Código Civil Federal establece lo siguiente:

*“...ARTICULO 798.- La posesión da al que la tiene, la presunción de propietario para todos los efectos legales. **El que posee en virtud de un derecho personal, o de un derecho real distinto de la propiedad, no se presume propietario; pero si es poseedor de buena fe tiene a su favor la presunción de haber obtenido la posesión del dueño de la cosa o derecho poseído...**”.*

La fiduciaria como poseedor jurídico tiene el derecho de ser mantenido y restituido en la posesión de los bienes (artículo 803 del Código Civil Federal). El título causante o generador de la posesión de los bienes afectos en favor de la fiduciaria es el Fideicomiso.

Pueden haber poseedores cuyo título causante o generador de la posesión sea real (usufructuario, usuario) o por el contrario el poseedor se encuentra poseyendo a causa de un título personal (arrendamiento, depósito). Lo anterior sugiere la siguiente pregunta ¿Cuál es la naturaleza del título causante o generador de la posesión de los bienes afectos en favor de la fiduciaria?

3.5.2. LA NATURALEZA DEL TÍTULO DEL FIDUCIARIO: LA PRESTACIÓN DE UN SERVICIO PROFESIONAL.

Las teorías explicativas del Fideicomiso renuncian a determinar la naturaleza de la relación jurídica entre el fideicomitente y el fiduciario, por ello toman la salida fácil, “el fideicomiso no es otra cosa que un acto jurídico”. Tal determinación no resuelve el problema más bien lo evade, solamente se expresa el género mas no la especie. Desde nuestro punto de vista **el acto jurídico entre el fideicomitente y el fiduciario es de naturaleza personal cuya especie es la prestación de un servicio profesional.**

⁷⁸ Oscar Morineau. *Los derechos reales y el subsuelo mexicano*. Editorial FCE, México 1997. Página 50.

Los contratos de prestación de servicios profesionales pueden definirse de la siguiente manera “...Es el contrato por el que una persona llamada profesionista o profesor se obliga a prestar determinados servicios calificados que requieren una prestación técnica y a veces un título profesional, a otra persona llamada cliente que se obliga a pagarle una determinada retribución llamada honorario...”.⁷⁹

El contrato de prestación de servicios profesionales fue establecido en el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal del año de 1928 de acuerdo a las ideas de Planiol y de Demogue, estos autores distinguieron el contrato de prestación de servicios profesionales como un contrato diferente al de mandato, dotándolo de una especial reglamentación propia. El objeto en el contrato de mandato son siempre actos jurídicos y el mandatario actúa en nombre o por lo menos por cuenta del mandante, en cambio el prestador de un servicio profesional realiza ordinariamente actos materiales y no actúa en nombre o por cuenta del cliente, sino simplemente ejerce su profesión.⁸⁰

a) LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES EN EL DERECHO MEXICANO.

El Derecho positivo mexicano establece diversos tipos de servicios profesionales clasificados de la siguiente manera:

- i) Los Servicios Profesionales personales (Título X, Capítulo II del Código Civil Federal).
- ii) La obra a precio alzado (Título X, Capítulo III del Código Civil Federal).

⁷⁹ Ramón Sánchez Medal. *Op. Cit...* Página 335.

⁸⁰ *Ibidem...* Página 336.

iii) Los contratos de porte y de hospedaje (Título X, Capítulo III y IV del Código Civil Federal).

iv) **Los servicios prestados por las instituciones de crédito** (Título III, Capítulo IV de la Ley de Instituciones de Crédito).

b) LAS OPERACIONES DE LAS INSTITUCIONES DE CRÉDITO.

No obstante la regulación en materia de servicios profesionales en el Código Civil Federal, dada la especialización de la materia financiera, los servicios prestados por las instituciones financieras tienen su propia regulación normativa. Las instituciones de crédito son parte del conjunto de instituciones que pertenecen al sistema financiero mexicano, cuyo objetivo es la prestación del servicio de banca y crédito.⁸¹

El artículo 46 de la Ley de Instituciones de Crédito establece el conjunto de operaciones financieras de las instituciones de crédito, las cuales se clasifican en operaciones activas, operaciones pasivas y los servicios. Dentro de la gama de operaciones de servicios prestados por las instituciones de crédito el artículo 79 de la Ley de Instituciones de Crédito establece el servicio de Fideicomiso:

“CAPÍTULO IV, DE LOS SERVICIOS.

*“...Artículo 79.- **En las operaciones de fideicomiso, mandato, comisión, administración o custodia, las instituciones abrirán contabilidades especiales por cada contrato, debiendo registrar en las mismas y en su propia contabilidad el dinero y demás bienes, valores o derechos que se les confíen, así como los incrementos o disminuciones, por los productos o gastos respectivos. Invariablemente deberán coincidir los saldos de las cuentas controladas de la contabilidad de la institución de crédito, con los de las contabilidades especiales...**”.*

⁸¹ Véase el artículo 2 de la Ley de Instituciones de Crédito que en la parte relativa establece lo siguiente: *“...ARTICULO 2º.-...Para efectos de lo dispuesto en la presente ley, se considera servicio de banca y crédito la captación de recursos del público en el mercado nacional para su colocación en el público, mediante actos causantes de pasivo directo o contingente...”.*

El legislador mexicano estableció que las instituciones de crédito fueran las únicas legalmente autorizadas para actuar como institución fiduciaria en los servicios de Fideicomiso en un inicio. La razón es sencilla, el servicio solicitado por los particulares es de carácter especializado y profesional; la SHCP (Secretaría de Hacienda y Crédito Público) expide la autorización correspondiente a las instituciones de crédito para poder actuar como institución fiduciaria, lo anterior porque las instituciones de crédito están capacitadas para dar un servicio de tal especialización. Estas entidades tienen la capacidad y la aptitud para administrar de manera eficiente los patrimonios de muchas personas que por razones de falta de tiempo y/o conocimientos prefieren que un tercero capacitado realice dicha tarea.

Lo mismo acontece para ilustrar con un médico profesionalista, el médico cuenta con una cédula profesional legalmente expedida por la autoridad competente para actuar y ejercer su profesión en medicina, la autorización expedida acredita el hecho siguiente: el médico es una persona capacitada para ejercer la ciencia que profesa: la medicina. Asimismo una institución fiduciaria es la capacitada para ejercer el encargo de fiduciaria por disposición legal, la **institución de crédito mediante la prestación de servicios profesionales ejerce una ciencia especializada: la economía financiera**. Entre los servicios prestados por una institución fiduciaria están los fondos de inversión o como en el derecho anglosajón se denominan *investment trust companies* o sociedades de inversión, los fondos de garantía, los fondos de ahorro denominados *pensión trust* en el derecho anglosajón y en México se denominan AFORES (Administradores de Fondos de Retiro), servicios especializados que requieren de los recursos necesarios y las capacidades técnicas como los estudios de riesgos en materia de inversiones, los estudios de mercado.

Por ello no cualquier individuo o comerciante puede llevar a cabo el encargo de institución fiduciaria, solamente las instituciones reconocidas legalmente como las

autorizadas para realizar tales actividades y servicios a cambio de una retribución; la diferencia entre la prestación de servicios profesionales de un médico y la prestación de servicios profesionales de una institución de crédito son las siguientes:

Profesionista.	Actividad profesada.	Documento en virtud del cual se autoriza el ejercicio profesional.	Tipo de servicio.
Médico.	Medicina.	Cédula profesional.	Individual.
Institución fiduciaria.	Economía financiera.	Autorización expedida por la SHCP.	Empresarial.

El título causante o generador de la posesión de los bienes afectos en favor de la fiduciaria en el Fideicomiso es de naturaleza personal más no real, se trata de una prestación de servicio profesional en materia financiera, servicio prestado en favor del fideicomitente quien se obliga a retribuir a la fiduciaria los honorarios acordados en el propio Fideicomiso por tales servicios. De lo anteriormente tratado nos surge la siguiente pregunta, si el fideicomitente no transmite la propiedad de los bienes afectos a la institución fiduciaria y si la posesión jurídica ¿Por qué el fideicomitente no puede usar, disfrutar y mucho menos disponer de los bienes afectos de su propiedad?

3.5.3. LA NATURALEZA DE LA PROTECCIÓN DE LOS BIENES FIDEICOMITIDOS.

Para dar contestación a la anterior pregunta debemos valernos de nuevos puntos de vista y de nuevas propuestas. Desde nuestras consideraciones el fideicomitente no puede ni usar, ni disfrutar, ni disponer de los bienes afectos de los cuales mantiene la propiedad y transmite solamente la posesión a la fiduciaria, en virtud de una garantía accesoria al Fideicomiso, esta garantía es necesaria y fundamental para la eficaz realización de la finalidad encomendada a la institución fiduciaria, sin la mencionada garantía la fiduciaria se vería imposibilitada para cumplir su función.

