**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES**

**DE LA UNIVERSIDAD MICHOACANA DE SAN NICOLÁS DE HIDALGO**

# TESIS

## La arbitrabilidad e implementación de una Justicia Alternativa en materia sucesoria en Michoacán

**Que para obtener el grado de Licenciado en Derecho**

**Presenta**

**Felipe de Jesús Álvarez Olmedo**

**Director de Tesis**

**M. en D. Luis Fernando Anita Hernández**

**Morelia, Michoacán, México.**
**Febrero 2021**

## AGRADECIMIENTOS

*A mi muy querida amiga, Karime Hadad Chávez, quien con su gran sapiencia en psicología me ayudó profundamente a realizar esta obra.*

*A mi profesor de MASC y director de tesis, el Maestro Luis Fernando Anita Hernández, quien me inculcó un gran interés en el estudio de la Justicia Alternativa.*

*Al Notario Público 182 del Distrito Judicial de Morelia, el Dr. Jaime Darío Oseguera Méndez, a quien le agradezco su apoyo en mi formación en el Derecho de las Sucesiones y Derecho Notarial, así como por su participación en la realización de mi Tesis.*

## DEDICATORIAS

*A mis padres, José Felipe Álvarez Andrade y Atzimba Hanoi Olmedo Castillo, con cuyo esfuerzo y amor me han dado las herramientas necesarias para salir adelante; a mi hermana Valeria Hanoi Álvarez Olmedo.*

*A mi abuelo, Javier Jesús Olmedo Jaramillo (†), que con su ejemplo ha inspirado mi andar.*

*A toda mi grande y amada familia.*

*A mis profesores y abogados que me han apoyado, impulsado e inspirado a lo largo de mi vida académica:*

*Claudio Castro Campillo, de la Secundaria del Conservatorio de las Rosas*

*Octavio de Jesús Contreras Rico, del Instituto Valladolid Preparatoria;*

*Luis Miguel Campos Ojeda, Marco Alonso Pérez Padilla, Rosa Alanís Yépez, Luis Fernando Anita Hernández, Daniel Trujillo Mesina, María Guadalupe Morales Ledesma, Mauro Hernández Pacheco, Héctor Chávez Gutiérrez, Raúl Carrera Castillo, Marco Antonio Tinoco Álvarez, Rubén Díaz Araiza, Miguel Medina Romero, Jaime Darío Oseguera Méndez, Dante Ariel Ayala Ortiz, Judith Dadaniak y Víctor Campoverde Medina, catedráticos de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo;*

*asimismo, de la Universidad de Granada, a Gisela Cordero Moreno.*

*A Lisa Kirchgeßner.*

*Mi esposa. De quien aprendo cada día y con quien me apasiona compartir los momentos más hermosos.*

## RESUMEN

Investigación interdisciplinaria que plantea una solución parcial al problema de la dilación y la ruptura de la cohesión familiar en los juicios sucesorios. Desde la óptica de la psicología social, analicé las causas de los conflictos y la conflictividad en el interior de la familia para proponer que las controversias en materia sucesoria se puedan gestionar mediante los Medios Alternativos de Solución de Controversias y el Arbitraje sin desdorar la justicia del Estado.



**Palabras clave:** Arbitraje; Derecho Sucesorio; Derecho Procesal Sucesorio; Medios Alternativos de Solución de Controversias; Conflicto; Conflictividad.



## ABSTRACT

This interdisciplinary research provides a partial solution to the problem of delay and breakdown of family cohesion in inheritance proceedings. From the point of view of social psychology, I have analysed the causes of conflict and conflict behaviour within the family unit in order to propose that disputes in inheritance matters can be managed through Alternative Dispute Resolution and Arbitration without detracting from the justice of the State.



**Keywords:** Arbitration; Inheritance Law; Inheritance Procedure Law; Alternative Dispute Resolution Conflict; Conflict behaviour.

# ÍNDICE

RESUMEN/ ABSTRACT/ PALABRAS CLAVE …..... V
INTRODUCCIÓN ..... XVII
ABREVIACIONES Y SIGLAS ..... XXI

**CAPÍTULO PRIMERO. LA SOCIEDAD Y COMPATIBILIDAD EN SUS RELACIONES FAMILIARES ..... 1**
**1.1. La familia mexicana, sus relaciones parentales ..... 2**

1.1.1. La familia es la fuente de la sociedad ..... 2
1.1.2. Naturaleza jurídica de la familia ..... 4
1.1.3. Las familias mexicanas a la luz de la realidad sociológica ..... 4
1.1.3.1. ¿Cómo se formó y evolucionó la familia? ..... 5
1.1.3.2. Hacia un nuevo concepto de familia ..... 8
1.1.3.3. En México existen once tipos de familias diferentes ..... 8
1.1.4. Familia y Derecho ..... 12
1.1.4.1. Concepto jurisprudencial de Derecho de Familia ..... 12
1.1.4.2. Orden público y familia ..... 13
1.1.4.2.1. ¿Por qué la familia es considerada de orden público? Retrospectiva a la Familia en el Derecho Romano ..... 13
1.1.4.2.2. Autonomía jurídica, orden público e interés social del Derecho Familiar ..... 15
1.1.4.3. Derecho Convencional de la Familia ..... 18
1.1.4.3.1. Las familias a la luz del Sistema Universal de Derechos Humanos ..... 19

1.1.4.3.2. Las familias a la luz de la jurisprudencia interamericana ..... 20
1.1.4.4. Derecho Constitucional de la Familia ..... 22
1.1.4.4.1 La situación jurídica de la familia y de las relaciones parentales en México a la luz de la constitución y la jurisprudencia ..... 22
1.1.4.5. La situación jurídica de la familia y de las relaciones parentales en la legislación civil ..... 32
1.1.5. Derechos y obligaciones en las familias, formas que establece la ley para reforzar la cohesión familiar ..... 33

**1.2. El conflicto en materia familiar ..... 36**
1.2.1. El conflicto es inherente al ser humano ..... 36
1.2.2. Orígenes y fenomenología del conflicto ..... 37
1.2.3. Elementos básicos de la confrontación ..... 39
1.2.4 Definición y concepto de conflicto ..... 41
1.2.5. Orígenes, elementos y sub-elementos del conflicto ..... 42
1.2.5.1. La violencia como origen y elemento del conflicto ..... 43
1.2.5.2. La agresividad como origen y elemento del conflicto .... 46
1.2.5.2.1. La agresividad a la luz de la Teoría Endógena ..... 48
1.2.5.2.2. La agresividad a la luz de la Teoría Exógena .. 48
1.2.5.2.2.1. El Modelo Ecológico como instrumento de comprensión de la Teoría Exógena ..... 49
1.2.5.2.2.2. El estudio de la agresividad desde el Modelo Conductista, elemento de la Teoría Exógena ..... 52
1.2.5.2.2.3. El estudio de la agresividad desde el Modelo de Imitación Social, base de la Teoría Exógena ..... 52

1.2.5.2.2.4. El Modelo de Respuesta Social Adecuada ..... 56
1.2.5.2.3. Teoría de la frustración-agresión ..... 58
1.2.5.3. La frustración, causa y sub-elemento del conflicto ..... 59
1.2.5.4. Las emociones: miedo, angustia, celos e ira; causas y sub-elementos del conflicto ..... 64
1.2.5.4.1. El miedo y la angustia ..... 65
1.2.5.4.2 Los celos ..... 67
1.2.5.4.3. La ira ..... 68
1.2.5.5. El poder, origen y sub-elemento del conflicto ..... 68
1.2.5.6. La sociología del conflicto: el entorno socioeconómico y los recursos escasos, origen y sub-elementos del conflicto ..... 72
1.2.6. Características del conflicto ..... 75
1.2.7. Clasificación del conflicto ..... 77
1.2.8. Naturaleza jurídica del conflicto ..... 81

**1.3. La conflictividad en materia familiar ..... 83**
1.3.1. Conflictividad familiar y violencia familiar ..... 84
1.3.2. Diferencia teórica entre conflicto y conflictividad ..... 86
1.3.3. Concepto de conflictividad ..... 87
1.3.4. Fenomenología, orígenes y más elementos de la conflictividad . 88
1.3.5. Inteligencia emocional y conflictividad ..... 90
1.3.6. El manejo de las emociones, los ambientes conflictivos y las pugnas de poder ..... 93

**1.4. El conflicto y la conflictividad en la disposición de bienes muebles e inmuebles en la familia ..... 95**
1.4.1. Bienes muebles e inmuebles ..... 95
1.4.2. Patrimonio ..... 96

1.4.3. Conflictividad familiar y conflictos familiares en torno al haber patrimonial ..... 97
1.4.4. Gestión de conflictos familiares en cuanto al patrimonio ..... 98
1.4.4.1. El sufrimiento y el conflicto obnubilan el entendimiento de las partes ..... 98
1.4.4.2. Análisis de la agresividad reactiva y objetiva para la gestión de conflictos ..... 99
1.4.4.3. Estructura cíclica del conflicto ..... 102
1.4.4.4. Gestión de conflictos absolutos: las teorías aplicables a la administración de un conflicto ..... 103
1.4.4.4.1. Teoría del Caos ..... 104
1.4.4.4.1.1. Dimensión fractal del conflicto y de la conflictividad ..... 104
1.4.4.4.2. Teoría de Juegos ..... 106
1.4.4.4.2.1. Juegos de suma cero ..... 106
1.4.4.4.2.2. Juegos de suma positiva ..... 108

Conclusiones preliminares del Capítulo ..... 110

**CAPÍTULO SEGUNDO. LA SUCESIÓN *MORTIS CAUSA* EN MICHOACÁN ..... 115**

**2.1. Derecho Sucesorio ..... 117**
2.1.1. Sujetos del Derecho Sucesorio ..... 121
2.1.1.1. El testador, *de cujus* o autor de la herencia ..... 121
2.1.1.1.2. Capacidad e incapacidad para testar ..... 122
2.1.1.2. Los herederos ..... 122
2.1.1.2.1. Capacidad e incapacidad para heredar ..... 123
2.1.1.2.2. Institución y designación de herederos ..... 124
2.1.1.2.3. La sustitución de herederos ..... 125

2.1.1.3. Los legatarios ..... 126
2.1.1.3.1. Los legados ..... 127
2.1.1.4. El albacea ..... 129
2.1.1.4.1. Institución del albaceazgo ..... 130
2.1.1.4.2. Impedimentos del albaceazgo ..... 132
2.1.1.4.3. Excusas al albaceazgo ..... 133
2.1.1.4.4. Renuncia al albaceazgo ..... 133
2.1.1.4.5. Fenecimiento del albaceazgo ..... 133
2.1.1.4.6. Derechos del albacea ..... 134
2.1.1.4.7. Obligaciones del albacea ..... 135
2.1.1.5. El interventor ..... 137
2.1.2. El testamento ..... 139
2.1.2.1. Elementos del testamento ..... 139
2.1.2.1.1. Elementos esenciales y de validez del testamento ..... 140
2.1.2.2. Condiciones que pueden ponerse en los testamentos ..... 140
2.1.2.3. Ineficacia del testamento ..... 141
2.1.2.3.1. Ineficacia parcial del testamento: testamentos inoficiosos ..... 141
2.1.2.3.2. Ineficacia total del testamento: testamentos nulos ..... 141
2.1.2.3.3. Ineficacia total del testamento: revocación del testamento ..... 142
2.1.2.3.4. Ineficacia total del testamento: caducidad del testamento ..... 142
2.1.2.4. La forma de los testamentos ..... 143
2.1.2.4.1. Testamentos ordinarios y especiales ..... 144

**2.2. Derecho Procesal Sucesorio ..... 145**
2.2.1. Sucesión legítima ..... 145
2.2.1.1. Legitimidad para heredar por intestado ..... 146
2.2.1.2. Formas para heredar por intestado ..... 147
2.2.2. Procedimiento sucesorio por la vía judicial ..... 148
2.2.2.1. Diferencias entre el procedimiento sucesorio testamentario e intestamentario por la vía judicial ..... 149
2.2.2.2. Etapas procesales del juicio sucesorio ..... 149
2.2.2.2.1. Primera sección: De sucesión ..... 150
2.2.2.2.1.1. Primera sección en el juicio sucesorio testamentario ..... 150
2.2.2.2.1.2. Primera sección en el juicio sucesorio intestamentario ..... 153
2.2.2.2.2. Segunda sección: De inventario y avalúo ..... 155
2.2.2.2.3. Tercera sección: De administración ..... 158
2.2.2.2.4. Cuarta sección: De partición y adjudicación .... 159
2.2.3. Sucesión ante Notario ..... 160
2.2.3.1. Apertura de la sucesión ..... 161
2.2.3.1.1. Legitimación notarial de herederos, nombramiento de albacea en el caso de intestado y apertura de la sucesión ..... 161
2.2.3.1.2. Tramitación notarial de la sucesión tras su reconocimiento judicial ..... 162
2.2.3.1.3. Apertura de la sucesión testamentaria ..... 163
2.2.3.2. Protocolización de inventario y avalúo ..... 163
2.2.3.3. Partición y adjudicación ..... 164

Conclusiones preliminares del Capítulo ..... 164

**CAPÍTULO TERCERO. JUSTICIA ALTERNATIVA Y ARBITRAJE EN MATERIA SUCESORIA ..... 166**
**3.1. Medios Apropiados de Solución de Controversias ..... 167**
3.1.1. Teoría de la naturaleza diversa de las controversias ..... 167
3.1.1.1. Formas apropiadas de componer controversias ..... 170
3.1.2. Comprender la naturaleza adversarial y otras dificultades del conflicto jurídico: Breve retrospectiva histórica del enjuiciamiento civil en la familia romano-germánica y en el *common law* ..... 171
3.1.2.1. Aciertos y fallos del sistema procesal civil romano-germánico ..... 173
3.1.2.1.1. Fallos: Caso Latinoamérica ..... 173
3.1.2.1.2. Fallos: Caso México ..... 173
3.1.2.1.3. Aciertos: Caso Europa occidental ..... 174
3.1.2.2. Aciertos y fallos del sistema procesal civil del *common law* ..... 176
3.1.3. Composición y gestión de conflictos y controversias ..... 177
3.1.3.1. La metáfora de la cirugía con martillo ..... 177
3.1.3.2. Formas de composición de las controversias ..... 178
3.1.3.2.1. Autotutela ..... 180
3.1.3.2.2. Autocomposición ..... 181
3.1.3.2.2.1. MASC autocompositivos ..... 183
3.1.3.2.2.1.1. Mediación, *lato sensu* ..... 184
3.1.3.2.2.1.2. Conciliación, *lato sensu* ..... 186
3.1.3.2.2.1.3. Negociación, *lato sensu* ..... 188
3.1.3.2.3. Heterocomposición ..... 189
3.1.3.2.3.1. Medios heterocompositivos adversariales judiciales ..... 190
3.1.3.2.3.1.1. La jurisdicción de la judicatura ..... 190