Explicemos lo anterior, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito faculta a todo propietario para destinar sus bienes a un fin lícito y determinado mediante la figura del Fideicomiso, cuando el propietario de un bien conviene con una institución materializar dicha finalidad por ministerio de la Ley los bienes destinados son protegidos de manera accesoria con el propósito siguiente: para que la institución fiduciaria esté en condiciones de cumplir las obligaciones contraídas en el Fideicomiso. La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito protege los bienes fideicomitados con una garantía accesoria a la prestación del servicio profesional de la fiduciaria, de lo contrario los bienes afectos que sirven de medios necesarios para el cumplimiento del fin encomendado a la fiduciaria podrían ser embargados por los acreedores del fideicomitente o ser enajenados por éste. La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito con dicha garantía accesoria reglamenta una especie de destino protegido. **El derecho del fideicomitente para destinar y encomendar a una institución fiduciaria sus bienes a diversos fines trae aparejado el deber de no usarlos ni disfrutarlos y mucho menos de disponer de ellos mediante la garantía accesoria.**

La garantía accesoria es necesaria para darle eficacia al contrato principal, es decir a la prestación del servicio profesional, los bienes afectos al encontrarse protegidos contra el ataque de los acreedores y de la disposición del fideicomitente es la característica fundamental del Fideicomiso, es una verdadero patrimonio-afectado a una finalidad. De lo contrario la institución fiduciaria no podría llevar a cabo su encomienda porque los bienes necesarios para cumplir los fines estarían embargados o enajenados, por tanto no contaría con los recursos necesarios la institución para cumplir su encargo.

La garantía accesoria es la explicación fundada de la prohibición del propietario para ejercer las facultades de disposición, de uso, de disfrute de sus bienes, lo mismo ocurre con el propietario de los bienes afectados en el Patrimonio de familia establecida en el artículo 727 del Código Civil Federal la cual encuentra su fundamento:

“...ARTICULO 727.- Los bienes afectos al patrimonio de la familia son inalienables, imprescriptibles y no estarán sujetos a embargo ni gravamen alguno...”.

El propietario tanto de los bienes dados en Fideicomiso como el propietario de los bienes afectos a un Patrimonio de familia no transmiten sus facultades fundantes a persona alguna, sino mediante la garantía accesoria, por ministerio de la Ley les está prohibido ejercerlas.

Desde nuestro punto de vista la garantía accesoria cuya función es la de otorgar una protección a los bienes fideicomitidos es la explicación fundada para definir la naturaleza del Fideicomiso, alejada de las teorías de la “propiedad fiduciaria o limitada” y del “patrimonio autónomo o sin titular” expuestas con anterioridad.

También las presentes consideraciones explican el supuesto derecho de reversión del fideicomitente sobre los bienes fideicomitidos establecida en el artículo 393 de

la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito del tenor en la parte relativa siguiente:

“...ARTICULO 393.- Extinguido el fideicomiso, si no se pactó lo contrario, los bienes o derechos en poder de la institución fiduciaria serán transmitidos al fideicomitente o al fideicomisario, según corresponda...”.

La reversión de los bienes afectos en favor del fideicomitente sucede cuando se extingue el Fideicomiso, lo anterior atiende a la regla siguiente: ‘*accessio cedit principali*’ (Todo lo accesorio sigue la suerte de lo principal). Al extinguirse el acto principal del Fideicomiso, es decir la prestación del servicio profesional de la fiduciaria, se extingue por tanto la garantía accesorio del Fideicomiso cuya función era la de servir como protección legal de los bienes fideicomitados. Los bienes fideicomitados no se retrotransmiten al fideicomitente como lo quiere la Ley, únicamente la garantía accesorio se extingue quedando los bienes sujetos al régimen anterior de responsabilidad frente a los acreedores del fideicomitente quien a su vez podrá disponer de sus bienes los cuales nunca salieron de su patrimonio.

3.5.4. LA NATURALEZA DE LA RELACIÓN JURÍDICA ENTRE EL FIDUCIARIO-FIDEICOMISARIO.

Mientras no se cumpla la finalidad del Fideicomiso, durante su ejecución las relaciones jurídicas entre el fiduciario-fideicomisario son de naturaleza personal. El fideicomisario interviene durante la ejecución del Fideicomiso aun sin haber intervenido en la constitución del acto en virtud de ser la parte beneficiaria, el fideicomisario tiene un interés legítimo sobre los bienes fideicomitados para que se de cumplimiento cabal al Fideicomiso.

El interés legítimo del fideicomisario sobre los bienes fideicomitidos es de carácter personal, por ello el fideicomisario puede ejercer las acciones personales contra la fiduciaria como la acción de nulidad de los actos contrarios a los fines del fideicomiso, así como también la acción de nulidad de los actos *ultra vires* de la fiduciaria. El artículo 390 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece en la parte relativa lo siguiente:

*“...ARTICULO 390.- El fideicomisario tendrá, además de los derechos que se le concedan por virtud del acto constitutivo del fideicomiso, el de **exigir su cumplimiento a la institución fiduciaria; el de atacar la validez de los actos que ésta cometa en su perjuicio, de mala fe o en exceso de las facultades** que por virtud del acto constitutivo o de la ley le correspondan, **y cuando ello sea procedente, el de reivindicar los bienes que a consecuencia de esos actos hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso...**”.*

Sin embargo de la redacción del artículo anterior nótese lo siguiente: técnicamente es incorrecta la atribución de la acción reivindicatoria en favor del fideicomisario, en virtud de no tener la calidad de propietario de los bienes fideicomitidos, el artículo 4 del Código de Procedimiento Civiles para el Distrito Federal establece lo siguiente:

*ARTICULO 4.- La reivindicación **compete a quien no está en posesión de la cosa, de la cual tiene la propiedad**, y su efecto será declarar que el actor tiene dominio sobre ella y se la entregue el demandado con sus frutos y acciones en los términos prescritos por el Código Civil.*

Solamente el propietario de un bien puede ejercitar la acción reivindicatoria, para cada derecho corresponde una acción relativa, por ello es incorrecta la atribución del artículo 390 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. No obstante el legislador sigue atribuyendo acciones y derechos incompatibles con la naturaleza del acto debido a la confusión reinante en la materia, bastaba con la atribución de las acciones personales en contra de la fiduciaria para obligarla a no ejecutar actos contrarios al Fideicomiso o *ultra vires* so pena de no surtir ningún efecto jurídico dichos actos. El fideicomisario técnicamente no tiene legitimación en la causa activa para deducir la acción reivindicatoria.

3.5.5. LAS CONCLUSIONES DEL ANÁLISIS DEL FIDEICOMISO.

Hemos descubierto una forma de estructurar al Fideicomiso sin tratar de ajustarlo a criterios y principios claramente violatorios de la tradición jurídica romana civil como lo hacen las teorías de “la propiedad fiduciaria” y el “patrimonio autónomo”, y de las tesis peregrinas insostenibles sustentadas con el argumento de que por tratarse de una materia especial como lo es la mercantil y financiera no se pueden aplicar los principios y reglas del derecho civil en lo relativo a la propiedad. Tales argumentos absurdos son la base para sostener las teorías de la “propiedad especial fiduciaria *sui generis* denominada fiduciaria” o del “patrimonio sin titular” amparándose según ellos, en una legislación especial con el derecho de deformar instituciones jurídicas fundamentales como lo es la propiedad. Por ello es hora de alejarnos de estas tesis y retomar una nueva dirección ajena a todo sofisma perjudicial que repudian a la razón jurídica.

Por ello dejamos sentado lo siguiente, en la constitución del Fideicomiso el fideicomitente y el fiduciario solamente intervienen en el acto. El fideicomitente transmite la posesión de bienes de su propiedad a la fiduciaria de manera provisional y subordinada a lo establecido en el título causante, más no la propiedad, para que los bienes funcionen como medios para dar cabal cumplimiento al fin determinado mediante la prestación de un servicio profesional de la fiduciaria. La institución fiduciaria solamente podrá cumplir su servicio profesional y su encomienda si la Ley garantiza la protección de los bienes fideicomitidos. Para ello los bienes fideicomitidos por un lado no son susceptibles de embargarse durante la ejecución del fideicomiso, y por otro lado se le prohíbe al fideicomitente propietario el ejercer las facultades de uso y disposición sobre los bienes afectos.

Durante la ejecución del Fideicomiso las relaciones jurídicas se centran en dos partes el fiduciario y el fideicomisario salvo que el fideicomitente se haya

reservado algunos derechos. La fiduciaria puede ejecutar los actos establecidos en el Fideicomiso, mientras tanto el fideicomisario debe recibir los beneficios del Fideicomiso y en su caso atacar la nulidad de los actos contrarios o *ultra vires* del fiduciario.

CAPÍTULO CUARTO:

EL PATRIMONIO DE

FAMILIA.

IV. EL PATRIMONIO DE FAMILIA.

En capítulos anteriores analizamos los elementos constitutivos del Patrimonio de Familia, empezando por el elemento de la Familia. En el segundo capítulo hicimos lo mismo con el elemento Patrimonio. En nuestro tercer capítulo analizamos tres figuras vigentes del Derecho positivo mexicano semejantes a la regulación jurídica del Patrimonio de Familia. Con estos instrumentos pasamos a tratar de manera exclusiva la institución del Patrimonio de Familia, sus antecedentes históricos y su regulación jurídica con el propósito de resolver la hipótesis de nuestro trabajo profesional ¿Cual es el origen del desuso del Patrimonio de Familia en México?

1. LOS ANTECEDENTES DEL PATRIMONIO DE FAMILIA.

1.1. EL MAYORAZGO EN LA NUEVA ESPAÑA.

En la época colonial en México existió una institución jurídica de características semejantes a nuestro moderno Patrimonio de Familia, se trata del Mayorazgo del Derecho español importado a la Nueva España.

El Mayorazgo es una institución con características feudales-aristocráticas. Para el análisis del Mayorazgo retomamos las ideas del Dr. Guillermo Floris Margadant de su ensayo *El Mayorazgo Novohispano, producto natural de un Zeitgeist*.

El Mayorazgo era constituido por una persona llamada ‘fundador’ sobre uno o varios de sus bienes previa la autorización de la Corona Española. El Mayorazgo al quedar constituido afectaba los bienes destinados, los bienes no eran susceptibles de embargo y gravamen alguno y eran imprescriptibles. Estos bienes pasaban en usufructo al hijo primogénito sucesor del fundador y así sucesivamente a las siguientes generaciones.

El fin fundamental del Mayorazgo fue el de garantizar la perpetuidad y la fama de un destacado apellido aristocrático. Las características del Mayorazgo son las siguientes:

- a) Los titulares del Mayorazgo eran por lo general los hijos primogénitos varones de cada una de las generaciones futuras del fundador, los hijos mayores eran los indicados para suceder y mantener el renombre y apellido del fundador, sin embargo podían estipularse de distinta manera a los sucesores.
- b) El derecho de los titulares del Mayorazgo era un usufructo con la condición de restituirlo al titular de la siguiente generación, por tanto no podían enajenar ni gravar los bienes, salvo algunos casos de emergencia, solamente podían usar y disfrutar el bien sujeto al Mayorazgo.
- c) Los bienes sujetos al Mayorazgo eran imprescriptibles e inembargables.
- d) Para la constitución del Mayorazgo debía previamente solicitarse una autorización a la Corona la cual solo la otorgaba a las familias de élite o aristocráticas.

El Mayorazgo en México nace desde la Conquista Española, el primer Mayorazgo fue otorgado a Hernán Cortes por los reyes de España, la institución fue derogada hasta el año de 1823 por considerarse contraria a los principios del liberalismo económico naciente del siglo XIX. Nótese lo siguiente: al analizar el Patrimonio de Familia posteriormente, observaremos una característica particular de esta institución familiar: está destinada a las familias rurales y a las familias de la clase trabajadora, en cambio el Mayorazgo Novohispano fue una institución jurídica destinada a proteger el renombre y apellido de las familias nobles aristocráticas de la nueva España.

El Mayorazgo se arraigo en la práctica y la vanidad de la aristocracia “...*esta institución debía otorgar al apellido y renombre del fundador un lugar prominente, sempiterno en la memoria de la vida social...este mayorazgo ha sido una institución de marcado sabor feudal, que había surgido en íntima unión con la*

*nobleza medieval, con su sed de eternización dinástica y su obsesión por la gloria familiae...”.*⁸²

1.2. LOS ANTECEDENTES EN MÉXICO INDEPENDIENTE.

En el año de 1900 se dictó por vez primera en el estado de Chihuahua una ley tendiente a proteger a la familia y fue en beneficio de los indígenas Tarahumaras declarándose inalienables e inembargables las tierras propiedad de la población indígena quienes podían venderlas previa autorización del Ejecutivo Local.⁸³

El antecedente próximo de la regulación jurídica del Patrimonio de Familia en el Código Civil para el Distrito Federal y del Código Civil Federal lo fue el artículo 284 de la Ley sobre Relaciones Familiares de fecha 09 de abril de 1917 expedida por el Jefe del Ejército Constitucionalista Don Venustiano Carranza del tenor siguiente:

*“...Artículo 284. **La casa en que esté establecida la morada conyugal** y los bienes que le pertenezcan, sean propios de uno de los cónyuges o de ambos, **no podrán ser enajenados sino es con el consentimiento expreso de los dos; y nunca podrán ser hipotecados o de otra manera gravados, ni embargados** por los acreedores del marido o de la mujer o de ambos, siempre que dichos objetos no tengan en conjunto un valor mayor de diez mil pesos...*

*“Si la residencia conyugal estuviere en el campo, ella y **los objetos que le pertenezcan tampoco podrán ser enajenados** sino con consentimiento expreso de ambos consortes; **y en ningún caso podrán ser hipotecados o de otra manera gravados** juntamente con los terrenos que le correspondan, si no valen en conjunto más de diez mil pesos...”.*

⁸² Floris Margadant, Guillermo. *El Mayorazgo Novohispano, producto natural de un Zeitgeist*. Revista Anuario de Derecho Mexicano Volúmenes XI-XII 1999-2000. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM 2009. Páginas 230 y 231.

⁸³ Casas Roldán, Pablo. *Op Cit...* Página 24.

La exposición de motivos de la Ley sobre Relaciones Familiares señaló al respecto lo siguiente: *“...Que establecida la separación de bienes entre los esposos, la tranquilidad del hogar no quedaría debidamente asegurada si la impericia de uno u otro, su prodigalidad o simplemente la falta de éxito en los negocios, trajera como resultado la enajenación, gravamen, o embargo de la casa y los muebles destinados al hogar, ya pertenezcan a ambos cónyuges o a uno solo de ellos, pues el interés de los hijos y de la misma sociedad, exige que la culpa, impericia o negligencia de uno de los consortes separado por completo del otro en materia de intereses, no recaiga sobre extraños, causándoles perjuicios, ha sido necesario establecer que la casa en que resida el matrimonio y los muebles de ella, ya sean comunes ya sean de uno de los esposos, no se puedan enajenar, ni gravar, sin el consentimiento de ambos, ni estén sujetos a embargos; pero como con esta disposición podrá prestarse a abusos, se ha limitado el susodicho privilegio el caso de que los mencionados bienes valgan menos de 10 mil pesos...”*

El artículo 284 de la Ley sobre Relaciones Familiares es indudablemente el antecedente del Patrimonio de Familia en México, sin embargo nótese lo siguiente el primer párrafo del artículo 284 establece lo que en Estados Unidos se denominó el *homestead law*, mientras tanto el segundo párrafo del mismo numeral establece el denominado *homestead exemption* tal y como en seguida trataremos.

1.3. LOS ANTECEDENTES EN EL DERECHO COMPARADO. THE HOMESTEAD DEL DERECHO NORTEAMERICANO.

Los tratadistas del Patrimonio de Familia están de acuerdo en lo siguiente: la estructura del Patrimonio de Familia en México tiene su antecedente en la figura del *homestead* del Derecho norteamericano.

La figura del *homestead* del derecho norteamericano se reguló en la ley del estado de Texas de 26 de enero de 1839, con el propósito de incentivar la inmigración de pobladores o pioneros al vasto territorio texano. El gobierno del estado de Texas proporcionaba una porción de tierra a personas inmigrantes de otras partes de la unión americana o a extranjeros con la condición siguiente: no debían enajenar el bien ni gravarlo y por supuesto debían residir en él, por su parte la tierra quedaba inmune para el caso de futuros embargos de los acreedores de los pioneros. “...*La institución nació primero en la práctica social a fines del siglo XVIII y comienzos del XIX como incentivo para el establecimiento de settlers o ‘pioneros’ en el vasto territorio de la unión americana, cuya propiedad era ‘inmunizada de los colmillos y las garras de los acreedores’...*”⁸⁴

El *homestead* tenía dos modalidades distintas: *el homestead law* y *el homestead exemption*.⁸⁵

El *homestead law* se concedía a las personas con el deseo de adquirir la ciudadanía americana a título gratuito para ocupar entre 32.4 a 63.8 hectáreas. Se adquiría la propiedad de las tierras en el plazo de cinco años siempre y cuando se hubiese cultivado el terreno. Transcurrido dicho término y cumplida la condición el dominio quedaba en manos del pionero, con la particularidad de que el fundo no respondía por las deudas contraídas anteriormente por el jefe de familia.

El *homestead law* protegía el predio, mientras el *homestead exemption* protegía los aparejos de labranza, cualquier tipo de instrumento necesario para el cultivo de la tierra y en general el mobiliario de la casa hasta por el valor de doscientos dólares.⁸⁶

⁸⁴ Carlos Ramos Núñez. *Historia del Derecho Civil Peruano Siglos XIX y XX, Tomo II*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 2005. Página 471.

⁸⁵ **Exemption.**- Exento, inmune. Curiosamente esta palabra anglosajona, se deriva de la composición latina (*ex*, e-fuera de) y (*emptio*- compra, enajenación) literalmente ‘fuera de toda compra o enajenación’.

⁸⁶ Carlos Ramos Núñez. *Op. Cit...* Página 472.

Nótese lo siguiente: el primer párrafo del artículo 284 de la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917 regula la modalidad del *homestead law*, mientras tanto el segundo párrafo del mismo numeral regula el *homestead exemption*. Si bien la estructura del *homestead* del derecho norteamericano es el antecedente del Patrimonio de Familia en el Derecho mexicano, también lo es que la ideología subyacente entre una y otra figura es diferente por lo siguiente: Como certeramente lo indicó el Licenciado Carlos Ramos Núñez el *homestead* fue un ‘instrumento de política del Estado Texas’, el *homestead* fomentó la inmigración de las colonias de pobladores hacia el Estado de Texas. Para ello, nos remontaremos a la historia de la formación de dicho Estado.

El estado de Texas fue una entidad perteneciente a la República mexicana independiente en el primer cuarto del siglo XIX; sin embargo los gobiernos mexicanos en esa época concedieron licencias a personas extranjeras con nacionalidad americana para residir en el territorio sin preverse las consecuencias. En el año de 1833 varios colonos de Texas comandados por el señor Moisés Austin con el propósito de formar una nueva República texana independiente a la mexicana se levantaron en armas. El entonces presidente de México Don Antonio López de Santa Anna determinó realizar una campaña militar en contra de los beligerantes, a pesar de obtener diversas victorias militares, el presidente es capturado el 21 de abril de 1836 en el poblado de San Jacinto por un grupo de personas comandadas por el señor Samuel Houston. Se negoció la libertad del presidente siempre y cuando se reconociera la independencia de Texas no quedándole mas remedio al presidente Santa Anna que instrumentar el reconocimiento de independencia de Texas con la firma de los tratados de Velasco del año de 1837.