3.1.3.2.3.2. Medios heterocompositivos adversariales extrajudiciales ..... 193

**3.2. Arbitraje ..... 194**

3.2.1. Antecedentes diacrónicos ..... 194

3.2.1.1. Antecedentes extranjeros ..... 195

3.2.1.2. Antecedentes nacionales e internacionales ..... 196

3.2.2. Definición doctrinal ..... 198

3.2.3. Definición judicial ..... 199

3.2.4. Definición legal ..... 207

3.2.5. ¿Qué sí es arbitraje? ..... 211

3.2.5.1. Arbitraje: definición propia ..... 211

3.2.5.2. Características del arbitraje ..... 212

3.2.5.2.1. Características positivas del arbitraje ..... 212

3.2.5.2.2. Características negativas del arbitraje ..... 214

3.2.5.3. Principios del arbitraje ..... 215

3.2.5.3.1. Principios rectores del arbitraje ..... 216

3.2.5.3.2. Principios derivados del arbitraje ..... 218

3.2.5.4. Naturaleza jurídica del arbitraje ..... 219

3.2.5.5. Principales diferencias y semejanzas entre el arbitraje y el proceso judicial ..... 222

3.2.6. ¿Qué no es arbitraje? ..... 223

3.2.7. ¿Qué sí y qué no es arbitraje *per se*? ..... 225

3.2.7.1. Los elementos del arbitraje y la Teoría de los Binomios de Jarrosson para el discernimiento de arbitraje *per se* y no *per se* ..... 225

3.2.8. Acuerdos y procedimientos arbitrales ..... 227

3.2.8.1. El acuerdo arbitral ..... 228

3.2.8.1.1. Requisitos de existencia y validez del acuerdo arbitral ..... 229

3.2.9. Arbitrabilidad ..... 233
3.2.9.1. Arbitrabilidad objetiva ..... 234
3.2.9.1.1 Normas de conflicto de arbitrabilidad objetiva ..... 241
3.2.9.2. Arbitrabilidad subjetiva ..... 243
3.2.9.3. Propuesta de arbitrabilidad en México ..... 243
3.2.10. El tribunal arbitral ..... 244
3.2.11. El procedimiento arbitral ..... 247
3.2.11.1. Procedimiento arbitral institucional ..... 248
3.2.11.2. Procedimiento arbitral *ad hoc* ..... 250
3.2.11.3. Pasos del procedimiento arbitral ..... 250
3.2.11.3.1. Demanda arbitral ..... 251
3.2.11.3.2. Contestación de la demanda arbitral ..... 252
3.2.11.3.3. Constitución del tribunal arbitral ..... 252
3.2.11.3.4. Acta de misión ..... 252
3.2.11.3.5. Pre trial conference o junta preliminar al arbitraje ..... 254
3.2.11.3.6. Medidas cautelares ..... 255
3.2.11.3.7. Audiencias de ampliación de demanda y de contestación y desahogo de pruebas ..... 255
3.2.11.3.8. Alegatos ..... 257
3.2.11.3.9. Emisión del laudo arbitral ..... 258
3.2.11.3.9.1. Contenido y elementos del laudo arbitral ..... 258
3.2.11.3.10. Ejecución del laudo arbitral ..... 259

**3.3. Arbitraje en materia sucesoria ..... 259**
3.3.1. Arbitraje testamentario ..... 262
3.3.1.1. Arbitraje testamentario en el derecho comparado ..... 264
3.3.1.1.1. Caso Alemania ..... 264

3.3.1.1.2. Caso Bolivia ..... 266
3.3.1.1.3. Caso Estados Unidos de Norteamérica ..... 267
3.3.1.1.4. Caso Francia ..... 269
3.3.1.1.5. Caso Honduras ..... 270
3.3.1.1.6. Caso España ..... 271
3.3.1.1.6.1. Materias susceptibles de arbitraje testamentario en España ..... 273
3.3.1.1.6.2. El papel del árbitro en el arbitraje testamentario en España ..... 275
3.3.1.1.6.3. Características del arbitraje testamentario en España ..... 277
3.3.1.1.6.4. Procedimiento arbitral en España ..... 280

Conclusiones preliminares del Capítulo ..... 281

**CAPÍTULO CUARTO. PRÁCTICA DE AUTOCOMPOSICIÓN Y ARBITRABILIDAD DE LA MATERIA SUCESORIA EN MICHOACÁN ..... 283**

**4.1 Exposición del problema: Los conflictos y la conflictividad en torno a la sucesión *mortis causa* en un mismo grupo familiar ..... 283**

**4.2. Congestionamiento de causas legales sucesorias en los tribunales del Estado ..... 286**

**4.3. Soluciones: La sucesión como una oportunidad para cohesionar a la familia ..... 287**

**4.4. Viabilidad y propuesta de implementación de la negociación, mediación y conciliación en conflictos sucesorios ..... 289**

4.4.1. ¿Pueden someterse a autocomposición o a conciliación los conflictos sucesorios? ..... 290
4.4.1.1. Cuestiones sucesorias susceptibles de autocomposición o conciliación ..... 291
4.4.2. La labor del facilitador en conflictos sucesorios ..... 292
4.4.3. El procedimiento de la autocomposición en materia sucesoria . 295
4.4.4. Propuesta de implementación ..... 300
4.4.4.1. La figura del facilitador en materia sucesoria ..... 301
4.4.4.1.1. Facilitación en materia sucesoria ante Notario Público: Propuesta ..... 301
4.4.4.2. ¿Cómo canalizar los conflictos sucesorios a la Justicia Alternativa? ..... 302

**4.5. Viabilidad y propuesta de implementación del arbitraje a la práctica jurídica en conflictos sucesorios en Michoacán ..... 305**
4.5.1. ¿Quién puede ser árbitro en una controversia sucesoria? ..... 309
4.5.2. Propuesta: Procedimientos arbitrales ad hoc en materia sucesoria. Arbitraje Notarial ..... 310
4.5.3. Propuesta: Procedimientos arbitrales institucionales en materia sucesoria ..... 317

Conclusiones preliminares del Capítulo ..... 318

Opinión del Dr. Jaime Darío Oseguera Méndez, Notario Público 182 del Distrito Judicial de Morelia ..... 319

CONCLUSIONES ..... 320
PROPUESTAS ..... 324
FUENTES DE INFORMACIÓN ..... 326

# INTRODUCCIÓN

Escribir esta obra ha sido un camino de mucho aprendizaje y autoconocimiento. Esta Tesis de Licenciatura es mi primera aportación sustantiva al área de la Justicia Alternativa, en la cual hacen falta muchos caminos por construir y descubrir.

Hay ciertos aspectos en nuestras sociedades que se encuentran en constante evolución y esto permite que se desarrollen nuevas realidades culturales que develan diferentes ópticas de la forma en que se puede administrar la justicia, lo que se traduce en la posibilidad de aplicar nuevas alternativas para gestionar situaciones de conflicto.

No obstante lo anterior, en el ámbito de las relaciones personales aún es observable que la idiosincrasia promedio en las sociedades mexicana y michoacana hace que una persona sea poco colaborativa cuando se trata de afrontar situaciones conflictivas frente a otras personas, es común que en un conflicto pese más derrotar al contrincante que ser eficiente para que ambas partes ganen.

Esta obra pretende demostrar que es más recomendable y jurídicamente posible gestionar un conflicto cambiando la perspectiva de los objetivos, es decir, conmutar la idea de que el *fin justifica los medios* a que los *medios justifican el fin* y la implementación de la Justicia Alternativa, por el momento, es el camino más viable para hacerlo. La razón principal es el congestionamiento en los tribunales del Estado, es más rápido que las partes en conflicto

resuelvan sus controversias directamente a que las sometan a la justicia estatal, además, los Medios Alternativos de Solución de Controversias (MASC) se basan en la rapidez, el diálogo, la inmediación, la negociación y el consenso, así en un conflicto gestionado por un mecanismo de Justicia Alternativa, todas las partes contrariadas ganan algo y de manera más eficaz.

Para lograr una efectiva y universal implementación de los MASC en México y en Michoacán, primero es necesario saber leer y comprender a la sociedad y a los individuos que la componen; asimismo, es importante conocer a los diversos grupos socioeconómicos desde su núcleo, me refiero a las familias y a sus relaciones internas y externas, así del análisis de estas formas de convivencia se puede pronosticar en gran medida cuán preparadas están las personas pertenecientes a ciertos grupos sociales para negociar términos que les convengan a todos en un conflicto. Por esta razón, esta tesis hace un estudio minucioso de cómo se desarrollan los conflictos y la conflictividad en los diferentes tipos de familias que hay en México y cómo esto afecta individualmente al desarrollo personal y al proceso de socialización de sus miembros.

Esto tiene principalmente dos motivos, el primero, para saber cómo hacer la implementación de los MASC; el segundo, sirve para que al momento de gestionar un conflicto mediante la Justicia Alternativa, un facilitador se apoye en lo que algunos autores llaman el *genograma familiar* para que, con base en el historial de convivencia familiar, sepa cómo actuar en las negociaciones.

La finalidad de mi investigación es clara, por un lado, pretendo demostrar la viabilidad —y la necesidad— de implementar mecanismos de Justicia Alternativa (mediación y conciliación) a conflictos familiares muy sensibles que nacen o se acentúan a partir de la sucesión *mortis causa*. Por otro, demostraré

que esta es una materia arbitrable en muchos casos, por lo tanto, también es una opción para evitar la dilación de la justicia estatal si se decide someter a arbitraje las controversias sucesorias o únicamente aquellos puntos de conflicto que no hayan podido ser resueltos mediante la conciliación o la mediación.

Ya en mi proyecto de investigación adelantaba que se debe trabajar con la sociedad para que culturalmente se le sensibilice, socialice y prepare para afrontar el tema de los testamentos y de las cuestiones intestamentarias, desarraigando todo combate, toda oposición, en la aceptación de bienes de caudales hereditarios.

En las ciencias sociales el orden de los factores sí altera al producto, lo explico con este ejemplo: en un juicio sucesorio, tras un proceso largo y extenuante en la arena judicial, las partes acuerdan negociar al darse cuenta que el conflicto se tornó cíclico al paso de los años y que sólo se logró disminuir el valor del caudal hereditario y fracturar o destruir la cohesión familiar, sin embargo, si hubiesen sido más conscientes y eficientes, las controversias sucesorias gestionadas correctamente les hubieran ahorrado mucho tiempo, dinero, esfuerzo y malos momentos; también, el resultado sería menos catastrófico, quiero decir que, es mejor, desde un principio, negociar los conflictos, discutir los términos y ser claros con lo que se pretende que sólo confrontarse con la finalidad de destruir al otro, para ello se necesitan profesionales que funjan como intermediarios (facilitadores), pero sobre todo, es fundamental una amplia cultura de colaboración en la sociedad.

Es importante adelantar lo siguiente: un arbitraje sólo dura entre seis y ocho meses, en él siempre se debe agotar el grueso de los puntos en conflicto. Un laudo arbitral tiene el carácter de cosa juzgada, es inapelable y ejecutable judicialmente bajo los mismos criterios que una sentencia judicial. El arbitraje

sucesorio es considerablemente más conveniente para las partes cuando el caudal hereditario en juego es cuantioso, así el ahorro económico y emocional al final será el factor más importante.

# ABREVIACIONES Y SIGLAS

| Abreviación o sigla | Significado | Traducción |
|---|---|---|
| **ADR** | Alternative Dispute Resolution | Medios Alternativos de Solución de Controversias |
| **ADR (2)** | Amparo directo en revisión | |
| **AT** | Arbitraje Testamentario | |
| **BATNA** | Best Alternative to a Negotiated Agreement | Mejor alternativa para un acuerdo negociado |
| **CAAD** | Comisión de Apelación y Arbitraje del Deporte | |
| **CADH** | Convención Americana de Derechos Humanos | |
| **CC** | Código Civil para el Estado de Michoacán de Ocampo | |
| **CCDF** | Código Civil para el Distrito Federal | |
| **CCF** | Código Civil Federal | |
| **Cco** | Código de Comercio | |
| **CIDH** | Comisión Interamericana de Derechos Humanos | |
| **CIMA** | Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (España) | |
| **CNSF** | Comisión Nacional de Seguros y Fianzas | |
| **CNUDMI** | Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional | |
| **CONAMED** | Comisión Nacional de Arbitraje Médico | |
| **CONAPRED** | Consejo Nacional para Prevenir La Discriminación | |
| | | |

| | | |
|---|---|---|
| **CONDUSEF** | Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros | |
| **CorteIDH** | Corte Interamericana de Derechos Humanos | |
| **CPCEM** | Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Michoacán de Ocampo | |
| **Ddhh** | Derechos Humanos | |
| **DGRN** | Dirección General de los Registros y del Notariado (España) | |
| **DSE** | Deutsche Schiedsgerichtsbarkeit e.V | Asociación de Arbitraje Alemán para Disputas de Herencia |
| **FAA** | Federal Arbitration Act | Ley Federal de Arbitraje de los Estados Unidos de América. |
| **IIS-UNAM** | Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México | |
| **IMSS** | Instituto Mexicano del Seguro Social | |
| **ISSSTE** | Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado | |
| **JCA** | Juntas de conciliación y arbitraje | |
| **LJAR** | Ley de Justicia Alternativa y Restaurativa del Estado de Michoacán | |
| **LN** | Ley del Notariado del Estado de Michoacán | |
| **MASC** | Medios Alternativos de Solución de Controversias | |
| **ONU** | Organización de las Naciones Unidas | |
| **PRODEMU** | Fundación para la Promoción y Desarrollo de la Mujer (Chile) | |
| **PROFECO** | Procuraduría de la Defensa del Consumidor | |

| | | |
|---|---|---|
| **PVD** | Países en Vías de Desarrollo | |
| **SCJN** | Suprema Corte de Justicia de la Nación | |
| **SEP** | Secretaría de Educación Pública | |
| **UNICEF** | United Nations International Children's Emergency Fund | Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para la Infancia |
| **UNAM** | Universidad Nacional Autónoma de México | |
| **UNCITRAL** | United Nations Commission for the Unification of International Trade Law | Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional |
| **ZPO alemán** | Bundesrepublik Deutschland Zivilprozessordnung | Código Civil de la República Federal Alemana |
| **ZPO austriaco** | Republik Österreich Zivilprozessordnung | Código Civil de la República Austriaca |