El nuevo estado independiente de Texas promulgó inmediatamente la ley estatal de 1836 de Texas o *homestead* con el propósito de alentar la inmigración de colonias al territorio, para su defensa en caso de alguna invasión colonialista, el gobierno independiente texano tenía la necesidad urgente de poblar la entidad

para hacerla mas fuerte. Lo anterior dejó de ser indispensable con la adhesión de Texas a la unión americana en 1846 lo cual le garantizó la protección y la seguridad necesarias.

Después de comentar brevemente la historia de Texas y su corta vida como estado independiente descubrimos la diferencia entre la institución norteamericana y la mexicana. El Patrimonio de Familia mexicano no es un instrumento político para el fomento de la inmigración como lo fue en su momento el *homestead*, si bien la institución mexicana tomo el mecanismo de dicha figura americana, también lo es que el Patrimonio de Familia es una reacción en contra de los excesos del individualismo imperante del siglo XIX. Desde nuestro punto de vista se trata de una INNOVACIÓN IDEOLÓGICA DEL CONSTITUYENTE DE 1917 en aras de la protección económica de las familias de la clase rural y de la clase trabajadora de las garras y los colmillos de los capitalistas financieros.⁸⁷

La Constitución Mexicana de 1917 orgullosamente fue la primera en establecer el Patrimonio de familia en Iberoamérica como garantía social de las familias desprotegidas hasta ese entonces: las familias de la clase rural y las familias de la clase trabajadora, esta es la razón de disponer la institución tanto en el artículo 27 en lo relativo en ese entonces al Derecho Agrario mexicano y en el artículo 123 o del trabajo relativo a la protección de la clase trabajadora, por tanto el Patrimonio de familia es una garantía social fruto de las ideas de la Revolución Mexicana de 1910 y no un medio para fomentar la inmigración de colonias. “...*Las tendencias proteccionistas y socializantes en el campo jurídico, que superaban los esquemas individualistas del siglo XIX, encontraron un campo fecundo en el Derecho de familia, área ésta de singular especificidad en el campo del derecho privado. El*

⁸⁷ Los países latinoamericanos y algunos europeos siguieron la misma tesis garantista del Constituyente de 1917 en sus respectivas constituciones políticas respecto del Patrimonio de Familia. Véase las constituciones de Alemania 1919 (Weimar art.10, inciso 4, y 155); España art. 47; Portugal (art. 14 inciso 10); Honduras (art. 151,155 y 197 parte 29); URSS art. 7; Colombia (art. 50 parte 9); Uruguay art.49; Cuba art. 91; Paraguay art.22; Chile (art. 10 inciso h); Guatemala art. 73; Bolivia art. 133; el Salvador art. 139; Panamá art. 60; Ecuador art. 162 y 166.

Marxismo, la socialdemocracia, la emergencia del social cristianismo como ideología críticas del pensamiento liberal fueron el telón de fondo ideológicos del área del derecho...”⁸⁸

2. EL MARCO JURÍDICO DEL PATRIMONIO DE FAMILIA EN MÉXICO.

2.1. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Los artículos 27, fracción XVII párrafo tercero y 123 apartado 'A', fracción XXVIII de la Constitución Política de México establecen la institución del Patrimonio de Familia, el tenor en la parte interesante de los artículos es el siguiente:

“...Artículo 27. La propiedad de las tierras y aguas...

“XVII.- El Congreso de la Unión y las legislaturas...

“Las leyes locales organizarán el patrimonio de familia, determinando los bienes que deben constituirlo, sobre la base de que será inalienable y no estará sujeto a embargo ni a gravamen ninguno...”

“...Art. 123.- Toda persona tiene derecho al trabajo...

“A.- Entre los obreros, jornaleros...

“XXVIII.- Las leyes determinarán los bienes que constituyan el patrimonio de la familia, bienes que serán inalienables, no podrán sujetarse a gravámenes reales ni embargos, y serán transmisibles a título de herencia con simplificación de las formalidades de los juicios sucesorios...”

El Patrimonio de Familia no se trata de una garantía individual frente a los actos del Estado, se trata más bien de una garantía social cuyo objetivo es la de proteger los bienes necesarios e indispensables de las familias de la clase rural y las familias de la clase trabajadora. La regulación específica de la institución quedó en manos del legislador ordinario.

⁸⁸ Carlos Ramos Núñez. *Op. Cit...* Página 473.

2.2. LOS ELEMENTOS DEL PATRIMONIO DE FAMILIA EN LOS CÓDIGOS CIVILES FEDERAL Y PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Para el análisis de la institución hemos dividido la figura en cuatro partes a saber: en elementos personales, los elementos reales, los elementos formales y los derechos y las obligaciones creadas por el acto constitutivo.

2.2.1. LOS ELEMENTOS PERSONALES. a) El propietario de los bienes afectados o constituyente; b) Los miembros de la familia beneficiarios -en lo subsecuente simplemente beneficiarios-. Los artículos 725 y 734 del Código Civil para el Distrito Federal establecen en la parte interesante lo siguiente:

“...ARTICULO 725.-...el número de miembros de la familia determinará la copropiedad del patrimonio, señalándose los nombres y apellidos de los mismos al solicitarse la constitución del patrimonio familiar...”

*“...ARTICULO 734.- **Las personas que tienen derecho a disfrutar el patrimonio de familia son las señaladas en el artículo 725 y los hijos supervenientes...**”*

Recuérdese lo siguiente: el concepto de familia estudiado en nuestro primer capítulo, para efectos del Patrimonio de Familia se trata de la Familia nuclear constituida por la madre y/o el padre y los hijos nacidos o supervenientes, recuérdese también que el concepto de familia nuclear comprende a los concubinos y sus hijos quienes también pueden constituir jurídicamente un Patrimonio de familia y gozar de él.

2.2.2 LOS ELEMENTOS REALES. a) El Objeto del Patrimonio de familia.- El artículo 723 del Código Civil para el Distrito Federal establece en la parte interesante lo siguiente:

*“...ARTICULO 723.-...El patrimonio familiar **puede incluir la casa-habitación y el mobiliario de uso doméstico y cotidiano; una parcela cultivable o los giros industriales y comerciales** cuya explotación se haga entre los miembros de la familia; así como los utensilios propios de su actividad, siempre y cuando no exceda su valor, de la cantidad máxima fijada por este ordenamiento...”*

b) El valor de los bienes objeto del Patrimonio de familia.- El artículo 730 del Código Civil para el Distrito Federal establece lo siguiente:

*“...ARTICULO 730.- El valor máximo de los bienes afectados al patrimonio familiar, señalados en el artículo 723, será por **la cantidad resultante de multiplicar el factor 10,950 por el importe de tres salarios mínimos generales diarios**, vigentes en el Distrito Federal, en la época en que se constituya el patrimonio, autorizando como incremento anual, el porcentaje de inflación que en forma oficial, determine el Banco de México. Este incremento no será acumulable...”*

El valor máximo del bien afecto puede tener un valor de hasta \$1, 650, 000.00 M.N.

c) Las Condiciones.- Las condiciones impuestas por el legislador en relación con los bienes afectos están establecidas en los artículos 728, 729 y 739 Código Civil para el Distrito Federal, se trata del principio de localización de los bienes, de unicidad y de no constitución en fraude de acreedores:

*“...ARTÍCULO 728.- Sólo puede constituirse el patrimonio de la familia con **bienes sitos en el lugar en que está domiciliado el que lo constituya...**”*

*“...ARTÍCULO 729.- Cada familia **sólo puede constituir un patrimonio**. Los que se constituyan subsistiendo el primero, no producirán efecto legal alguno...”*

*“...ARTÍCULO 739.- La constitución del patrimonio de la familia **no puede hacerse en fraude de los derechos de los acreedores...**”*

d) La Protección Jurídica de los Bienes Afectos. El artículo 730 del Código Civil para el Distrito Federal establece lo siguiente:

*“...ARTÍCULO 727.- Los bienes afectos al patrimonio de la familia son **inalienables, imprescriptibles y no estarán sujetos a embargo ni gravamen alguno...**”*

En el capítulo segundo de la presente tesis denominado del Patrimonio, dejamos sentado lo siguiente: Por regla general los bienes de carácter pecuniario son bienes jurídicos del patrimonio de una persona determinada denominados ‘bienes vinculados’, excepcionalmente existen algunos bienes pecuniarios con carácter desvinculados denominados ‘patrimonios-afectados’. Los bienes afectos del Patrimonio de familia son una especie de estos bienes desvinculados. Desde nuestro punto de vista el artículo 727 del Código Civil para el Distrito Federal establece una garantía accesorio a la constitución del Patrimonio de familia.

Esta garantía tiene la única finalidad de proteger el destino de los bienes afectos: el sostener económicamente a las familias de la clase trabajadora. Por un lado garantiza el derecho precario de los beneficiarios mediante la prohibición dirigida al propietario de los bienes afectos para enajenar, gravar o de cualquier forma disponer de los bienes sin dejar por supuesto de ser el propietario de ellos (en el caso de Código Civil Federal). Por el otro lado protege los bienes afectos de los posibles embargos de los acreedores del propietario.

La garantía naturalmente accesorio funciona como manto protector del derecho de ‘uso’ de los beneficiarios. Si nos es permitida la comparación la garantía protectora del fin del Patrimonio familiar –el sostén económico indispensable de la familia- es la misma garantía protectora de los bienes fideicomitidos en el fideicomiso conforme a nuestra interpretación de la institución vista en el capítulo tercero del presente trabajo.

2.2.3. LOS ELEMENTOS FORMALES. Para la constitución del Patrimonio de familia existen tres diferentes esquemas, dos son voluntarios y uno es de manera forzosa.

a) La constitución voluntaria judicial. El artículo 731 del Código Civil para el Distrito Federal establece lo siguiente:

*“...ARTICULO 731.- Los miembros de la familia **que quieran constituir** el patrimonio lo harán a través de un representante común, por escrito al Juez de lo Familiar, designando*

con toda precisión los bienes muebles e inmuebles, para la inscripción de éstos últimos en el Registro Público. La solicitud, contendrá:

“I.- Los nombres de los miembros de la familia;

“II.- El domicilio de la familia;

“III.- El nombre del propietario de los bienes destinados para constituir el patrimonio familiar, así como la comprobación de su propiedad y certificado de libertad de gravámenes, en su caso, excepto de servidumbres; y

“IV.- El valor de los bienes constitutivos del patrimonio familiar no excederán el fijado en el artículo 730 de este ordenamiento...”.

Esta es la manera voluntaria de constituir el Patrimonio de familia mediante la solicitud vía jurisdicción voluntaria ante el Juez de lo familiar en el Distrito Federal.

b) La constitución voluntaria administrativa. El artículo 735 del Código Civil para el Distrito Federal establece lo siguiente:

*“...ARTÍCULO 735.- Con el objeto de favorecer la formación del patrimonio de la familia, se venderán a las personas que tengan capacidad legal para constituirlo **y que quieran hacerlo**, las propiedades raíces que a continuación se expresan:*

“I.- Los terrenos pertenecientes al Gobierno del Distrito Federal que no estén destinados a un servicio público ni sean de uso común;

“II.- Los terrenos que el Gobierno adquiera por expropiación, de acuerdo con el artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y

“III.- Los terrenos que el Gobierno adquiera para dedicarlos a la formación del patrimonio de las familias que cuenten con pocos recursos...”.

Esta forma de constitución tiene una gran semejanza con el programa migratorio del gobierno texano establecido en la ley de 1836 del *homestead*. El Patrimonio de familia se constituye sobre un terreno proporcionado por el gobierno del Distrito Federal a un precio accesible para las familias de escasos recursos, tal y como acontece con los programas del Instituto de la Vivienda del Distrito Federal (INVI) siempre y cuando así lo desee el adquirente del bien inmueble.

c) La constitución forzosa. El artículo 734 del Código Civil para el Distrito Federal establece lo siguiente:

“...ARTICULO 734.-...el tutor de acreedores alimentarios incapaces, familiares del deudor o el Ministerio Público, pueden exigir judicialmente que se constituya el patrimonio de familia hasta por los valores fijados en el artículo 730, sin necesidad de invocar causa alguna. En la constitución de este patrimonio se observará en lo conducente lo dispuesto en los artículos 731 y 732...”

Se trata de la única especie de constitución forzosa del Patrimonio de familia en México, la acción se dirige en contra del deudor alimentario con el fin de garantizar los alimentos de los acreedores miembros de su familia. Teniendo relación con lo dispuesto por el artículo 308 del Código Civil para el Distrito Federal del tenor siguiente:

“...ARTICULO 308.- Los alimentos comprenden:

*“1.- La comida, el vestido, **la habitación**, la atención médica, la hospitalaria y en su caso, los gastos de embarazo y parto;...”*

2.2.4. LOS DERECHOS Y LAS OBLIGACIONES CREADAS POR EL ACTO CONSTITUTIVO.

a) EN EL CÓDIGO CIVIL FEDERAL.

Los artículos 724 y 725 del Código Civil Federal establecen lo siguiente:

*“...ARTÍCULO 724.- La constitución del patrimonio de la familia **no hace pasar la propiedad de los bienes que a él quedan afectos, del que lo constituye a los miembros de la familia beneficiaria.** Estos sólo tienen derecho de disfrutar de esos bienes, según lo dispuesto en el artículo siguiente...”*

*“...ARTICULO 725. **Tienen derecho de habitar la casa y de aprovechar los frutos de la parcela afecta al patrimonio de la familia, el cónyuge del que lo constituye y las personas a quienes tiene obligación de dar alimentos.** Ese derecho es intransmisible; pero debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 740...”*

La constitución del Patrimonio de familia en el Código Civil Federal atribuye un derecho personal en favor de cada uno de los miembros de la familia beneficiarios consistente en el derecho de usar y de disfrutar la casa habitación o en su caso la parcela cultivable.

El propietario conserva la propiedad de los bienes afectos, recuérdese bien lo siguiente: al quedar constituido el Patrimonio de familia de manera accesoria se garantiza el derecho de los beneficiarios mediante la protección de los bienes afectos, cuyo titular es el propietario quien no pierde la propiedad solamente por virtud de la constitución le está impedido enajenar o gravar el bien afecto. Esta es la garantía establecida en el artículo 727 del Código Civil federal, tiene dos finalidades por una parte protege el derecho personal de los beneficiarios y por la otra protege el bien afecto de los posibles embargos de los acreedores del propietario.

El artículo 740 del Código Civil Federal establece lo siguiente:

*“ARTICULO 740.- Constituido el patrimonio de **la familia**, ésta tiene **obligación de habitar la casa y de cultivar la parcela**. La primera autoridad municipal del lugar en que esté constituido el patrimonio puede por justa causa, autorizar para que se dé en arrendamiento o aparcería, hasta por un año...”*

El derecho de uso y disfrute de los bienes afectos del Patrimonio de familia atribuidos a los beneficiarios, es un derecho fundado mas no fundante, este derecho no es fundante del derecho de libertad para optar o no por su ejercicio característica particular de los derechos reales. Por tanto los beneficiarios del Patrimonio de familia tienen el derecho de usar la casa habitación mas no el derecho para no usarla, es decir se trata de un derecho fundado en la obligación de usar los bienes afectos so pena de tenerse por extinguido su derecho conforme a lo establecido en el artículo 741, fracción II del Código Civil Federal del tenor siguiente:

“...ARTICULO 741.- El patrimonio de la familia se extingue:

*“II.- Cuando sin causa justificada la familia **deje de habitar por un año la casa** que debe servirle de morada, o de cultivar por su cuenta y por dos años consecutivos la parcela que le esté anexa;...”*

La diferencia entre el derecho concedido a los beneficiarios del Patrimonio de familia con el derecho del habituario en el derecho de habitación radica en lo siguiente; en el primer caso el derecho atribuido a los beneficiarios es únicamente personal y por tanto relativo, no es fundante del derecho de optar o no por su ejercicio, al contrario es un derecho fundado en la obligación de usar los bienes afectos; en cambio en el derecho de habitación el derecho atribuido al habituario es de carácter real por tanto oponible *erga omnes*, el habituario a pesar de no poder disponer de su derecho –arrendarlo, gravarlo o enajenarlo-, si le fue transmitido el *ius utendi* por el propietario, es decir la facultad fundante. El derecho real del habituario es vitalicio por lo general, en cambio el derecho de los beneficiarios en el Patrimonio de familia es temporal limitándose hasta la edad necesaria de los beneficiarios para percibir alimentos (artículo 741 fracción I del Código Civil Federal). En el derecho de habitación el propietario transmitió el derecho de uso al habituario, por tanto, le está prohibido usar el bien sujeto a la habitación, en cambio el propietario constituyente del Patrimonio de familia no transmitió el *ius utendi* a los beneficiarios, solamente concedió el derecho para usarlo, en consecuencia el propietario también puede usar y disfrutar el bien afecto.

b) EN EL CÓDIGO CIVIL LOCAL.