# CAPÍTULO PRIMERO

# LA SOCIEDAD Y COMPATIBILIDAD EN SUS RELACIONES FAMILIARES.

**Sumario 1.1. La familia mexicana, sus relaciones parentales.** 1.1.1. La familia es la fuente de la sociedad. 1.1.2. Naturaleza jurídica de la familia 1.1.3. Las familias mexicanas a la luz de la realidad sociológica. 1.1.3.1. ¿Cómo se formó y evolucionó la familia? 1.1.3.2. Hacia un nuevo concepto de familia. 1.1.3.3. En México existen once tipos de familias diferentes. 1.1.4. Familia y Derecho. 1.1.4.1. Concepto jurisprudencial de Derecho de Familia. 1.1.4.2. Orden público y familia. 1.1.4.2.1. ¿Por qué la familia es considerada de orden público? Retrospectiva a la Familia en el Derecho Romano. 1.1.4.2.2. Autonomía jurídica, orden público e interés social del Derecho Familiar. 1.1.4.3. Derecho Convencional de la Familia. 1.1.4.3.1. Las familias a la luz del Sistema Universal de Derechos Humanos. 1.1.4.3.2. Las familias a la luz de la jurisprudencia interamericana. 1.1.4.4. Derecho Constitucional de la Familia. 1.1.4.4.1 La situación jurídica de la familia y de las relaciones parentales en México a la luz de la constitución y la jurisprudencia. 1.1.4.5. La situación jurídica de la familia y de las relaciones parentales en la legislación civil. 1.1.5. Derechos y obligaciones en las familias, formas que establece la ley para reforzar la cohesión familiar. **1.2. El conflicto en materia familiar.** 1.2.1. El conflicto es inherente al ser humano. 1.2.2. Orígenes y fenomenología del conflicto. 1.2.3. Elementos básicos de la confrontación. 1.2.4 Definición y concepto de conflictoZZ.2.5. Orígenes, elementos y sub-elementos del conflicto. 1.2.5.1. La violencia como origen y elemento del conflicto. 1.2.5.2. La agresividad como origen y elemento del conflicto. 1.2.5.2.1. La agresividad a la luz de la Teoría Endógena. 1.2.5.2.2. La agresividad la luz de la Teoría Exógena. 1.2.5.2.2.1. El Modelo Ecológico como instrumento de comprensión de la Teoría Exógena. 1.2.5.2.2.2. El estudio de la agresividad desde el Modelo Conductista, elemento de la Teoría Exógena. 1.2.5.2.2.3. El estudio de la agresividad desde el Modelo de Imitación Social, base de la Teoría Exógena. 1.2.5.2.2.4. El Modelo de Respuesta Social Adecuada. 1.2.5.2.3. Teoría de la frustración-agresión. 1.2.5.3. La frustración, causa y sub-elemento del conflicto. 1.2.5.4. La emociones: miedo, angustia, celos e ira; causas y sub-elementos. 1.2.5.4.1. El miedo y la angustia. 1.2.5.4.2 Los celos. 1.2.5.4.3. La ira. 1.2.5.5. El poder, origen y sub-elemento del conflicto. 1.2.5.6. La sociología del conflicto: el entorno socioeconómico y los recursos escasos, origen y sub-elementos del conflicto. 1.2.6. Características del conflicto. 1.2.7. Clasificación del conflicto. 1.2.8. Naturaleza jurídica del conflicto. **1.3. La conflictividad en materia familiar.** 1.3.1. Conflictividad familiar y violencia familiar. 1.3.2. Diferencia teórica entre conflicto y conflictividad. 1.3.3. Concepto de conflictividad. 1.3.4. Fenomenología, orígenes y más elementos de la conflictividad. 1.3.5. Inteligencia emocional y conflictividad. 1.3.6. El manejo de las emociones, los ambientes conflictivos y las pugnas de poder. **4. El conflicto y la conflictividad en la disposición de bienes muebles e inmuebles en la familia.** 1.4.1. Bienes muebles e inmuebles. 1.4.2. Patrimonio. 1.4.3. Conflictividad familiar y conflictos familiares en torno al haber patrimonial. 1.4.4. Gestión de conflictos familiares en cuanto al patrimonio. 1.4.4.1. El sufrimiento y el conflicto obnubilan el entendimiento de las partes. 1.4.4.2. Análisis de la agresividad reactiva y objetiva para la gestión de conflictos. 1.4.4.3. Estructura cíclica del conflicto. 1.4.4.4. Gestión de conflictos absolutos: las teorías aplicables a la administración de un conflicto. 1.4.4.4.1. Teoría del Caos. 1.4.4.4.1.1. Dimensión fractal del conflicto y de la conflictividad. 1.4.4.4.2. Teoría de Juegos. 1.4.4.4.2.1. Juegos de suma cero. 1.4.4.4.2.2. Juegos de suma positiva.

Así como con todos los conflictos, los surgidos a raíz de la delación (entendida esta como el llamamiento a aceptar o repudiar la herencia o legado) deben ser abordados desde la óptica de su conflictividad, pero antes de hacer un análisis de la misma, es importante bosquejar los factores sociológicos y jurídicos que devienen en la ruptura de la cohesión familiar a causa de un proceso judicial tan desgastante como lo son los juicios sucesorios testamentarios e intestamentarios.

A lo largo de esta Tesis propondré un mecanismo que defiende la justa repartición de la masa hereditaria y la gestión de otros conflictos entre los sucesores, lo anterior, a la luz del principio de economía procesal cuya finalidad es deteriorar lo menos posible la unidad de las familias. Empero, con el objetivo de llegar a ello, es elemental para el desarrollo de esta investigación comprender lo importante que es la familia para la sociedad y el Estado.

## 1.1. La familia mexicana, sus relaciones parentales.

### 1.1.1. La familia es la fuente de la sociedad.

La familia es la fuente de la sociedad y es esta la que, junto con el Estado, debe proporcionarle una protección óptima para su desarrollo y organización.

¿Por qué la familia es la fuente de la sociedad?

Todas las aproximaciones teóricas que tratan de conceptualizar el fenómeno de sociedad parten de la tesitura aristotélica del *yo, nosotros* que afirma que “el hombre es social por naturaleza”. Con ello, Aristóteles, al enunciar que «se es» en tanto se «co-es» se refirió a que el ser humano está dispuesto, desde su nacimiento, a coexistir para subsistir.

Nadie nace sabiendo relacionarse, por este motivo, el ser humano a lo largo de su vida irá adquiriendo aprendizajes e incorporando hábitos, valores y normas, –además de un mismo lenguaje y cultura–, que le correlacionarán con otros individuos que comparten las mismas bases. A ello se le conoce como el proceso de socialización.

De manera natural, el proceso de socialización inicia, generalmente, dentro del seno familiar. De acuerdo con Rousseau, la familia es la más antigua de todas las sociedades y la única natural. El ser humano racional tiende a formar colectividades de cooperación, la primera de ellas es la familia. Cuando un conglomerado de familias que cohabitan un territorio y persiguen un fin común, que es el bienestar colectivo, se organizan, se amplifica y perfecciona el proceso, así se forma una sociedad.

La sociedad es también un ente evolutivo, por ello es que desde tiempos primitivos la organización del ser humano ha obedecido a ciertos factores socioculturales y procesos históricos que devienen en la configuración de distintas estructuras sociales, sociopolíticas y socioeconómicas.

Hoy, la noción moderna de sociedad descansa en los principios de una sociedad civil, la cual, desde el punto de vista tendenciosamente democrático del sociólogo Edgar Esquivel Solís y el politólogo Carlos Chávez Becker, “es un conglomerado heterogéneo, diverso y continuamente divergente de actores y sujetos sociales que actuando en el espacio público buscan lo que generalmente se conoce como el ‘bien común’, cada uno de ellos desde su propia explicación.” [1]

[1] ESQUIVEL SOLÍS, Edgar. y CHÁVEZ BECKER, Carlos. La Sociedad Civil. En: SÁNCHEZ DE LA BARQUERA Y ARROYO, Herminio, editor: *Antologías para el estudio y la enseñanza de la ciencia política.*
*Volumen II: Régimen político, sociedad civil y política internacional*, [en línea], <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4311/25.pdf>, p.p. 208 - 209, 2017, [Fecha de consulta: 1 de abril de 2020].

Tomando en cuenta lo anterior y bajo una óptica jurídica, entiendo a la sociedad desde el sustento *hobbesiano* de que el conglomerado se agrupa voluntariamente por su propia seguridad, formando un gobierno que le brinde derechos y responsabilidades, por tanto, el contacto entre una misma familia y de sus miembros con la sociedad, debe estar regido por la estructura social, y a su vez, regulado por la ley dictada por el gobierno civil.

### 1.1.2. Naturaleza jurídica de la familia.

La naturaleza jurídica de la familia es de orden público, pues es el Estado quien regula la institución familiar mediante normas *ad hoc* que distan de ser de derecho civil o privado y que tampoco son eminentemente públicas o sociales. La finalidad de estas es preservar a la familia como elemento primo de la sociedad. Así pues, la inteligibilidad de esta idea dimana de la realidad sociológica de las familias, y es que, desde la óptica coetánea occidental, no existe la familia modélica. Un ejemplo a esta afirmación es un interesante estudio que a continuación analizaré y desarrollaré, el cual, indica que en México existen más de diez tipos de familias reconocidas por el Estado, es decir, hay una gran variedad de formas de organización familiar más allá de aquellas conocidas como “tradicionales”.

### 1.1.3. Las familias mexicanas a la luz de la realidad sociológica.

Al aludir a la realidad sociológica de las familias, es substancial analizar cada uno de los tipos de familias que hay, pues no en todos se presentan relaciones parentales.

Para que nosotros como humanidad pensante pudiésemos llegar a realizar un análisis semejante, debieron pasar muchas transformaciones colectivas. En función de lo anterior, al estudiar un fenómeno casi tan antiguo

como la humanidad misma, es preciso mencionar someramente su ilación evolutiva.

Desde un punto de vista antropológico se estudia a la familia como un universal cultural, es decir, como un fenómeno que acaece en todas las culturas y que se ha ido transformando a lo largo de diferentes etapas; de suerte que, es importante tener lo anterior en mente al leer el análisis evolutivo de las diferentes formas de organización familiar que enunciaré a continuación; esto, principalmente porque en todas las culturas de nuestro planeta es palpable la evolución en las formas en que los grupos familiares se organizan. En algunas culturas occidentales, el cambio es más notorio que en otras más alejadas de la globalización o más apegadas a fundamentalismos religiosos.

A reserva de varias diferencias propias de la idiosincrasia colectiva, México y Michoacán comparten con el resto de países y regiones occidentales su manera de desarrollarse culturalmente. Jurídicamente, esto es notorio sólo con leer la evolución de los cuerpos normativos estatales y federales, pues con el paso de los años se han ido homologando cada vez más a las normas extranjeras occidentales, lo que refleja la globalización cultural –y, en consecuencia, jurídica– de la cual formamos parte.

#### 1.1.3.1. ¿Cómo se formó y evolucionó la familia?

Nota. Continuando con la aseveración y puntualizaciones que hice en el apartado anterior sobre el fenómeno universal cultural que representa la familia, debo decir que los datos históricos a mencionar van desde una óptica general hasta cuestiones aplicables principalmente a manifestaciones culturales locales.

Durante el neolítico y el paleolítico, la organización familiar se comenzó a transformar profundamente, sobre esto, Juan Brom escribió que “las relaciones

entre los sexos evolucionaron de la horda promiscua al sistema gentilicio, basado en el matrimonio por grupos. Hombres y mujeres gozaban en lo fundamental de los mismos derechos y deberes; la descendencia y la herencia se consideraban por la línea materna (los hijos pertenecían al clan de la madre), lo que daba cierto predominio a las mujeres. Cuando la antigua propiedad comunal fue sustituida por la privada, la herencia por línea materna cedió su lugar a la línea paterna. Apareció el patriarcado, el hombre adquirió el predominio en la organización familiar, la económica, la cultural y la política."[2]

Con el nacimiento de la sociedad estatal, predominó una pequeña casta gobernante regida por hombres con poder civil y religioso que dispusieron normas que relegaron el rol de la mujer a la reproducción y a la crianza de los hijos. Esta regulación patriarcal y de control social estableció la institución del matrimonio como la base para formar una familia y procrear.

Hasta hace pocos años, aún se podía leer en las legislaciones y en la doctrina jurídica que sólo existe una forma en la que se puede organizar una familia. Ignacio Galindo Garfias, basándose en la legislación otrora vigente, escribió que un grupo familiar únicamente podía estar comprendido por "los cónyuges y los hijos de estos, que viven bajo un mismo techo"[3] y excepcionalmente también por el "cónyuge del hijo o de la hija y los descendientes inmediatos de éstos (nietos), aunque no vivan en la misma casa."[4]

Venturosamente, el progresismo ha abundado en el polifacetismo de los tipos de relación familiar, la sustentación biológica de la familia ha sido paulatinamente suplida por un nuevo conglomerado de uniones familiares aceptadas cada vez más en las sociedades occidentales. Esto ha generado que

---

[2] BROM, Juan, *Esbozo de historia universal*, p. 42.
[3] GALINDO GARFIAS, Ignacio, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo II, **voz: Familia**, p. 1676.
[4] *Ídem.*

se reconozcan realidades sociológicas que, aunque siempre han existido, hoy son relativamente nuevas para el orden jurídico mexicano.

Sobre esto, el connotadísimo Luigi Ferrajoli en su obra cumbre *Principia iuris*, escribió que el derecho de familia se desarrolló y progresó durante el S. XX, a través de la superación del carácter natural de la familia y su fundamentación en el matrimonio "que ha dejado de ser el presupuesto necesario de la familia" [5], y que "en casi todos los ordenamientos avanzados la familia de hecho y los hijos naturales, en un pasado no muy lejano calificados como «ilegítimos», se han equiparado sustancialmente a la familia y a los hijos legítimos, mientras que el matrimonio se ha convertido en disoluble gracias a la introducción del divorcio; y se han elaborado incluso formas de regulación jurídica de las meras uniones de hecho, basadas en el reconocimiento de muchos derechos de sus componentes." [6]

Ferrajoli indica que el carácter natural de la familia se ha reducido "a través de una expansión de su dimensión pública ligada a la afirmación y garantía de los derechos fundamentales de sus miembros." [7]

Francis Fukuyama, politólogo profesor de la Universidad George Mason, afirma que esta última gran transmutación se manifestó con "la revolución sexual y el surgimiento del feminismo en las décadas de los sesenta y setenta… (asimismo,) los cambios de rol de los sexos han tenido un impacto importante sobre la naturaleza de la sociedad civil" [8], aunque, concuerdo con Ferrajoli, "más allá de la emancipación femenina conseguida con la conquista de todos los derechos fundamentales, la igualdad entre los sexos sigue siendo todavía, sin embargo, un principio normativo ampliamente inefectivo." [9]

---

[5] FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris, vol. 2 Teoría de la democracia*, p. 231.
[6] *Ídem*.
[7] *Ídem.*
[8] FUKUYAMA, Francis, *La Gran Ruptura*, p.p. 60, 61.
[9] FERRAJOLI, Luigi, *Op. Cit.*, ver nota 5, p. 232.

### 1.1.3.2. Hacia un nuevo concepto de familia.

En un material de trabajo elaborado en Chile por Prodemu, Fundación de la Familia, Fundación Integra y UNICEF, se afirma que la "forma tradicional de la familia existe junto a otras formas distintas de ser familias, y que no se puede hablar de la familia como un modelo único, sino de las familias como formas diversas de organización, con estructuras distintas, pero que comparten objetivos y tareas comunes." [10]

Esta es la postura adoptada por el Derecho Familiar Constitucional, pues no limita a la existencia de un número prevalente de estructuras familiares, pero sí trae a colación el realce de la cohesión familiar.