El artículo 725 del Código Civil para el Distrito Federal establece lo siguiente:

*“...ARTÍCULO 725.- La constitución del patrimonio de familia **hace pasar la propiedad de los bienes** al que quedan afectos, a los miembros de la familia beneficiaria; el número de miembros de la familia determinará la copropiedad del patrimonio, señalándose los nombres y apellidos de los mismos al solicitarse la constitución del patrimonio familiar...”*

A diferencia de la regulación jurídica del Patrimonio de familia en el código Civil Federal el Código Civil para el Distrito Federal no dudó en innovar la institución y determinó atribuir un derecho real a los beneficiarios del Patrimonio de familia, decimos no dudo en innovar por la redacción semejante del numeral 725 arriba citado “...*La constitución del patrimonio de familia **hace pasar la propiedad de los bienes** al que quedan afectos, **a los miembros de la familia...**”, con la redacción del artículo 724 del Código Civil Federal “...*La constitución del patrimonio de la familia **no hace pasar la propiedad de los bienes** que a él quedan afectos, del que lo constituye **a los miembros de la familia...**”.**

El derecho real atribuido a los beneficiarios se trata de una copropiedad forzosa de bienes, es decir los bienes afectos pasan de un régimen de propiedad individual a un régimen de copropiedad comunal forzosa por efecto de la constitución. El legislador local trató de dignificar la calidad de los beneficiarios atribuyéndoles un derecho real en lugar de un derecho personal como en la legislación Federal. Tal atribución sugiere los siguientes comentarios:

Los bienes afectos están sujetos a una copropiedad conforme al artículo 725 del Código Civil para el Distrito Federal, sin embargo a) En la copropiedad de bienes se atribuye un ‘derecho sobre la parte alícuota de la cosa común’ a cada uno de los condueños los cuales pueden enajenarlo, gravarlo y disponer de él. En cambio en la copropiedad de los bienes afectos al Patrimonio de familia no se atribuye el ‘derecho a la parte alícuota’ a los beneficiarios y mucho menos se puede disponer del derecho. b) Los beneficiarios al no contar con el derecho para disponer de una parte alícuota del bien afecto no cuentan tampoco con el derecho del tanto fundado en la obligación de notificar la posible venta propalada de un condueño con una persona extraña a la comunidad c) Los condueños tienen un derecho fundante de uso respecto del bien común, siempre y cuando lo utilicen conforme a su destino, en cambio el bien afecto en el Patrimonio de familia el derecho de uso de los beneficiarios de ninguna manera es fundante, sino fundado en la obligación de usar dichos bienes. d) No existe el derecho de los copropietarios para dividir la

cosa común e) En la hipótesis en que los beneficiarios del Patrimonio de familia fueren todos menores de edad ¿están obligados a contribuir a los gastos del bien común como en las copropiedades?, tiene el constituyente derecho de exigir los gastos a los menores de edad o le corresponde a él mismo sufragar los gastos, ocasionando una confusión de obligaciones.

El derecho de copropiedad en el Código Civil para el Distrito Federal atribuido a los beneficiarios parece solo gramatical por lo anteriormente dicho, se constituye una monstruosa copropiedad de bienes valga la expresión. Sin embargo eso no es lo peor, la atribución multicitada en vez de incentivar las constituciones de Patrimonios de familia en el Distrito Federal provoca lo contrario, inhibe la formación de la institución. Si alguien me diera a elegir en acoger la regulación del Código Civil Federal y la regulación del Código Civil local en materia de Patrimonio de familia ¿por cual optaría? Sin dudar elegiría la regulación establecida en el Código Civil Federal.

“... pero ninguna de estos inconvenientes justifica la absurda e inaplicable reforma realizada por el legislador local al capítulo correspondiente, que convierte a la institución del patrimonio de familia en un acto transmisorio de propiedad de los acreedores alimentarios, carente por todos conceptos de técnica jurídica.

“En efecto, al haber dispuesto que el patrimonio de familia no es un patrimonio separado o universalidad jurídica, sino que resulta en un acto transmisorio de propiedad, para crear copropiedad entre los deudores alimentarios, lejos de beneficiarlos, convierte al derecho positivo en disposiciones estériles y carentes de razonamiento...”⁸⁹

⁸⁹ Alessio Robles, Miguel. *Op Cit...* Página 4.

2.3. EL ORIGEN DEL DESUSO DEL PATRIMONIO DE FAMILIA EN EL DISTRITO FEDERAL.

En el Distrito Federal habitan 8.8 millones de personas aproximadamente, las cuales conforman 2.2 millones de familias (Fuente: el Consejo Nacional de Población CONAPO). Desde el año 2001 hasta el año de 2009 se han constituido en el Distrito Federal *74 Patrimonios de familia*. (Fuente: Instituto de Información Pública del Distrito Federal. Realizando un cálculo estadístico de probabilidad tenemos lo siguiente: Si en ocho años se han constituido 74 Patrimonios de familia en el Distrito Federal, entonces desde el año de 1917 (fecha de nacimiento del Patrimonio de familia) hasta el año de 2000 probablemente se han constituido 740 patrimonios de familia.

Conclusión: de 2.2 millones de familias existentes en el Distrito Federal solamente 740 de estas familias probablemente han constituido un Patrimonio de familia para protegerse económicamente. **En otros términos solo el 0.03 % de las familias en el Distrito Federal tienen un Patrimonio afectado, cuando mucho el 1% del total de familias en el Distrito Federal.** Entonces ¿Por qué el Patrimonio de familia es una institución en desuso?

El análisis en el presente trabajo de la regulación jurídica del Patrimonio de familia en el Código Civil local nos da la respuesta a la anterior pregunta. El Patrimonio de familia es una garantía social establecida en la Constitución Política de México, está destinada para proteger económicamente a las familias de la clase trabajadora principalmente mediante la afectación de un conjunto de bienes indispensables para el sostén de la familia. Sin embargo la regulación secundaria en el Código Civil Local lejos de ayudar a fomentar la creación del Patrimonio de familia en el Distrito Federal, al contrario crea un total desinterés en la formación de los Patrimonios inhibiendo a los propietarios de los bienes potencialmente sujetos a un Patrimonio de familia de modificar el régimen de propiedad individual de sus bienes a un régimen de copropiedad comunal.

No obstante lo anterior otro de los orígenes del desuso del Patrimonio de familia en el Distrito Federal es la falta de un mecanismo necesario para garantizar su constitución, aun y en contra de la voluntad del propietario de los bienes posiblemente afectados.

En las instituciones de interés social como lo es el Patrimonio de familia dejar a los individuos disponer de las normas jurídicas es técnicamente incorrecto, tal y como ocurre en la constitución voluntaria judicial y la administrativa, máxime si la regulación jurídica secundaria local sujeta los bienes afectos de un régimen de propiedad individual a un régimen de copropiedad comunal.

A pesar de existir una forma de constitución forzosa del Patrimonio de familia, desde nuestro punto de vista no garantiza la formación de nuevos Patrimonio de familia, de nada sirve otorgar legitimación para solicitar la constitución a una infinidad de personas tal y como lo establece el numeral 734 del Código Civil para el Distrito Federal sino existen bienes potencialmente sujetos a la constitución de un Patrimonio de familia. Es necesario proponer otros modos que garanticen la eficacia de la institución como el siguiente.

2.4. LA PROPUESTA DE UN MECANISMO PARA INCENTIVAR LA CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO DE FAMILIA EN EL DISTRITO FEDERAL.

El Distrito Federal es una entidad eminentemente urbana, sus habitantes por lo general son trabajadores urbanos a diferencia de los lugares de provincia donde la actividad de los trabajadores es por lo general en el campo. El mecanismo necesario para incentivar la constitución del Patrimonio de familia en el Distrito Federal debe estar enfocado al sector social, conformado por las familias de la clase de trabajadora urbana, por ello, consideramos conveniente utilizar como medios para alcanzar este fin a dos instituciones, nos referimos por un lado al

Instituto del Fondo de la Vivienda para los Trabajadores y al Notariado del Distrito Federal como seguros garantes de la constitución del Patrimonio familiar, como ha continuación se tratará.

2.4.1. EL NOTARIADO DEL DISTRITO FEDERAL Y EL INSTITUTO NACIONAL DEL FONDO DE LA VIVIENDA PARA LOS TRABAJADORES.

Por obvias razones y debido a la brevedad del presente trabajo no abundaremos respecto del tema de la función notarial en el Distrito Federal (artículo 122, parte C, Base Primera, fracción V, inciso h de la Constitución Política de México) ni de la función del INFONAVIT (artículo 123 apartado A fracción XII de la Constitución Política de México) para ello remitimos al lector a la consulta de la ley del Notariado para el Distrito Federal y la ley del INFONAVIT, las cuales darán una idea sobre las funciones de cada institución.

Por lo anterior nos centraremos únicamente en el siguiente acto jurídico: el otorgamiento de crédito por parte del INFONAVIT en favor de un trabajador para adquirir una vivienda, y la formalización del otorgamiento de crédito y la adquisición de la vivienda en el mismo acto por el comprador-trabajador.

2.4.2. EL FINANCIAMIENTO DE CRÉDITO PARA LA VIVIENDA DEL INFONAVIT EN FAVOR DE LOS TRABAJADORES.

El Patrimonio de familia es una institución encaminada a proteger económicamente a las familias de las clases rural y trabajadora. El Distrito Federal es una entidad evidentemente urbana, formada de familias de la clase trabajadora, por tanto hemos elegido al INFONAVIT como seguro garante para la constitución del Patrimonio de familia en el Distrito Federal.

El INFONAVIT es un instituto con personalidad jurídica y patrimonio propios cuya función principal es otorgar financiamiento a los trabajadores para la adquisición de una vivienda. El INFONAVIT es una garantía del derecho social para perseguir el derecho de los trabajadores a una vivienda digna, el artículo 4 de la Constitución Política de México establece en la parte interesante lo siguiente:

“...Artículo 4o. (Se deroga el párrafo primero)

“Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo...”

El otorgamiento de crédito en favor de los trabajadores se realiza mediante un fondo de participación del gobierno federal, de los patrones y los trabajadores a quienes se les descuenta el 5% de su salario para destinarlo a una subcuenta individual para la vivienda. Conforme a lo establecido por las Reglas para el Otorgamiento de Créditos a los Trabajadores Derechohabientes del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores es necesario que el trabajador cuente con una puntuación mínima para recibir el crédito y así obtener una vivienda.

El trabajador al acumular la puntuación mínima podrá solicitar el otorgamiento de su crédito para adquirir una vivienda, el INFONAVIT dará trámite a la solicitud y después de tener la documentación necesaria, formalizará ante un Notario público la adquisición de vivienda y el otorgamiento del crédito en favor del trabajador.

2.4.3. LA FORMALIZACIÓN DE LA ADQUISICIÓN DE VIVIENDA DE UN TRABAJADOR CON EL FINANCIAMIENTO DEL INFONAVIT ANTE UN NOTARIO PÚBLICO.

El Notario público es un profesional de Derecho investido de fe pública, teniendo a su cargo el otorgar certeza y seguridad jurídica a los actos jurídicos llevados a cabo ante él. Uno de los actos jurídicos pasados ante su fe son las transmisiones de propiedad de bienes inmuebles o viviendas. El INFONAVIT formaliza asimismo los créditos otorgados en favor de un trabajador ante el Notario público, insertando ambos actos en el mismo instrumento público de compraventa del bien inmueble o vivienda.

2.4.4. LA INTERVENCIÓN NOTARIAL EN LA CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO DE FAMILIA.

De mis clases de Derecho Notarial y Registral impartidas en esta universidad, se trató el tema de la competencia notarial para realizar funciones en asuntos extrajudiciales y la tramitación sucesoria notarial, ello en virtud de las reformas a la Ley del Notariado para el Distrito Federal publicadas en fecha 14 de septiembre del año 2000. De entre las funciones extrajudiciales en las que puede intervenir el Notario público se encuentran los asuntos de jurisdicción voluntaria. El artículo 166 en la parte interesante de la Ley del Notariado establece lo siguiente:

*“...Artículo 166.- En los términos de esta ley se consideran **asuntos susceptibles de conformación por el Notario** mediante el ejercicio de su fe pública, en términos de esta Ley:*

...

*“III. Todos aquellos asuntos que en términos del Código de Procedimientos Civiles **conozcan los jueces en vía de jurisdicción voluntaria en los cuales el notario podrá intervenir en tanto no hubiere menores no emancipados o mayores incapacitados.** En forma específica, ejemplificativa y no taxativa, en términos de este capítulo y de esta ley:...”*

Este numeral es el fundamento para facultar a los Notarios públicos para llevar a cabo la constitución del Patrimonio de familia en el Distrito Federal, no es óbice la salvedad establecida en dicho numeral en lo relativo a la prohibición del Notario para intervenir en los casos donde haya personas menores o incapaces, en virtud de que la constitución del Patrimonio de familia se trata de un acto unilateral del

propietario de los bienes susceptibles de afectarse, éste si deberá ser mayor de edad o en su caso menor emancipado, el propietario interviene en el acto unicamente, si bien lo hace en beneficios de sus menores hijos, también lo es que éstos no intervienen en el acto constitutivo.

Por lo anterior proponemos lo siguiente: **En la formalización del instrumento de adquisición de vivienda del trabajador y el otorgamiento de crédito otorgado por el INFONAVIT para tal efecto realizada ante Notario público, deberá constituirse en el mismo acto el Patrimonio de familia sobre la vivienda adquirida, la cual quedará afectada al fin determinado y en favor de los miembros de la familia beneficiarios.**

En el instrumento público notarial, se insertarían tres actos jurídicos sobre el mismo bien inmueble a saber: A) La compraventa entre el vendedor y el trabajador-comprador, B) El otorgamiento de crédito con garantía hipotecaria por parte del INFONAVIT en favor del trabajador-comprador, C) La constitución del Patrimonio de familia por parte del trabajador-comprador en favor de los miembros de su familia beneficiarios.

El acto constitutivo del Patrimonio de familia puede insertarse en el mismo instrumento de compraventa y otorgamiento de crédito, con las ventajas siguientes: a) El propietario constituyente se ahorraría la realización de tramites inútiles, ya vía judicial ya vía administrativa, b) El avalúo base para determinar el precio de la transmisión de propiedad de la vivienda, también serviría para determinar el valor máximo fijado por el artículo 730 del Código Civil de los bienes afectos al Patrimonio de familia, c) El propietario constituyente solamente acreditará ante el notario público la existencia de una familia mediante la presentación de las actas de matrimonio y nacimiento de sus hijos, d) Con la constitución del Patrimonio de familia los bienes afectos no podrán ser enajenados por el adquirente, por tanto el INFONAVIT se vería beneficiado en ese aspecto

para garantizar su derecho sobre el préstamo otorgado, e) El Notario público sería la institución garante de la constitución del Patrimonio de familia en el Distrito Federal, y f) La vivienda adquirida estaría libre de todo embargo posterior a la constitución del Patrimonio de familia salvo el derecho del INFONAVIT sobre el crédito otorgado. Este último apartado merece un comentario.

El INFONAVIT será el único ente capaz de embargar el bien afecto al Patrimonio de familia en virtud de que la hipoteca constituida para garantizar el pago del crédito otorgado a favor del trabajador es anterior a la constitución del Patrimonio de familia. Por ello excepcionalmente el INFONAVIT podría ser el único legitimado para embargar el bien afecto por ser el título anterior al de la constitución. Si bien esto rompe con la regla general de inembargabilidad del Patrimonio de familia no menos cierto también es que la salvedad es necesaria por el derecho anterior del INFONAVIT sobre el bien afecto. Asimismo la idea parece un poco contradictoria, sin embargo en el Derecho Colombiano la misma salvedad se encuentra establecida en el artículo 60 de la ley 9 de 1969 que en seguida trataremos.

2.4.5. LA CONSTITUCIÓN DEL PATRIMONIO DE FAMILIA VIA NOTARIAL EN LA REPÚBLICA DE COLOMBIA.

El mecanismo para incentivar la constitución del Patrimonio de familia en el Distrito Federal vía notarial se encuentra establecido en la república de Colombia desde el año de 1969, tal y como se propone en el presente trabajo.

El artículo 37 de la ley 962 del año 2005 de la República de Colombia estableció la constitución del Patrimonio de familia vía notarial de manera voluntaria, dicho numeral en la parte interesante es el tenor siguiente:

“...Artículo 37. También serán de competencia de los notarios las siguientes materias: constitución del patrimonio de familia inembargable; capitulaciones...”

Asimismo por Decreto 2817 publicado en fecha 22 de agosto de 2006, el presidente de Colombia, Licenciado Álvaro Uribe Vélez en uso de sus facultades constitucionales, expidió el reglamento del artículo 37 de la ley 962 de 2005 de la republica de Colombia antes citada, donde se señalan los derechos notariales correspondientes. El artículo 6 del reglamento establece la forma de la escritura redactada por el Notario público, dicho numeral es del tenor siguiente:

ARTÍCULO 6o. LA ESCRITURA PÚBLICA. En las circunstancias que no haya oposición o se supere esta, se procederá a la extensión y otorgamiento de la Escritura Pública correspondiente. Ella incluirá, además de las formalidades legales, las siguientes:

- a) Los generales de ley de los constituyentes y beneficiarios;*
- b) La determinación del inmueble o inmuebles por su cédula o registro catastral si lo tuviere; por su nomenclatura, por el paraje o localidad donde están ubicados, y por sus linderos. También podrá identificarse con el código del folio de matrícula inmobiliaria, o la cita del título de propiedad con sus datos de registro;*
- c) La manifestación hecha bajo la gravedad del juramento, del titular o titulares de la propiedad en el sentido de que constituye el patrimonio de familia inembargable para favorecer a los beneficiarios, y que a la fecha de la constitución no tiene vigente otro patrimonio de familia inembargable.*

Con la escritura se protocolizarán los siguientes documentos:

- a) Certificado sobre la situación jurídica del inmueble al momento de la constitución;*
- b) El avalúo catastral vigente del inmueble, y*
- c) Las copias o los certificados de las inscripciones en el Registro del Estado Civil del Matrimonio de los constituyentes, si es el caso, y del nacimiento de los beneficiarios, o la partida eclesiástica correspondiente en las circunstancias de ley.*

En tratándose del financiamiento de crédito por parte de entidades públicas para la adquisición de vivienda de interés social, el artículo 60 de la ley 9 de 1969 de la república de Colombia obliga a los compradores a constituir el Patrimonio de familia para proteger económicamente a su familia. Las entidades públicas que financian el crédito para la adquisición de la vivienda, excepcionalmente y por falta de pago del crédito otorgado estarán facultadas para embargar el bien afecto. El artículo antes referido es del tenor siguiente:

ARTÍCULO 60°. En las ventas de viviendas de interés social que hagan entidades públicas de cualquier nivel administrativo y entidades de carácter privado, los compradores deberán constituir, sin sujeción a las formalidades de procedimiento y cuantías que se prescriben en el capítulo I de la ley 70 de 1.931, sobre lo que compran, patrimonios de familia no embargables, en el acto de compra, por medio de la escritura que la perfeccione en la forma y condiciones establecidas en los artículos 2,4 y 5 de la ley 91 de 1.936. El patrimonio de familia es embargable únicamente por las entidades que financien la construcción, adquisición, mejora o subdivisión de la vivienda.

2.4.6. LAS CONCLUSIONES DEL TRABAJO: “PATRIMONIO DE LA FAMILIA. EL ORIGEN DE SU DESUSO”.

1. El concepto de Familia en el Derecho positivo mexicano tiene dos modalidades a saber: a) La Familia nuclear primaria o inmediata, la cual es definida como la conformada por el padre y/o la madre y su hijo(s) sin distinguir si el origen se debió al matrimonio, al concubinato o a una sociedad de convivencia y b) La Familia secundaria o extensa es definida como la conformada por los parientes afines de los cónyuges, los concubinos y los convivientes en su caso.