Al tenor de la realidad sociológica mexicana, son familias las que, aún sin importar que no exista la cohabitación dentro de una misma residencia, surgen de la filiación. También lo son aquellas unidades de convivencia poliformes, en las cuales, aún sin tener parentesco, sus miembros procuran el bienestar común mediante la cobertura de sus necesidades a través del fomento del desarrollo personal, la solidaridad y la ayuda mutua.

Para los efectos de esta investigación, entiéndase como unidad de convivencia al espacio en el que conviven las personas al habitar bajo un mismo techo. Puede haber unidades de convivencia familiar o creadas por la sociedad para satisfacer necesidades diversas.

### 1.1.3.3. En México existen once tipos de familias diferentes.

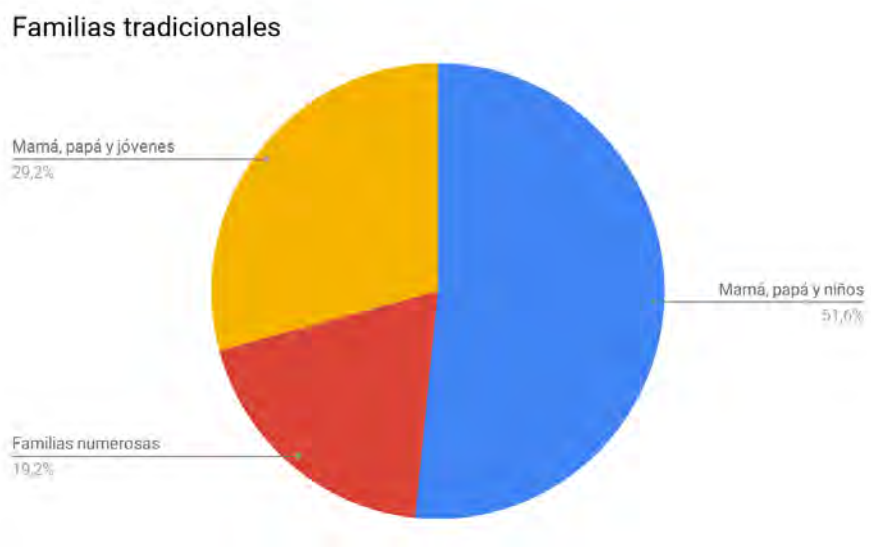
En 2016, el Instituto de Investigaciones Sociales de la UNAM (en adelante IIS o IIS-UNAM), analizó en un estudio (que se puede consultar de

[10] *¿Te suena familiar? La familia que hemos construido*, [en línea], <https://www.unicef.cl/centrodoc/tesuenafamiliar/06%20Construido.pdf>, p.p. 24, 25, 2003, [Fecha de consulta: 6 de abril de 2020].

manera didáctica en la Revista de la Asociación Mexicana de Agencias de Investigación de Mercado) sobre cómo se desarrollan y comportan distintos hogares en México, en conclusión, se arguyó que en nuestro país existen once tipos de familias, categorizados en tres grupos: las familias tradicionales, las familias en transición y las familias emergentes.

De conformidad con este estudio, las familias tradicionales suponen el 50% de la formación de los hogares en México y son aquellas que están compuestas por el padre, la madre y los hijos (niños o jóvenes) como base principal. Secundariamente, se incluye, en su caso, a los abuelos y a los nietos (familias numerosas).

Gráfico 1. Familias tradicionales.



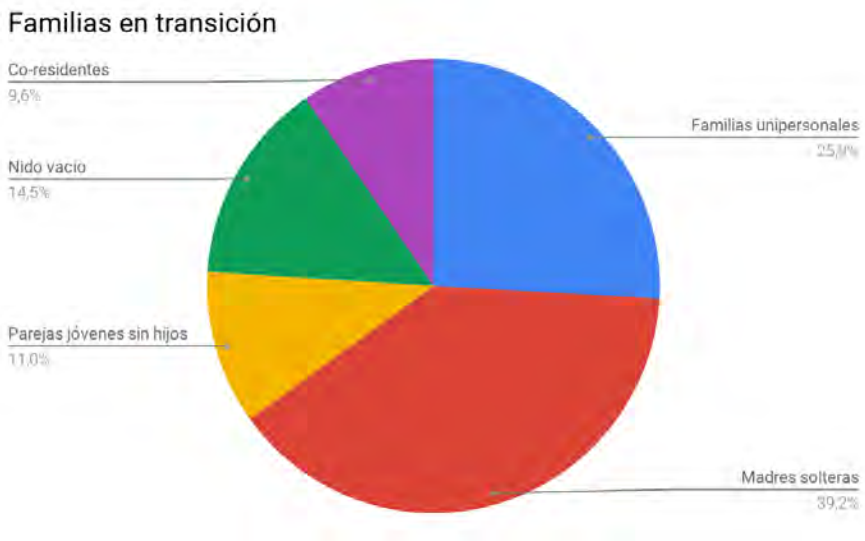

Fuente: Autoría propia.

Nota: Utilicé información del IIS-UNAM.

Por su parte, las familias en transición, con una presencia del 42% en México, tienen lugar cuando alguna de las figuras tradicionales básicas está ausente. Es decir: madres solteras; parejas jóvenes sin hijos; parejas cuyos

hijos han abandonado el hogar (nido vacío); hogares en donde sólo hay una persona (familias unipersonales), y; unidades de convivencia en donde cohabitan grupos de amigos o parientes. Esta última figura se encuentra regulada como sociedad de convivencia.

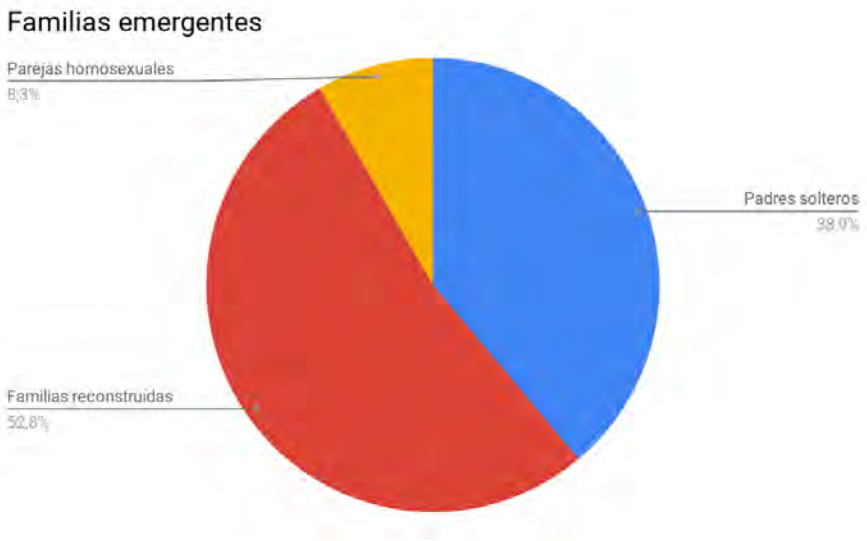
Gráfico 2. Familias en transición.




Fuente: Autoría propia.
Nota: Utilicé información del IIS-UNAM.

Por último, las familias emergentes, que constituyen el 7% en México, están formadas por padres solteros; parejas homosexuales, y; parejas integradas cuando uno o los dos cónyuges han tenido relaciones previas (familias reconstruidas). No se incluyeron las familias homoparentales.

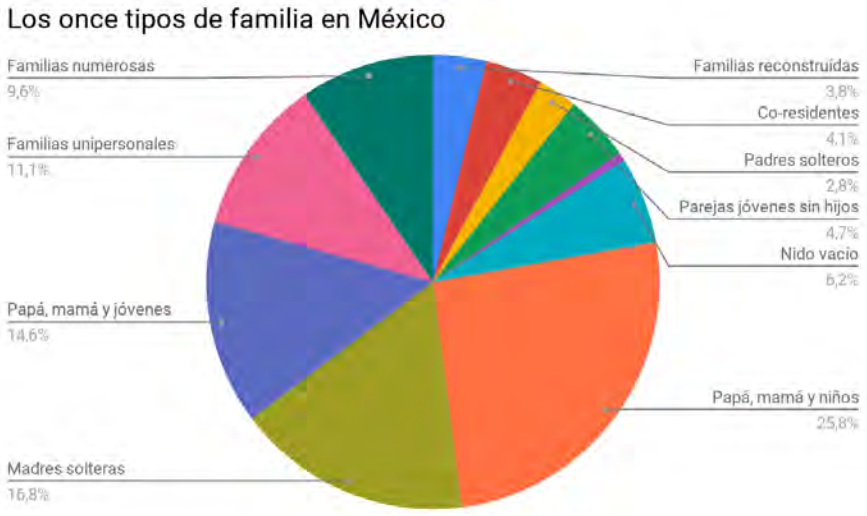
Gráfico 3. Familias emergentes.




Fuente: Autoría propia.
Nota: Utilicé información del IIS-UNAM.

Cabe señalar que este estudio sólo abarca a la composición de familias domésticas, es decir, de unidades de convivencia. Por lo tanto, la siguiente gráfica refiere únicamente a la estructura de los hogares en México.

Gráfico 4. Los once tipos de familia en México.




Fuente: Autoría propia.
Nota: Utilicé información del IIS-UNAM.

El estudio del IIS es reconocido por el Estado Mexicano, la CONAPRED, mediante un boletín de prensa, converge con lo señalado, apuntando que "el núcleo familiar es un modelo de organización social heterogéneo… y uno de sus objetivos principales es permitir el desarrollo de las personas dentro de ambientes que mejoren la calidad de vida, valores y comportamientos." [11] Este estudio también ha sido utilizado en el texto argumentativo de varias resoluciones judiciales.

### 1.1.4. Familia y Derecho.

#### 1.1.4.1. Concepto jurisprudencial de Derecho de Familia.

Hoy se sobreentiende que la familia es una institución que le atañe al orden público y que es de interés social, sobre esto, la SCJN establece que:

> **Tesis: I.5o.C. J/11 (9a.) 1a./J. 8/2017 (10a.) de rúbrica DERECHO DE FAMILIA. SU CONCEPTO.** En el sistema jurídico mexicano, basado en un sistema constitucional y democrático, el derecho familiar es un conjunto de principios y valores procedentes de la Constitución, de los tratados internacionales, así como de las leyes e interpretaciones jurisprudenciales, dirigidos a proteger la estabilidad de la familia y a regular la conducta de sus integrantes entre sí, y también a delimitar las relaciones conyugales, de concubinato y de parentesco, conformadas por un sistema especial de protección de derechos y obligaciones respecto de menores, incapacitados, mujeres y adultos mayores, de bienes materiales e inmateriales, poderes, facultades y deberes entre padres e hijos, consortes y parientes, cuya observancia alcanza el rango de orden público e interés social.

Esta tesis de la Corte es parte de la actual constitucionalización del Derecho Familiar. En un pasado remoto existía una particular renuencia a separar al Derecho Familiar del Civil. Las razones eran muchas, una de ellas fue la defensa de que el sistema jurídico mexicano es de corte romano-germánico, y que por ello, debía ser el Derecho Civil el que había de

[11] Boletín de Noticias CONAPRED. *Existen en México Tres Grupos de Familias con 11 Variantes: Estudio de la UNAM*, [en línea] <https://www.conapred.org.mx/index.php?contenido=noticias&id=6051&id_opcion=&op=214>, p. 1, 2016, [Fecha de consulta: 7 de abril de 2020].

encargarse de regular lo referente a la familia. Esto se originó, a mi parecer, gracias a una apreciación equivocada del Derecho Romano.

Basta con observar cómo se regía por el orden público la institución familiar en etapas tardías de la antigua Roma para comprender la lógica que siguió el legislador al comenzar a separar al Derecho Familiar del Civil.

#### 1.1.4.2. Orden público y familia.

##### 1.1.4.2.1. ¿Por qué la familia es considerada de orden público? Retrospectiva a la Familia en el Derecho Romano.

De conformidad con la investigación titulada *La costumbre como fuente del Derecho Romano* de la Profesora María-Eva Fernández Baquero, profesora titular de Derecho Romano de la Universidad de Granada, a lo largo del periodo preclásico y hasta los albores del imperio de la antigua Roma, la principal fuente del derecho fue la costumbre, no la *inveterata consuetudo* que fungía como la suplencia de la *lex* en el posclásico sino la *mores maiorum* que se traduce como «la costumbre de los ancestros».

Durante esta etapa, la vida familiar –incluidos los conflictos surgidos de la misma– era regida en su totalidad por el *paterfamilias* quien ejercía un poder de similar al de *imperium* sobre los otros miembros del grupo (*agnatio*) cuya membresía familiar era incluso decidida por él. En relación a esto, existen distintas obras literarias que documentaron la ley escrita en el haber histórico de la monarquía, en dichas obras se habla de que durante este periodo hubo leyes escritas (*leges regiae*) que limitaban los comportamientos privados para salvaguardar el equilibrio entre la comunidad y los dioses (*pax deorum*), si este se rompía, ello se subsanaba mediante la expiación (*piaculum*), lo cual no era ningún elemento punitivo, es decir, esto no significaba la intervención del poder

público en la familia romana, por eso, hasta aquel momento, la familia fue evidentemente una figura privada y civil.

Tras el surgimiento de la *lex XII Tabularum*, en el periodo clásico, se materializaron paulatinamente las *mores maiorum*, es decir, se creó un cuerpo normativo formal surgido de la costumbre (*mores civitatis*) con la finalidad de que fuese de observancia para toda la sociedad. Asimismo, surgió la figura republicana del censor, quien, en representación del Estado, se encargaba de velar por la buena administración de los bienes de la familia por parte del *paterfamilias* y de que este respetara la *mores civitatis* so penas como la ignominia.

La decadencia de la república se dio durante su último siglo cuando el poder público se vició de tal manera que se dieron efugios que permitieron los dos triunviratos previos al imperio, esto fue desencadenado principalmente por el evidente irrespeto a la *mores civitatis* y a la *lex republicae*. Por esta razón, para prevenir otra crisis política y social, y ante la expansión territorial y cultural del imperio, en los albores del periodo posclásico se glosaron todas las disposiciones de la república y del imperio temprano en el *corpus iuris civilis.*

En la *digesta*, surgió la dicotomía moderna de lo privado y lo público con el aforismo de Ulpiano: *Publicum Jus Est Quod Ad Statum Rei Romanae Spectat; Privatum Quod Ad Singularum Utilitatem*, lo que quiere decir que «lo público es el que atañe a la conservación de la cosa romana; lo privado es el que concierne a la utilidad de los particulares», y es entonces de ahí de donde surge formalmente el *ius publicum* y el *ius privatum* bajo la máxima de que *privatorum conventio jure publicum non derogat* «los convenios privados no pueden derogar al derecho público».

A la luz de lo anterior, la familia (*cognatio*) fue considerada como una institución privada, pero de orden público (*utilitas rei publicae*), tras incluir una

vasta regulación sobre lo concerniente a las relaciones de familia en el *umbillicum* de la *digesta*.

Esto fue fielmente adoptado por la normativa de lo referente a la familia en los códigos napoleónicos y posteriormente en el derecho civil francés, padre de nuestra legislación civil, por lo que, desde entonces, la constitución de la familia atañó a una cuestión de orden público, pero ¿también de interés social?

**1.1.4.2.2. Autonomía jurídica, orden público e interés social del Derecho Familiar.**

Fue hasta a mediados del siglo XX cuando los teóricos Antonio Cicu y Roberto de Ruggiero, comenzaron a escribir sobre la subjetividad del Derecho Familiar, así como sobre su autonomía y preeminencia frente al Derecho Civil. El argumento que utilizaron es muy lógico, el Familiar tiene una fisonomía propia al proteger el interés público de preservar la familia. Así pues, son irrenunciables e inenajenables los derechos subjetivos de los miembros de un grupo familiar como la patria potestad o los alimentos.

Julián Güitrón Fuentevilla, catedrático de Derecho Familiar en la UNAM, ha coadyuvado en la formulación de los distintos códigos locales en materia familiar en México. Él continúa abundando a la tesis de la naturaleza autónoma del Derecho Familiar bajo el argumento de que las normas imperativas del Derecho Familiar no son oponibles por la voluntad particular de los miembros de un grupo familiar ya que “las relaciones internas y externas, al referirse a la familia y a sus miembros, no pueden tener un carácter civilista ni privativo, muchos menos de orden personal, porque la familia representa un interés superior, está por encima de esos criterios; por ello, esas relaciones internas y externas deben tener, al proyectarse a los miembros de la familia, originada en el matrimonio, en la adopción, en la inseminación artificial en cualesquiera de

sus formas, en el concubinato, etc., un contenido ético y jurídico establecido en favor de la familia" [12], considerando que el buen funcionamiento de esta se traduce en el buen funcionamiento de la sociedad.

La finalidad de la cohesión familiar es la misma que persigue demostrar esta investigación, la idea de una sociedad productiva también parte de la buena dinámica familiar.

Cuando ya no hay una buena dinámica familiar, en el caso de un juicio sucesorio, si también la familia ya está quebrantada, es nuestro deber ciudadano, como abogados, el no alimentar con excepciones y subterfugios a la dilación procesal a sabiendas que esta sólo desabriría más a la familia y contrariaría al interés social.

Este es el motivo principal para reconocer que "la naturaleza jurídica del Derecho Familiar es ese tercer género de orden público, colectivo, general, no económico, excepcionalmente patrimonial, donde la voluntad particular no tiene cabida. No cuenta, no se sujetan los fines del Derecho Familiar a lo que los cónyuges, los suegros, los hijos, los primos, quieran.

Que (sic) mejor ejemplo para ilustrar la importancia del Derecho Familiar, que el del testamento inoficioso. ¿Qué ocurre cuando el dueño de los bienes, el autor de la sucesión, otorga un testamento ológrafo –de su puño y letra– y por ignorancia o mala fe, distribuye sus bienes entre las personas a las que él quiere heredar y deja fuera a sujetos a quienes tiene la obligación de dar alimentos? El testador muere, se sabe su última voluntad, se llama a los herederos. Se da lectura al testamento y los bienes se van a repartir. Sin embargo, aparece la heredera preterida, la menor de edad, la reconocida en vida por el propio testador, prueba su entroncamiento y qué ocurre con el

[12] GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián, *Derecho familiar jurisprudencial mexicano*, en: Revista de la Facultad de Derecho de México, [en línea] <http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2015.264>, p.p. 17-18, 2015, [Fecha de consulta: 7 de abril de 2020].

testamento, qué pasa con esa voluntad del dueño de los bienes; que simplemente viene la ley, ordena y por su imperio dice, 'a este sujeto, a quien le debían alimentos y los olvidaste, hay que otorgárselos con cargo a la masa hereditaria'. ¿Contó la voluntad del dueño de los bienes? ¿Su derecho de propiedad? ¿Su libre disposición de los mismos? ¿Qué ocurrió? Que en el Derecho Familiar hay un orden público, un interés de la sociedad, una vigilancia del Estado para que los fines superiores de la familia se cumplan. Por ello, es importante entender que la naturaleza jurídica del Derecho Familiar, es distinta al del Derecho Civil, al del Derecho Público, al del Derecho Penal y a todos los demás, porque la familia es única, sus instituciones también y de ahí que sea necesario darle ese tercer género y que los juristas propugnemos por crear la teoría del acto jurídico en Derecho Familiar, la teoría de las nulidades de los actos jurídicos del Derecho Familiar, en una palabra, el Derecho Familiar y el Derecho Familiar Patrimonial." [13]

De acuerdo con el mismo autor y, dado su interés social y de orden público, el concepto de Derecho Familiar Mexicano –y de familias– se va construyendo mediante: 1) principios convencionales, 2) principios constitucionales, 3) leyes mexicanas, e 4) interpretaciones jurisprudenciales. Esta apertura al reconocimiento de figuras que antes no eran objeto de la protección constitucional surgió de la importante serie de reformas en materia de derechos humanos del 2011, ahora se puede afirmar que el Derecho Familiar tiene alcance constitucional y subjetivo al amparar los derechos de cada uno de los miembros del grupo familiar, por lo tanto, es menester del iusfamiliarista comprender que el Derecho Familiar es la subsunción de una realidad social en constante cambio.

[13] GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián, *Naturaleza Jurídica del Derecho Familiar*, en: Revista de la Facultad de Derecho de México, p. 271, [en línea] <http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2013.260>, 2013, [Fecha de consulta: 7 de abril de 2020].

### 1.1.4.3. Derecho Convencional de la Familia.

El realce del convencionalismo en materia de derechos humanos ha provocado que distintos países adecúen sus constituciones bajo los principios de igualdad y no discriminación, esto, a su vez ha derivado en una renovación de las legislaciones secundarias. En este caso, la modernización de los códigos civiles ha cambiado modelos familiares patriarcales considerados hegemónicos como el marital, así como también se abrogó el arquetipo de que el matrimonio debe ser contraído entre personas de diferente sexo pues su finalidad es la procreación.

De acuerdo con Miguel Carbonell, jurista de la UNAM, la materia familiar debe separarse de las interpretaciones morales –e iusnaturalistas, en mi opinión– que por décadas han caracterizado la ley civil en todos los países. En razón de ello, la sociedad internacional se ha preocupado por crear e impulsar normatividad internacional de carácter público y privado que por un lado rija la cambiante realidad social, y que, por otro, regule la solución de problemas del tráfico jurídico internacional en el orden familiar.

En este orden de ideas, los tratados internacionales que tocan la materia sirven de bosquejo a diferentes constituciones, esto no obedece a una imposición de modelo de familia o de comportamiento familiar sino a la protección garantista de la familia y de los derechos humanos de sus miembros, sin vulnerar "la forma en que conciben a la familia las diferentes culturas ni restringir las posibilidades legales de organizarse conforme a sus propias creencias." [14]

[14] CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel, Familia, *Constitución y Derechos Fundamentales*, en: desconocido, [en línea] <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2287/7.pdf> p.86, año desconocido, [Fecha de consulta: 15 de abril de 2020]

El compendio normativo internacional de la familia está dividido entre el sistema universal de derechos humanos (a saber, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; Convención Americana de Derechos Humanos, y Protocolo de San Salvador) con sus pactos y disposiciones internacionales (a saber, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales; Convención sobre los Derechos del Niño, y; Convención Internacional Sobre la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares) y las normas regionales de ddhh (a saber, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; Convención Americana de Derechos Humanos, y Protocolo de San Salvador). Estos tratados coinciden en sus elementos comunes: "la familia se considera el elemento natural y fundamental de la sociedad, la familia tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado, se reconoce el derecho a fundar una familia, se menciona expresamente al matrimonio como forma de familia y se recalca la libertad y la igualdad como elementos para su constitución, se prescribe especial protección para ciertos grupos de personas en sus relaciones familiares como niñas, niños, adolescentes, mujeres, personas con discapacidad y personas adultas mayores." [15]

### 1.1.4.3.1. Las familias a la luz del Sistema Universal de Derechos Humanos.

Beatriz Ramírez Huaroto, abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, en un artículo de la Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, menciona que, a la luz de la interpretación dinámica de los tratados en materia de derechos humanos, se desprenden estándares de *soft law* del sistema universal de derechos humanos e interpretaciones

15 RAMÍREZ HUAROTO, Beatríz, *La familia desde los estándares de la jurisprudencia interamericana: una mirada comparada desde la legislación argentina y peruana, en: Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, [En línea] <http://works.bepress.com/beatrizramirezhuaroto/32/>, p. 9, 2018, [Fecha de consulta: 12 de abril de 2020].

indirectamente vinculantes del interamericano que han marcado cambios normativos en la legislación mexicana al compás de la internacional.

En razón de lo anterior, sobre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos de la ONU se observa que:

**Observación General No. 19, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 23 - La familia, 39º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 171 (1990), párrafo 2:**

El concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto. Sin embargo, el Comité destaca que, cuando la legislación y la práctica de un Estado consideren a un grupo de personas como una familia, éste debe ser objeto de la protección prevista en el artículo 23...

**Observación General No. 28, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 3 - La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 68º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 207 (2000), párrafo 27**:

Es importante aceptar el concepto de las diversas formas de familia, con inclusión de las parejas no casadas y sus hijos y de las familias monoparentales y sus hijos, así como de velar por la igualdad de trato de la mujer en esos contextos.

**Observación General No. 28, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 3 - La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 68º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 207 (2000), párrafo 24:**

Los Estados deben proporcionar información acerca de estas leyes y prácticas y de las medidas adoptadas para abolir las leyes y erradicar las prácticas que menoscaben el derecho de la mujer a contraer matrimonio únicamente en virtud de su libre y pleno consentimiento. Cabe observar también que la igualdad de trato con respecto al derecho a contraer matrimonio significa que la poligamia es incompatible con ese principio. La poligamia atenta contra la dignidad de la mujer. Constituye, además, una discriminación inadmisible a su respecto y debe en consecuencia, ser definitivamente abolida allí donde exista.

Además, el Pacto prevé la protección de los derechos del niño como miembro de su familia, la sociedad y el Estado, de estas garantías se advierten el derecho a no ser discriminado, el derecho al nombre, derecho a la identidad y el derecho a la nacionalidad (artículo 24).

### 1.1.4.3.2. Las familias a la luz de la jurisprudencia interamericana.

Por su parte, la jurisprudencia interamericana ha interpretado sus tratados de manera que se tiene que:

**Corte IDH, "Caso Atala Riffo y Niñas c. Chile", Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 24/02/2012, Serie C, nro. 239, párr. 142, y Corte IDH, "Caso Fornerón e hija c. Argentina", Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 27 de abril de 2012, Serie C, nro. 242, párr. 98:**

En la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo "tradicional" de la misma.

**Corte IDH, "Condición jurídica y derechos humanos del niño", opinión consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, Serie A, nro. 17, párr. 69:**

El concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho, donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio.

**Corte IDH, "Caso Fornerón e hija c. Argentina", Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 27 de abril de 2012, Serie C, nro. 242, párr. 98.**

El término "familiares" debe entenderse en sentido amplio, abarcando a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano... no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que esta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niñas y niños.

**CIDH, Informe 4/01. Fondo. Caso 11.625, "María Eugenia Morales de Sierra c. Guatemala", 19/01/2001. 20 y CIDH, Acuerdo de Solución Amistosa. Caso nro. 12.433, "Sonia Arce Esparza c. Chile", 05/03/2007**

Si se decide tener vida marital, los Estados no deben tener leyes estereotípicas de discriminación directa hacia uno de los cónyuges al imponer roles en razón de género.

**Corte IDH, "Caso Chitay Nech y otros c. Guatemala", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 25/05/2010, Serie C, nro. 212, párr. 156.**

El Estado se encuentra obligado a favorecer el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar.

En cuanto a la organización de la familia, la Corte IDH considera fundamental ante todo a la protección del interés superior del menor pues se trata de los miembros más vulnerables del grupo familiar:

**Corte IDH, "Caso Atala Riffo y Niñas c. Chile", Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 24/02/2012, Serie C, nro. 239, párr. 109.**

…Constata que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios

**Corte IDH, "Caso Atala Riffo y Niñas c. Chile", Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 24/02/2012, Serie C, nro. 239, párr. 111:**

…No son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, preconcepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que éstos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños

Sobre el derecho a fundar una familia y a procrear, la Corte IDH ha señalado que:

**Corte IDH, "Caso Artavia Murillo y otros ('Fecundación in vitro') c. Costa Rica", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 noviembre de 2012, Serie C, nro. 257, párr. 143-146:**

La decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada… (esto) se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho.

El artículo primero constitucional establece que son de observancia obligatoria las normas de derechos humanos establecidas en los tratados internacionales y en la Constitución bajo el principio *pro persona*. Por esta razón, la CADH y la jurisprudencia que emite la Corte IDH (intérprete de este tratado) es de aplicación imperativa para el Estado mexicano. Esto ha generado un ingente cambio en la legislación mexicana, pero también en la forma en la que se deben pronunciar los jueces de todos los grados atendiendo al control difuso de la convencionalidad, por eso los criterios de la SCJN en materia de derechos humanos y de protección a la familia tienden a contener en sumo grado jurisprudencia interamericana.

### 1.1.4.4. Derecho Constitucional de la Familia.

### 1.1.4.4.1 La situación jurídica de la familia y de las relaciones parentales en México a la luz de la constitución y la jurisprudencia.

En el Estado Mexicano la familia es objeto de la protección garantista de nuestra Constitución, en virtud de ello, todas las leyes civiles que versan sobre la materia disponen que las normas de derecho de familia son de interés social

y de orden público. Es por esto por lo que el nuevo Derecho Familiar dimana fundamentalmente del artículo cuarto constitucional, el cual, conforme al principio de no discriminación recogido en su artículo primero –específicamente por razones de género, preferencia sexual o del estado civil–, norma medidas que salvaguardan la organización y el desarrollo de la familia.

Lo dispuesto por la Constitución no siempre es interpretado con base en la realidad social, por eso en muchas ocasiones el menoscabo de los derechos humanos es una constante en el actuar de las autoridades civiles.

A raíz de esto, la SCJN al interpretar el sentido del artículo cuarto constitucional ha definido el concepto jurídico de familia en México mediante importantes medios de control de la constitucionalidad que analizaré someramente a continuación.

Nota: Se tocarán temas que, si bien no tienen una relación directa con la temática toral de la presente Tesis, ayudan a comprender el concepto ampliado de familia que la Suprema Corte ha otorgado. En cuanto a medios de control de la constitucionalidad, me refiero a instrumentos judiciales diversos que han ampliado el espectro del concepto de familia a formas diversas como las que ya advertía el Dr. Güitrón Fuentevilla, y a las que me permito agregarle cuestiones importantes: el matrimonio sin importar el sexo de los contrayentes, la adopción sin importar la orientación sexual de los adoptantes, la inseminación artificial en cualquiera de sus formas con independencia de la orientación sexual de aquellos quienes tienen voluntad procreacional (dicho término lo analizaré más adelante), el concubinato, etc. Particularmente estos instrumentos judiciales circundan el análisis del artículo cuarto de la Constitución Federal, por lo que me abocaré a lo propio.