Para efectos del Patrimonio de familia se debe tomar la definición anotada de la familia nuclear primaria o inmediata.

2. El concepto de Patrimonio lo definimos como el conjunto de bienes jurídicos pertenecientes a una persona determinada ya se trate de bienes pecuniarios o bienes con carácter moral. A su vez los bienes jurídicos se clasifican en bienes vinculados y bienes desvinculados.

Para efectos del Patrimonio de familia, los bienes afectados son considerados como un conjunto de bienes jurídicos pecuniarios con el carácter de desvinculados no susceptibles de ingresar al comercio jurídico, por tanto nuestra legislación toma como modelo la teoría del patrimonio-afectación.

3. Analizamos tres figuras jurídicas del Derecho positivo mexicano semejantes en cuanto a la regulación jurídica del Patrimonio de familia. Tanto la Copropiedad como la Habitación no ocasionó ningún problema, en cambio la figura del Fideicomiso por tratarse de un tema aun en discusión en relación con sus bases teóricas, nos obligó a emprender la búsqueda de la naturaleza de esta institución concluyendo lo siguiente: el Fideicomiso es un servicio profesional prestado por una institución fiduciaria en favor de un fideicomitente quien se obliga no solo a otorgar una retribución por sus servicios sino también a transferir la posesión de los bienes de su propiedad en favor de la fiduciaria para la realización de un fin, además el Fideicomiso tiene una garantía accesoria indispensable para el funcionamiento del acto, la cual tiene dos finalidades por una parte proteger los bienes afectos de los posibles embargos por parte de los acreedores del fideicomitente, y además prohíbe el ejercicio de las facultades del propietario en relación con los bienes afectos todo ello para garantizar el cumplimiento de la finalidad.

La semejanza entre el Patrimonio de familia y el Fideicomiso es en relación con los bienes, se tratan de especies de Patrimonios-afectados, los cuales necesariamente están protegidos con una garantía accesoria al negocio principal cuyo propósito consiste, por un lado, en proteger los bienes de todo posible embargo de acreedores, y por el otro, prohibir a los propietarios el ejercicio de las facultades de dominio sobre los bienes afectos, para no interferir en la realización del fin.

4. El Patrimonio de familia se trata de una garantía social establecida en la Constitución Política de México en favor de las familias de las clases desprotegidas como son las familias de la clase rural y de la clase trabajadora. Descubrimos el origen del desuso de la institución debido a la falta de técnica legislativa del Código Civil para el Distrito Federal para regular los derechos conferidos a los miembros de la familia beneficiarios que lejos de ayudar al fomento de la institución , por el contrario, inhiben la formación de los Patrimonios de familia en el Distrito Federal.

Consideramos conveniente proponer un mecanismo para incentivar la constitución del Patrimonio de familia en el Distrito Federal, a través de la ayuda del INFONAVIT y del Notariado del Distrito Federal, cuando el trabajador adquiera una vivienda con el financiamiento de crédito por parte del INFONAVIT y la formalizaron del instrumento ante el Notario público, tal y como se establece en el artículo 37 de la Ley 962 del año de 2005 de la República de Colombia.

5. Por lo general el estudioso del Derecho fija su atención de manera exagerada en el valor intrínseco encerrado en una norma jurídica, sin embargo ¿Para que nos sirve una norma jurídica con un valor extraordinario moral intrínseco si no existe un mecanismo que garantice su aplicación en la realidad social? una norma sin un medio que garantice su aplicación no se actualiza, por tanto, el valor intrínseco encerrado no tiene existencia real. Por ello es incorrecto fijar mucho la mirada en el valor intrínseco de las normas y olvidarse de crear una garantía indispensable para su aplicación.

De lo anterior afirmamos lo siguiente: La institución constitucional del Patrimonio de familia a pesar de tener un valor intrínseco importante de nada nos sirve en los textos legales si no existe un mecanismo garantizador de su aplicación en la realidad social. Esta tesis trató de proponer un mecanismo de tal índole.

BIBLIOGRAFÍA.

A) LIBROS DE TEXTO.

1. Alessio Robles, Miguel. *Temas de Derecho reales*. Editorial Porrúa, México 2004.
2. Arellano García, Carlos. *Métodos y técnicas de investigación jurídica: elaboración de tesis de licenciatura, maestría y doctorado, tesina y otros trabajos de investigación jurídica*. Editorial Porrúa, México 2001, segunda edición.
3. Baena, Guillermina. *Manual para elaborar trabajos de investigación documental*. Editores mexicanos unidos, México 1997, décima cuarta edición.
4. Baqueiro, Edgar y Buenrostro, Rosalía. *De familia y sucesiones*. Editorial Harla, México 1990.
5. Batiza, Rodolfo. *Principios básicos del fideicomiso y de la administración fiduciaria*. Editorial Porrúa, México 1985.
6. Casas Roldán, Pablo. *Régimen jurídico de los bienes que constituyen el patrimonio de familia*. Tesis de licenciatura de la UNAM. Facultad de derecho, México 1963.
7. 17. D'antonio, Daniel Hugo. *Derecho de familia Tomo I*. Editorial Rubinzal, Argentina 2001.
8. De Ibarrola, Antonio. *Cosas y sucesiones*. Editorial Porrúa, México 2002 décima tercera edición.

9. Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. *Derecho civil: parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*. Editorial Porrúa México 2006, décima edición.
10. Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. *Dos aspectos de la esencia del fideicomiso mexicano (acto constitutivo unilateral y propiedad conservada por el fideicomitente con la titularidad del fiduciario)*. Editorial Porrúa, México 2000, tercera edición.
11. Escriche, Joaquín. *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*. Editorial Norbajacalifornia Ensenada, México 1974, segunda reimpresión.
12. 6. Fassi, Santiago Carlos. *Estudios de Derecho de familia*. Editorial La Plata, Argentina 1992.
13. Fleitas Ortiz de Rozas, Abel y Eduardo G. Roveda. *Manual de Derecho de familia*. Editorial Lexis Nexis, Argentina 2004.
14. González Beilfuss, Cristina. *El Trust: la institución angloamericana y el Derecho Internacional privado Español*. Editorial Bosch. Barcelona 1997, primera edición.
15. Gutiérrez Fernández, Benito. *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español Tomo II*. Editorial Lex Nova S.A., Valladolid 1863.
16. Gutiérrez y González, Ernesto. *Derecho civil para la familia*. Editorial Porrúa, México 2004.
17. Gutiérrez y González, Ernesto. *El Patrimonio, el Pecuniario y el Moral, o, Derechos de la Personalidad*. Editorial Porrúa, México 2004, octava edición.

18. Irigoyen Tronconis, Martha Patricia y otros. *Latín jurídico*. Editorial Mc graw hill, México 2005, primera edición.
19. Irigoyen Tronconis, Martha Patricia. *Paulo sentencias libro segundo interpretatio*. Editorial UNAM, México 1994.
20. Irigoyen Tronconis, Martha Patricia. *Sobre el significado de las palabras (D.50.16)*. Editorial UNAM, México 2005, segunda edición.
21. Margadant S., Guillermo Floris. *El Derecho privado Romano: como introducción a la cultura jurídica contemporánea*. Editorial Esfinge, México 2001, vigésima sexta edición.
22. Margadant S., Guillermo Floris. *El Mayorazgo Novohispano, producto natural de un Zeitgeist*. Revista anuario de Derecho mexicano Volúmenes XI-XII 1999-2000. Instituto de investigaciones jurídicas, UNAM 2009.
23. Margadant S., Guillermo Floris. *Introducción a la historia del Derecho mexicano*. Editorial Esfinge, México 2001, décima octava edición.
24. Marx, Carlos y Engels, Federico. *Obras escogidas en dos tomos*. Editorial Progreso, Moscú 1960.
25. Montero Duhalt, Sara. *Derecho de familia*. Editorial Porrúa, México 1992, quinta edición.
26. Morineau, Oscar. *Los derechos reales y el subsuelo en México*. Editorial Fondo de cultura económica y el Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1997, segunda edición.

27. Muñoz, Luís. *El Fideicomiso*. Cárdenas Editores Distribuidor, México 2001, segunda edición.

28. Pierre Georges, Lepaulle. *Tratado teórico y práctico de los trusts (En Derecho interno, en Derecho fiscal y en Derecho internacional)*. Traducción y estudio preliminar de Pablo Macedo. Editorial Porrúa, México 1975.

29. Planiol, Marcel, Fernand. *Tratado elemental de Derecho Civil*. Traducción de José M. Cajica. Cárdenas editores, México 1999.

30. Ramos Núñez, Carlos. *Historia del Derecho civil peruano siglos XIX y XX, Tomo II*. Pontificia universidad católica de Perú, Lima 2005.

30. Rojina Villegas Rafael. *Compendio de Derecho Civil Tomo I, introducción, personas y familia*. Editorial Porrúa, México 2006 trigésima séptima edición.

32. Sánchez Medal, Ramón. *De los Contratos Civiles*. Editorial Porrúa, México 2004, vigésima primera edición.

B) OTROS TEXTOS.

1. *Diccionario océano practico de la lengua española*. Grupo editorial Océano, Barcelona España 1999.

2. *El Digesto del Emperador Justiniano traducido y publicado en el siglo anterior por Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca*. Editado por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México 2007.

3. *Las siete partidas del sabio rey 1758, Alfonso X el sabio rey de Castilla y de León 1221*. Editado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 2004, edición facsimilar.