**CPEUM. Artículo 4**. La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Aunque el reconocimiento de la igualdad del varón y la mujer, así como de la protección a la organización y el desarrollo de la familia es de observancia constitucional desde el 31 de diciembre de 1974, recientes interpretaciones de la SCJN han esclarecido varias concepciones falsas en torno al precepto. Así, en vista de la infundada Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 que pretendía desestimar la reforma de los artículos 146 y 391 del Código Civil del Distrito Federal donde se reconoce que el matrimonio puede celebrarse entre dos personas sin distinción de su género y que estos, a su vez, tienen la potestad de adoptar a un menor, se destaca que el concepto de familia obedece a la realidad social:

**Acción de Inconstitucionalidad 2/2010. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXII, Diciembre de 2010, página 991:**

234. ... lo que se consagra constitucionalmente es la protección de la familia -su organización y desarrollo-, dejando al legislador ordinario garantizarlo de manera tal que, precisamente, conlleve su promoción y protección por el Estado, sin que tal protección constitucional, empero, se refiera o limite a un tipo de familia, como sería la nuclear (padre, madre e hijos) y que, de ahí, se pueda desprender que la familia se constituya exclusivamente a través del matrimonio entre un hombre y una mujer y, mucho menos, que sea éste un requisito para que "proceda" la protección constitucional a la familia…

235. Por consiguiente, si partimos de que la Constitución no protege exclusivamente a la familia que surge o se constituye mediante aquella institución, debido a que la protección es a la familia, entonces, dentro de un Estado democrático de derecho, en el que el respeto a la pluralidad es parte de su esencia, lo que debe entenderse protegido constitucionalmente es la familia como realidad social y, por ende, tal protección debe cubrir todas sus formas y manifestaciones en cuanto realidad existente, alcanzando a dar cobertura a aquellas familias que se constituyan con el matrimonio; con uniones de hecho; con un padre o una madre e hijos (familia monoparental), o bien, por cualquier otra forma que denote un vínculo similar.

Para un mayor entendimiento de lo establecido en el párrafo primero del cuarto precepto constitucional, es recomendable analizar las resoluciones de la Corte a partir de la AI 2/2010[16], por ejemplo, es importante la sentencia de Amparo en Revisión 581/2012 en la que se amparó a dos quejosas de sexo

[16] Junto con el AR 581/2012, los AR 457/2012, AR 567/2012, AR 152/2013 y AR 263/2014 provocaron las Jurisprudencias por Reiteración 1a. /J. 86/2015 (10a.), 1a. /J. 85/2015 (10a.) y 1a. /J. 84/2015 (10a.). Asimismo, pueden consultarse los AR 122/2014, AR 591/2014 y AR 704/2014 y las 1a. /J. 46/2015 (10a.) y 1a. /J. 43/2015 (10a.).

biológico femenino en contra del Primer Oficial del Registro Civil del Estado de Oaxaca y del artículo 142 del Código Civil para el Estado de Oaxaca.

Esto, porque en el Registro Civil de la Entidad se les impidió contraer matrimonio fundándose en el citado artículo que establecía que el matrimonio es la unión entre "un solo hombre y una sola mujer, que se unen para perpetuar la especie" por lo tanto, la corte declaró la inconstitucionalidad de la porción normativa que hacía referencia a que la finalidad del matrimonio es “perpetuar la especie” y se ordenó la interpretación conforme de la expresión “un solo hombre y una sola mujer”.

La resolución de este caso fue tomado en cuenta en numerosas jurisprudencias por reiteración.

Siguiendo con la lectura y análisis del artículo cuarto constitucional y, en la inteligencia de que la familia puede organizarse y desarrollarse libremente, el segundo párrafo sienta las bases de la planificación familiar y de los métodos de reproducción o de acceso a la maternidad o paternidad:

**CPEUM. Artículo 4.**

…

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

En este párrafo, la Constitución “señala que es derecho de cada persona el elegir de forma libre —sin ningún tipo de presión, imposición, limitación o restricción por parte de uno de los cónyuges, parientes, médicos o de la ley—, responsable e informada (trátese de instituciones públicas como el sector salud, IMSS, ISSSTE o de instituciones privadas) el número y espaciamiento (planeación familiar) de sus hijos o sobre los métodos de reproducción asistida y el acceso a los mismos.” [17]

[17] PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat, *Derechos de las familias*, [en línea],

En este sentido, la AI 2/2010 fue un parteaguas en la protección constitucional de la familia, pues además de esclarecer jurídicamente la pregunta de ¿qué es la familia? marca la pauta de cómo se puede desarrollar la misma:

**Acción de Inconstitucionalidad 2/2010. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXII, Diciembre de 2010, página 991:**

236. Respecto del tercer aspecto, se advierte que estamos ante un derecho fundamental, de los denominados de libertad, como es el decidir libremente sobre el número y espaciamiento de los hijos que se deseen tener, lo cual implica también la decisión de no tenerlos; a la par, el artículo 4o. constitucional establece la obligación del Estado de proporcionar información acerca de métodos de anticoncepción, educación sexual, etcétera, a fin de que dicha decisión sea tomada en forma responsable e informada. Sobre este derecho a decidir libremente sobre el número y espaciamiento de los hijos, la Corte, al resolver la diversa acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada, sostuvo que el derecho a ser padre o madre no es conceptualmente referible a un derecho de exclusivo ejercicio colectivo, dado que, por ejemplo, una vía para ejercer este derecho es la adopción que, en el caso del propio Código Civil para el Distrito Federal, se permite tanto por un matrimonio como por una sola persona (hombre o mujer solteros).

243. Efectivamente, en cuanto a la dinámica de las relaciones sociales, sobre todo en las últimas décadas (a partir de los setentas), se advierten transformaciones sociales relevantes en cuanto a las relaciones entre dos personas y la familia. Así, existen muchas personas que deciden vivir una vida en común e, incluso, tener hijos, sin que deseen contraer matrimonio (uniones libres o de hecho), evolución que dio origen, por ejemplo, a las figuras ya mencionadas, del concubinato o las sociedades de convivencia. También existen matrimonios heterosexuales que no desean tener hijos; otros que, por razones biológicas, no pueden tenerlos y que, en algunos casos, recurren a los avances médicos para lograrlo, mediante la utilización, por ejemplo, de donaciones de esperma y/o (sic) de óvulos, aunque no en todos los casos la ciencia ofrezca soluciones adecuadas; unos más que, aun cuando no tienen impedimento para procrear, optan por la adopción; otros tantos que se celebran entre personas que ya no están en edad fértil o entre personas que ya tenían descendencia y no desean tener una en común, etcétera.

…

274. La decisión de procrear no depende de la figura del matrimonio, en tanto cada persona determinará cómo desea hacerlo, como parte de su libre desarrollo de la personalidad, sea bajo la figura del matrimonio, heterosexual o no, o de otro tipo de uniones, como personas solteras, cualquiera que sea su preferencia sexual.

En la AI 2/2010, la Corte alude a la posibilidad de recurrir a prácticas no nuevas en México, como la adopción y las técnicas de reproducción asistida (desde 1985), sin embargo, marcó el canon que abriría la puerta a la posibilidad

---

<https://inehrm.gob.mx/work/models/Constitucion1917/Resource/1293/Familias_pdf_electronico.pdf>, p.7, 2015, [Fecha de consulta: el 20 de abril de 2020].

de que parejas homosexuales formaran, a partir de estas, una familia homoparental:

**Tesis: 1a./J. 8/2017 (10a.) de rúbrica DERECHO A LA VIDA FAMILIAR DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO.**

A partir de las consideraciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la similitud entre las parejas homosexuales y heterosexuales en cuanto a su capacidad de desarrollar una vida familiar, la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación entiende que la vida familiar entre personas del mismo sexo no se limita únicamente a la vida en pareja, sino que puede extenderse a la procreación y a la crianza de niños y niñas según la decisión de los padres. Así, existen parejas del mismo sexo que hacen vida familiar con niños y niñas procreados o adoptados por alguno de ellos, o parejas que utilizan los medios derivados de los avances científicos para procrear.

**Tesis: P./J. 13/2011 de rúbrica INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO TRATÁNDOSE DE LA ADOPCIÓN POR MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO.**

… si bien es cierto que tratándose de la institución civil de la adopción, los derechos de los menores sujetos a adopción se encuentran en posición prevalente frente al interés del adoptante o adoptantes, también lo es que ello no se traduce en que la orientación sexual de una persona o de una pareja lo degrade a considerarlo, por ese solo hecho, como nocivo para el desarrollo de un menor y, por ello, no permitirle adoptar. Cualquier argumento en esa dirección implicaría utilizar un razonamiento vedado por el artículo 1o. constitucional que, específicamente, prohíbe la discriminación de las personas por razón de sus preferencias, lo que además sería contrario a la interpretación que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha desarrollado respecto del tipo de familia protegido por el artículo 4o. constitucional y los derechos de los menores. Así pues, en el caso de la adopción, lo que exige el principio del interés superior del menor es que la legislación aplicable permita delimitar el universo de posibles adoptantes, sobre la base de que ofrezcan las condiciones necesarias para el cuidado y desarrollo del menor establecidas en la ley, para que la autoridad aplicadora evalúe y decida respecto de la que represente su mejor opción de vida, pues sostener que las familias homoparentales no satisfacen este esquema implicaría utilizar un razonamiento constitucionalmente contrario a los intereses de los menores que, en razón del derecho a una familia, deben protegerse.

Por lo que respecta a la filiación mediante técnicas de reproducción asistida, la primera sala de la SCJN ha determinado que cuando una pareja decide libremente someterse a técnicas de reproducción asistida existe una ‘voluntad procreacional’, la cual, supera la idea de que la filiación sólo puede darse a través de un vínculo biológico o jurídico (ADR 2766/2015). Esto protege al menor de la vulneración a su derecho a la identidad conferido en el párrafo octavo del artículo cuarto constitucional bajo el argumento de la protección al *favor filii* (interés superior del menor) tutelado en el párrafo noveno:

**CPEUM. Artículo 4.**

…

Toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento. El Estado garantizará el cumplimiento de estos derechos. La autoridad competente expedirá gratuitamente la primera copia certificada del acta de registro de nacimiento.

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

A lo cual, la Corte interpreta que:

**Tesis: 1a. CXVI/2011 de rúbrica DERECHO A LA IDENTIDAD DE LOS NIÑOS.**

… el derecho a la identidad está compuesto por el derecho a tener un nombre, una nacionalidad y una filiación. En efecto, si bien la identidad se construye a través de múltiples factores psicológicos y sociales, en términos de derechos, la imagen propia de la persona está determinada en buena medida, por el conocimiento de sus orígenes y su filiación, así como por la identificación que tiene en la sociedad a través de un nombre y una nacionalidad. De la determinación de dicha filiación, se desprenden a su vez, diversos derechos del menor, como son los derechos alimentarios y sucesorios.

Como ya se mencionó antes, el niño es la base fundamental de la organización y el desarrollo de una familia con hijos y su derecho a la identidad lo ampara *erga omnes*, es decir, este derecho atiende al interés superior del menor frente al de cualquier tercero, incluidos sus padres y el Estado.

Cuando el Estado vulnera el derecho a la identidad de un menor, la Corte es contundente al ampararlo frente a cualquier acto de autoridad que trabe o niegue su registro. Es el caso de dos asuntos muy interesantes que redefinen el concepto de filiación en donde se arguye que la ‘voluntad procreacional’ es indistinta al género de la pareja.

El primero de ellos es el Amparo en Revisión 582/2017, en donde la Corte amparó a una pareja de mujeres que pretendían que el menor dado a luz por una de ellas fuese reconocido como hijo de ambas. La protección constitucional se dio bajo el argumento de que, en atención al interés superior del menor, el vínculo filial no debe obedecer en todos los casos a una realidad biológica.

El segundo asunto es más claro al respecto. La corte atrajo el Amparo en Revisión 553/2018 en el que se amparó un menor nacido mediante un procedimiento de maternidad subrogada a través de la inseminación artificial *in vitro* llevada a cabo con el óvulo de una donante anónima y el esperma de uno de los padres. Este caso se inició mediante un amparo indirecto en contra del registro público yucateco que negó su registro argumentando la carencia de un vínculo biológico con alguno de sus dos padres varones. Después, un Juez Federal consideró erróneamente que no existían pruebas para declarar que el nacimiento se dio mediante una técnica de maternidad subrogada, por lo tanto, ordenó inscribir al menor sin los apellidos de sus padres. El matrimonio, en desacuerdo con esta determinación, recurrió a la revisión del amparo, misma que fue atraída por la primera sala de la SCJN, la cual dijo que el derecho de acudir a técnicas de reproducción asistida es accesible también a quienes tienen imposibilidad biológica de procrear ante la falta de un elemento masculino y uno femenino en el caso de parejas del mismo sexo.

La corte resolvió que, no obstante que la voluntad procreacional de un matrimonio constituye la filiación con sus hijos, dadas las pruebas aportadas por los recurrentes, sí existe un vínculo biológico entre el menor y uno de sus padres, por lo que se ordenó el registro inmediato del menor como hijo de aquel matrimonio.

Las determinaciones de la Corte aquí mencionadas complementan y amplían el concepto jurídico de lo que es una familia en México, también

interpretan el concepto de filiación y parentesco más allá de lo dispuesto por la legislación civil federal y las de los estados. Esto es importante para mi investigación, pues otorga el más amplio concepto posible de lo que es una familia en el Estado Mexicano y de cómo es que esta puede componerse, particularmente en lo que refiere a los lazos familiares desde un punto de vista jurídico (constitucional).

Así pues, puesto a que la filiación da origen al parentesco, el CCF sólo reconoce las relaciones paterno-filiales: 1) por consanguinidad, es decir, entre personas que descienden de un mismo progenitor, al adoptado se le tiene por hijo consanguíneo, o; 2) por afinidad, esto es, el que se adquiere mediante el matrimonio, entre un consorte y los parientes del otro (en este caso, los hijos menores). A pesar de ello, como se mencionó antes, la corte ha determinado que la voluntad procreacional determina también la filiación de un menor aún cuando no existan lazos biológicos.

En la doctrina, el análisis del artículo cuarto constitucional elaborado por la Doctora María de Montserrat Pérez Contreras, de la UNAM, citada anteriormente, es muy atinado y centrado. Ella menciona, en cuanto a los últimos párrafos del numeral, que “la importancia de la protección que el Estado da a los hijos como miembros de la familia, al señalar que en todas las decisiones y actuaciones en las que se encuentren involucrados los niños, niñas y adolescentes deberá siempre considerarse el interés superior de la infancia y garantizarse el goce y ejercicio de sus derechos, como la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento, lo que en términos de la legislación secundaria, es decir, del derecho de familia, correspondería a las obligaciones alimentarias. Finalmente, se señala como obligación y derecho de los padres o de quienes ejerzan la custodia o tutela de un niño, niña o adolescente, la de proveer y proteger a éstos en todo lo necesario para la satisfacción de sus necesidades y la procuración y protección

de su integridad física, emocional y social"[18], cabe señalar también el derecho que tienen las familias mexicanas a una vivienda digna.

En resumen, la familia no puede ser limitada por el Estado –ni por nadie– a un sólo tipo de estructura, pues su protección convencional y constitucional cubre todas sus formas y manifestaciones, su base no es el matrimonio ni su finalidad la procreación. Esto le da validez jurídica plena al estudio realizado por el IIS mencionado en la página ocho. La organización y desarrollo de la familia es un derecho fundamental de los denominados de libertad, por lo tanto, mientras no se transgreda el derecho de un tercero, la decisión de unirse con otra persona, así como la de tener hijos y las formas biológicas, científicas, jurídicas o sociales de acceder a la paternidad o maternidad y el número y espaciamiento de los hijos, es potestad personal de acuerdo al libre desarrollo de la personalidad, esto sin distinción de la orientación sexual de la persona y, en su caso, siempre primando el interés superior del menor.

Por otro lado, el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y a su autonomía en cuanto a formas de organizarse –con apego a los ddhh–, consagrado en el artículo 2do constitucional, establece también una tutela de organización familiar pluricultural.

Reitero que esto, aunque parezca ser una digresión, está estrechamente relacionado con el tema de mi investigación; consideré muy pertinente fundamentar las formas de organización familiar reconocidas por el Estado mediante el Poder Judicial. Lo anterior puede sustentarse, por ejemplo, al momento de denunciar un intestado o en la preterición de herederos, pues serán derechohabientes de la sucesión todos aquellos reconocidos como descendientes, independientemente de la situación procreacional. Asimismo, al escribir el presente apartado, consideré la cobertura de formas de organización

[18] PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat, *Op. Cit.*, ver nota 17, p. 7.

familiar minoritarias, lo que dará pie al posterior estudio del desarrollo individual de las personas en relación con sus familias para analizar conflictos y conductas de conflictividad en el seno familiar.

### 1.1.4.5. La situación jurídica de la familia y de las relaciones parentales en la legislación civil.

Desde mi perspectiva, con previo conocimiento de la naturaleza evolutiva de las familias, de su naturaleza jurídica de rama autónoma del derecho, de interés social y concerniente al orden público, así como de su fundamentación garantista tanto convencional como constitucional, una de las maneras más puntuales para abordar el tema de las relaciones parentales en la familia es estudiarla como institución civilmente codificada refiriendo a las relaciones jurídicas entre sus partes o sujetos.

Pérez Contreras refiere que "las partes son todas aquellas personas que de alguna manera tienen responsabilidad, de conformidad con la ley, para con otras personas y que se encuentran ligadas entre sí" [19], ya sea por la filiación en cualquiera de sus figuras, por el parentesco o por la ley.

"Resulta importante señalar que existen otros sujetos del Derecho Familiar que son nombrados en circunstancias especiales, éstos son los tutores, quienes actúan en nombre y representación de los incapaces, esto es, de los menores de edad que no se encuentran sujetos a la patria potestad de sus padres o de algún pariente de acuerdo con la ley, o de adultos que sufren de alguna discapacidad de orden intelectual o mental. Las personas que son sujetos de derechos y obligaciones dentro de la familia conforme al Código Civil son los cónyuges (esposos) o la pareja de hecho (concubinos), los parientes (trátese de aquéllos por consanguinidad, afinidad o adopción), como son padres, hermanos, abuelos, tíos, primos, etcétera; las personas que ejercen

[19] *Ibídem*, p. 9.

tanto la patria potestad como la tutela y los menores sujetos a ellas. También lo serán los convivientes y sus descendientes, en caso de que existan, en los términos de las legislaciones de sociedad en convivencia que establezcan la aplicación de las disposiciones del derecho de familia por lo que hace al concubinato."[20], se debe de tener en cuenta que el parentesco por adopción ahora figura como parentesco por consanguinidad.

De las leyes civiles también se desprenden las formas de disolver el concubinato, la figura del divorcio, sus medidas procesales, cuestiones objetivas de la filiación y el parentesco, de los alimentos, el derecho a la patria potestad, la guarda y custodia, el derecho de visita, la tutela, la curatela, el patrimonio familiar (*v. capítulo segundo)*, etc.

### 1.1.5. Derechos y obligaciones en las familias, formas que establece la ley para reforzar la cohesión familiar.

En el entendido de que la familia es el elemento más importante del Estado, y de que por esta razón le atañe al orden público su conservación bajo el argumento de que la cohesión familiar es clave para evitar la disociación social, transitaré con estas afirmaciones para concatenar el contenido del siguiente apartado del presente capítulo:

Una familia unida, comunicativa y amorosa es una familia cuyos valores tienden a aportar positivamente a la sociedad en la que se desenvuelve. Una familia ambivalente, poco comunicativa, conflictiva o violenta en sus relaciones tiende a formar personas con una conducta ambivalente o aversiva ante la sociedad, lo cual, de desarrollarse, puede conducir a la criminalidad.

[20] *Ibídem*, p. 10.

El compendio normativo familiar del Estado, para propugnar que las familias tengan el mínimo requerido para su buen desenvolvimiento social, desarrolla las leyes y jurisprudencias familiares en torno a los derechos y obligaciones de los miembros de un grupo familiar, siendo sus derechos humanos individuales los preponderantes de acuerdo a la dignidad de la persona.

En cuanto a una cuestión más genérica, en una familia con hijos se requieren valores de cooperación, ayuda mutua, respeto, comunicación, comprensión, etc. para apelar al buen desarrollo de los infantes en un entorno adecuado en donde puedan formar su identidad y desenvolver positivamente sus habilidades de sociabilización con los hermanos.

Pérez Contreras, del estudio de la legislación civil y constitucional de la familia resume los derechos y obligaciones de los padres e hijos, en particular, de la siguiente manera:

“Derechos de los padres. Tener y conservar la custodia de sus hijos; tener y conservar la convivencia con éstos; representarlos; administrar sus bienes; escoger de común acuerdo su educación; ser respetados y honrados por ellos; corregirlos y recibir alimentos, así como socorrerlos si fuera necesario.

Obligaciones de los padres. Registrar a los hijos dándoles nombre y apellido(s); proporcionarles educación enviándolos a instituciones de educación básica, media, técnica o especial, sean públicas o privadas; así como, en el caso de los varones, proporcionarles la instrucción militar que establece la Constitución (de lo que difiero atendiendo a la necesidad de lograr un verdadero orden democrático y de igualdad ante la ley); proporcionarles los alimentos, con todo lo que éstos incluyen, así como la satisfacción de todas sus necesidades, salud física y mental, de acuerdo con el artículo 4o. constitucional; guardar conducta y costumbres que representen un buen ejemplo para aquéllos, y,

finalmente, respetar los derechos que se otorguen o las restricciones que se hagan en las resoluciones judiciales respecto de la custodia, patria potestad y seguridad en casos de violencia intrafamiliar.

Derechos de los hijos. Recibir amor y comprensión por parte de sus padres; a vivir con ellos; a convivir con los mismos en caso de divorcio; a recibir alimentos, vestido, casa y educación; a que los registren proporcionándoles nombre y apellido(s); a ser respetados y hacerlos respetar física, psicológica y sexualmente en su hogar, y por cualquier otra persona; a no ser víctimas de violencia intrafamiliar; a recibir apoyo y un buen ejemplo de sus padres.

Obligaciones de los hijos. Honrar y respetar a sus padres; tener un buen comportamiento; cumplir con el deber que tienen de estudiar y hacerse de un oficio o profesión; ayudar y socorrer a los padres cuando éstos lo requieran; colaborar, cuando les sea posible, en las tareas del hogar; proporcionarles alimentos, con todo lo que éstos implican, si es necesario y están en posibilidad de hacerlo hacia los padres; no cometer actos de violencia intrafamiliar, y permanecer en la casa de quienes ejercen la patria potestad hasta la mayoría de edad o cuando se haya emancipado por matrimonio.” [21]

Si se observan cabalmente las reglas de cohesión familiar impuestas por el Estado, la posibilidad de que esta se merme es reducida; asimismo, disminuye la probabilidad de que prolifere la conflictividad familiar y se aminora la tendencia a que se generen conflictos dentro del grupo.

[21] *Ibídem*, pp. 72-73.

## 1.2. El conflicto en materia familiar.

No obstante que se sigan las reglas de convivencia, la familia es un entorno en donde la tensión se ha de presentar en múltiples ocasiones generando conflictos entre sus miembros. Por ejemplo, el desacuerdo entre hermanos en situaciones superficiales y los caprichos son conflictos familiares, también lo son las pugnas intrafamiliares de poder que van creciendo con los años, al grado de oponer intereses materiales que pueden romper la relación y enemistar a una familia por generaciones.

Para comprender por qué una familia (o alguno de sus miembros) está conflictuada se necesita conocer, en principio, el objeto del conflicto y el objeto en conflicto, ¿cuáles son los intereses legítimos de las partes? ¿Cuál es su objetivo? ¿Cuáles son sus límites?, sabiendo esto, además, se puede atacar a la otra parte, pero así no se resolverá el objeto del conflicto.

Para resolverlo, es importante analizar los canales de comunicación entre las partes, saber el nivel de disociación entre ellas, saber cómo disminuyó la cohesión, qué factores influyeron en su niñez y adolescencia, cómo fueron educados ¿ambivalentemente? ¿Con agresiones? ¿Con violencia?, en qué entorno desarrollaron su identidad y cómo la escalada del conflicto afecta en ambos lados. Sólo así se puede llegar a una conclusión en la que todos ganen y en donde el objeto en conflicto se administre con justicia.

### 1.2.1. El conflicto es inherente al ser humano.

En las primeras páginas de esta Tesis, hice alusión al proceso de socialización del ser humano, y es que el individuo de nuestra especie, tenedor de conciencia, al relacionarse con sus comunes, desarrolla una identidad que lo dota de rasgos propios, así como de una personalidad que le confiere

características y cualidades originales que lo diferencian y lo distinguen de los demás.

Durante el desarrollo de la identidad de una persona, se estimula su capacidad de formular argumentos, creencias, criterios, disquisiciones, ideales, ideas, juicios, opiniones, pensamientos, razonamientos, suposiciones propias, etc. consecuentemente, incrementa paulatinamente su aptitud de avenir o aversar con el pensamiento de otros generando un conflicto, por este motivo, el conflicto es inherente a la personalidad, y por lo tanto, al ser humano y al resto de los animales.

Me refiero a que es inherente —e intrínseco— al resto de los animales, porque tanto en el devenir de su vida, como en el de la nuestra, se presentan —más allá de lo intelectual— escenarios de tensión con otros seres. De acuerdo con el conflictólogo Eduard Vinyamata, "los conflictos están presentes en todas las manifestaciones de la vida… (es) un fenómeno que podríamos decir se manifiesta en el primer y último acto de la vida, en el momento del nacimiento y en el de la muerte."[22]

### 1.2.2. Orígenes y fenomenología del conflicto.

Un Fenómeno es "toda manifestación que se hace presente a la conciencia de un sujeto y aparece como objeto de su percepción."[23]

La fenomenología es una rama del conocimiento filosófico muy amplia; es "la teoría de los fenómenos"[24]. El Psicólogo Eduardo Cosacov la sintetiza como "una orientación eminentemente descriptiva… (que) pretende reflejar los fenómenos tal cual aparecen a nuestra conciencia de un modo lo mas (sic) puro y fidedigno posible, sin añadidos y sin interpretar por qué ocurren de esa

[22] VINYAMATA CAMP, Eduard, *Conflictología*, p. 24.
[23] *Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española*, **voz: Fenómeno**, [en línea], <https://dle.rae.es/fen%C3%B3meno> [Fecha de consulta 6 de mayo de 2020].
[24] *Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española*, **voz: Fenomenología**, [en línea], <https://dle.rae.es/fenomenolog%C3%ADa?m=form> [Fecha de consulta 6 de mayo de 2020].

manera y no de otra" [25], es decir, estudia los fenómenos tal y como los perciben los individuos. Por ende, la fenomenología del conflicto es la explicación del conflicto tal y como es percibido por las personas.

Los conflictos se advierten internos (con uno mismo) o externos (con otra persona, dentro de un grupo, o de un grupo frente a otro); los internos se denotan, *verbi gratia*, en la toma decisiones ante un dilema, y; los externos, se presentan, por ejemplo, ante una disyuntiva o una situación que hay que resolver, dirimir, suprimir o aniquilar. Dicha disyuntiva o situación se puede sortear también mediante la competencia entre partes individuales o entre grupos.

"El conflicto puede ocurrir tanto en contextos cooperativos como competitivos, así como en contextos de 'motivos mixtos' que están marcados por una combinación de características competitivas y cooperativas.

Cuando los intereses de las partes son generalmente compatibles o están positivamente correlacionados, entonces resolver el conflicto requiere coordinación. La coordinación implica trabajar juntos para encontrar una solución a un problema común." [26]

Los conflictos pueden ser constructivos o destructivos, Vinyamata estima que "los conflictos pueden poseer, como mínimo, dos significaciones simultáneas. Cuando los conflictos significan y representan crecimiento, oportunidad, posibilidad de innovación, cambio, regeneración, estímulo, mejora, descubrimiento y serenidad… Pero el conflicto también puede significar

[25] COSACOV, Eduardo, Diccionario de términos técnicos de la Psicología, **voz: Fenomenología,** p. 142.

[26] COHEN R., Tayra, *Conflict Resolution*, en: The Corsini Encyclopedia of Psychology, [en línea], <https://doi.org/10.1002/9780470479216.corpsy0219>, p.1, 2010, [Fecha de consulta: 6 de mayo de 2020]. En inglés, traducción propia.

destrucción, dominación, alineación, frustración, guerra, desgracia, dolor, sufrimiento, angustia, ofuscación, bloqueo, violencia."[27]

Así pues, *lato sensu*, los conflictos tanto internos y externos, como constructivos y destructivos, surgen de un reto o problema, del malentendido o del antagonismo, de la competencia, de la inconsecuencia, de la oposición, etc.

Los conflictos surgen fácilmente, nacen de la violencia y la agresión, y éstas de la necesidad, del miedo, del ego, de la frustración, de las emociones en general, del entorno, del poder, de la falta de identidad de uno mismo, de los intereses, etc.

Los conflictos se desarrollan y fenecen de manera instintiva, influenciada, consensuada o racional.

En resumen, los conflictos nacen, se desarrollan y fenecen de la tensión.

Entonces, para comprender la fenomenología del origen y desarrollo de un conflicto externo, se debe tomar en cuenta de que el mismo gira alrededor de intereses confrontados, y formalmente, de una confrontación contra algo o alguien.

### 1.2.3. Elementos básicos de la confrontación.

Confrontar es encarar, oponer. Para ordenar los elementos básicos que aparecen en la confrontación, Joseph Redorta, conflictólogo, cita al abogado Roger Fisher, de cuya aportación hablaré más adelante, quien "afirma que los siete elementos de una situación de conflicto son los intereses, las opciones para satisfacerlos, la legitimidad, la relación entre las partes, la comunicación, los compromisos potenciales y las alternativas a la solución negociada"[28].

[27] VINYAMATA CAMP, Eduard, *Op. Cit.*, ver nota 22, p. 25.
[28] REDORTA, Josep, *Cómo analizar los conflictos*, p. 20.

Redorta concluyó que los elementos básicos de una confrontación son los siguientes:

Gráfico 5. Elementos básicos que aparecen en la confrontación.

| ELEMENTOS BÁSICOS QUE APARECEN EN LA CONFRONTACIÓN | | | | |
|---|---|---|---|---|
| Poder | Necesidades | Valores | Intereses | Percepción y comunicación |
| Capacidad de coacción | Búsqueda de satisfactores | Creencias centrales | Objetivos deseados | Interpretación y expresión |

Fuente: REDORTA, Josep, *Cómo analizar los conflictos*, p. 20.

Con base en la idea anterior, resulta oportuna la observación del Profesor Luis Fernando Anita, de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, quien en su tesis de maestría advierte que la individualidad e independencia de un ser humano no son ajenas a los demás miembros de una colectividad, pues sus diversas manifestaciones pueden tener fuertes implicaciones en la generación de un conflicto:

La simple existencia de un individuo en colectivo, "puede dar cabida a la coexistencia pacífica o a la más atroz disociación social."[29]

Los conflictos externos son el resultado natural de la coexistencia gregaria, del vaivén de las relaciones humanas, de la pluralidad. Pero ¿Cuál es el origen de este resultado? ¿Por qué se rompe la cohesión? ¿Es un factor social? ¿Psicológico? ¿Patológico?

¿Qué es el conflicto? ¿Cómo se origina el conflicto? ¿Cómo se genera?

[29] ANITA HERNÁNDEZ, Luis Fernando, *La Audiencia Preliminar: Factor de previsibilidad en la organización y depuración del procedimiento en el Arbitraje Comercial Internacional en Sede Mexicana*, [en línea], <http://bibliotecavirtual.dgb.umich.mx:8083/xmlui/bitstream/handle/DGB_UMICH/530/FDCS-M-2013-0415.pdf?sequence=1>, [Fecha de consulta 1 de mayo de 2020].

### 1.2.4. Definición y concepto de conflicto.

Un conflicto es una lucha o pelea, es confrontarse, es un "apuro, (una) situación desgraciada y de difícil salida."[30]

El conflicto se entiende como un fenómeno de interés general, que se estudia interdisciplinariamente, desde su comprensión hasta las maneras en las que se puede dirimir o solucionar.

Vinyamata conceptualiza al conflicto de la siguiente manera: "Lucha, desacuerdo, incompatibilidad aparente, confrontación de intereses, percepciones o actitudes hostiles entre dos o más partes.

El conflicto es connatural con la vida misma, está en relación con el esfuerzo por vivir. Los conflictos se relacionan con la satisfacción de las necesidades, se encuentra en relación con procesos de estrés y sensaciones de temor y con el desarrollo de la acción que puede llevar o no hacia comportamientos agresivos y violentos."[31]

Personalmente, entiendo al conflicto como una disyuntiva interna o de confrontación entre terceros ante una situación de tensión en la que se contraponen intereses y necesidades opuestas. El conflicto se manifiesta en procesos disociativos como la rivalidad, la oposición o la hostilidad, cuando se es hostil en un conflicto, se denotan conductas agresivas y violentas.

El conflicto puede ser cíclico si no se encuentra una solución correcta. Puede llegar a tener consecuencias desastrosas con el paso del tiempo.

Generalmente no se llega a una solución adecuada.

---

[30] *Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española*, **voz: Conflicto**, [en línea], <https://dle.rae.es/propugnar?formList=form&w=conflicto#> [Fecha de consulta 20 de mayo de 2020].

[31] VINYAMATA CAMP, Eduard, *Op. Cit.*, ver nota 22, p. 235.

### 1.2.5. Orígenes, elementos y sub-elementos del conflicto.

Mi propuesta de fenomenología del origen del conflicto muestra que escenarios de percepción de las emociones ante las necesidades, el poder o el entorno son los que generan tensiones, confrontaciones, agresiones y violencia, y que estos, en conjunto, generan y desarrollan un conflicto.

A mi parecer, es importante observar más a fondo la violencia y la agresividad como elementos preponderantes del conflicto.

Para comprender por qué surgen los conflictos en una familia y por qué esta es conflictiva o por qué un individuo es conflictivo, es de suma importancia estudiar el conflicto desde el punto de vista clínico (que no tocaré), psicológico, antropológico y sociológico, además de su naturaleza jurídica. De hecho, en conflictología, "ciencia disciplinaria y transversal del conflicto" [32], se afirma que el estudiar interdisciplinariamente al conflicto es capital para comprender por qué alguien es conflictivo, por qué existe una situación conflictiva, cómo se origina y se desarrolla un conflicto en lo particular y cómo se puede solucionar o dirimir.

La violencia y la agresividad son una dicotomía del conflicto, son su origen y su elemento preeminente.

"Cuando las circunstancias sociales nos obligan a desarrollar capacidades de autodefensa" [33] se aprende a ser violento y agresivo.

La violencia y la agresividad son generadas por las necesidades propias del ser humano, del miedo a no poder satisfacerlas y por la frustración de no haberlas satisfecho.

---

[32] *Ibídem*, p. 213.
[33] *Ibídem*, p. 32.

En ocasiones, la violencia y la agresión se generan por quien detenta el poder, ello desencadena que el oprimido actúe en consecuencia. Así, se desencadena un conflicto por atribuirse el poder.

Un entorno familiar que se desenvuelve en un entorno social con poco acceso a la cultura y escasez económica, no necesariamente siempre, comporta violencia y agresividad. Es un entorno conflictivo.

Asimismo, un entorno familiar puede ser conflictivo cuando en él existen disputas de poder, no importando que haya o no acceso a la cultura y no se tenga necesidad económica. En la familia, las disputas de poder son rivalidades que pueden generarse de la envidia, de la desigualdad, de la antipatía, de la limitación de la autonomía, de situaciones injustas, etc.

Quien habita en un entorno conflictivo, puede llegar a ser una persona violenta y agresiva.

En resumen, los dos elementos centrales del conflicto, y de su origen, son la violencia y la agresividad. De esta dicotomía se pueden analizar sub-elementos como la frustración, las emociones (principalmente miedo, angustia, celos e ira), el poder y el entorno socioeconómico.

#### 1.2.5.1. La violencia como origen y elemento del conflicto.

Alguien violento es quien "actúa con ímpetu y fuerza (física o moral) y se deja llevar por la ira." [34]

Algo violento —un medio violento—, "implica una fuerza e intensidad extraordinarias." [35]

[34] *Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española*, **voz: Violento**, [en línea], <https://dle.rae.es/violento?m=form> [Fecha de consulta: 6 de mayo de 2020].
[35] *Ídem.*

Violentar es “aplicar medios violentos a cosas o personas para vencer su resistencia.” [36]

La violencia es “la acción y efecto de violentar o violentarse.” [37]

Violencia, en Derecho Penal, es la “fuerza física que aplica una persona sobre otra y que constituye el medio de comisión propio de algunos delitos” [38]; en los actos jurídicos, es un vicio del consentimiento cuyo elemento material está constituido por “un comportamiento intimidatorio (Carnelutti), que se manifiesta en la coacción física o en la amenaza (coacción moral) ...

En la violencia la voluntad está viciada por el temor, elemento anómalo que distorsiona la formación del consentimiento.” [39]

En conflictología, violencia es “todo aquello que pueda perjudicar de una manera u otra a uno mismo, a otras personas o al entorno social o de la naturaleza. La violencia se ejerce físicamente infligiendo heridas o la misma muerte; también, se infringe limitando la libertad, atentando contra la dignidad, impidiendo el desarrollo integral de las personas o la satisfacción de sus necesidades; así, de esta manera, se ejerce psicológicamente, estructural y económicamente, a través de la acción política y judicial o mediante cualquiera otra forma posible. La violencia es, normalmente, implícita en el desarrollo de los conflictos.” [40]

En psicología “se suele distinguir una violencia física contra el cuerpo de otra con intención destructiva, y una violencia moral que va del control al condicionamiento, de la influencia a la imposición de creencias o valores…

---

[36] *Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española*, **voz: Violentar**, [en línea], <https://dle.rae.es/violentar?m=form> [Fecha de consulta: 6 de mayo de 2020].
[37] *Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española*, **voz: Violencia**, [en línea], <https://dle.rae.es/violencia?m=form> [Fecha de consulta: 6 de mayo de 2020].
[38] *Ídem.*
[39] GARCÍA MENDIETA, Carmen, *Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo IV*, **voz: Violencia**, p. 3893.
[40] VINYAMATA CAMP, Eduard, *Op. Cit.*, ver nota 22, p. 225.

La violencia se considera como una figura de la agresividad, que se registra en reacción a verdaderas o presuntas injusticias sufridas, como intención de realizar la propia personalidad, o como incapacidad de pasar del principio del placer al principio de realidad, con la consiguiente intolerancia a la frustración."[41]

"La violencia es un elemento central en el conflicto y permite distinguir entre los procesos conflictuales positivos y negativos. Sin violencia, aunque puede existir tensión, los conflictos adquieren un carácter positivo. Contrariamente, los conflictos en los que la violencia es presente acabarán siendo negativos para todas las partes implicadas. Aunque los conflictos incorporen niveles de tensión y dificultad más o menos elevada no representan forzosamente que exista violencia. De manera parecida a como podemos distinguir entre fuerza y violencia. Fuerza posee como sinónimos conceptos y realidades como energía, coraje, decisión, determinación, potencia; conceptos que en sí mismo no comportan odio ni el objetivo de perjudicar." [42]

"La mentira, el engaño, la falacia, la tergiversación poseen efectos similares a la violencia física y pueden llegar a destruir físicamente a una persona… rumores malintencionados que acabarán afectando la honorabilidad, la dignidad y la integridad de alguien y todo ello puede derivar con facilidad hacia la pérdida de su credibilidad, de su trabajo o en el divorcio."[43]

El uso de la violencia en un conflicto destruye, ofusca y disocia, puede resolver un problema, pero no el conflicto en sí.

Sobre esto, Vinyamata escribe que "la mayoría de los conflictos se desarrollan a partir de la decisión de que el otro representa un peligro o una

[41] GALIMBERTI, Umberto, *Diccionario de Psicología*, **voz: Violencia**, pp. 1092-1093.
[42] VINYAMATA CAMP, Eduard, *Op. Cit.*, ver nota 22, p. 26.
[43] *Ibídem*, p. 27.

amenaza. A partir de este momento, el esfuerzo y las energías se concentrarán en la solución o eliminación de este problema, lo que acabará representando la elaboración de planes para dominar, controlar, reducir o destruir el objeto de la amenaza. Lo que se acaba de producir es un cambio esencial en la percepción que tenemos del otro; habremos pasado de una percepción más o menos positiva o neutra a otra de carácter negativo, generadora de miedo, lo que inevitablemente llevará a desarrollar algún tipo de coerción o de violencia. Las relaciones propias acabarán estimulando las de nuestro entorno, provocando con ello una reacción en cadena de estímulos mutuos, hasta la consecución de algún resultado. Resultado que no comportará, seguramente, la finalización del conflicto, únicamente su aplazamiento o, simplemente, su incremento."[44]

### 1.2.5.2. La agresividad como origen y elemento del conflicto.

Una persona agresiva es la "que tiende a la violencia."[45]

La agresividad es "la tendencia a actuar o responder violentamente."[46]

A partir de aquí, estudiaré a la conducta conflictiva individual del ser humano desde su naturaleza destructiva (*v. conflictividad*). De esta naturaleza destructiva, me centraré en la agresión como el acto cumbre de una tendencia violenta, así como en la agresividad.

Una agresión puede estar referida, de acuerdo con Cosacov, "tanto a la agresión física (peleas callejeras, guerra, tortura) cuanto a agresión verbal (insultos, burlas), así como a modos mas (sic) sutiles de expresarla como

[44] *Ibídem*, p. 24.
[45] *Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española*, **voz: Agresivo**, [en línea], <https://dle.rae.es/agresivo?m=form> [Fecha de consulta 7 de mayo de 2020].
[46] *Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española*, **voz: Agresividad**, [en línea], <https://dle.rae.es/agresividad?m=form> [Fecha de consulta 7 de mayo de 2020].

agresión encubierta (olvidos, aislamiento social de ciertas personas, etiquetamiento para ciertas conductas, etc)."[47]

En relación con lo anterior, la agresividad se entiende como la "tendencia que puede estar presente en cualquier comportamiento o fantasía orientada hacia la heterodestrucción o la autodestrucción, o también a la autoafirmación. La primera definición predomina en psicoanálisis y en psiquiatría, la segunda... predomina en psicología."[48]

En criminología, la agresividad es la esencia de la destrucción, "ingrediente base de la conducta criminal o antisocial." [49]

En etología, la agresividad se entiende como "forma de defensa y de afirmación del individuo y de la especie… no es una dimensión destructiva, sino una tendencia positiva que empuja a los seres vivientes a la conservación de la vida." [50]

En psiquiatría "se habla de agresividad a propósito de los comportamientos antisociales de los individuos que se expresan a través de una identificación negativa, y como síntoma de muchas afecciones psiquiátricas, en las cuales la agresividad se muestra sin objetivos, acrítica y no coherente con la realidad, induciendo comportamientos físicos y verbales que expresan rabia y hostilidad."[51]

Es de mi interés la agresividad como generadora del conflicto familiar. Las agresiones pueden ser aisladas o crónicas, generalmente son aprendidas dentro del seno familiar y, secundariamente, en el entorno extrafamiliar.

---

[47] COSACOV, Eduardo, *Diccionario de términos técnicos de la Psicología*, **voz: Agresión**, p. 26.
[48] GALIMBERTI, Umberto, *Diccionario de Psicología*, **voz: Agresividad**, p. 33.
[49] CORREA GARCÍA, Sergio y MÉNDEZ SILVA, Ricardo, *Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo I*, **voz: Agresión**, p. 151.
[50] GALIMBERTI, Umberto, *Op. Cit.*, ver nota 41, p. 34.
[51] *Ibidem*, p. 36.

Las teorías psicológicas más resonantes que tocan el tema del origen de la agresión y la agresividad son tres: 1) la Teoría Endógena de Sigmund Freud y Konrand Lorenz, 2) la Teoría Exógena de Albert Bandura, y 3) la Teoría de la Frustración-Agresión de Neal E. Miller.

### 1.2.5.2.1. La agresividad a la luz de la Teoría Endógena.

Lo endógeno es lo que se origina en virtud de causas internas.

Sigmund Freud analiza las conductas detonantes de la agresividad desde el psicoanálisis como autónomas, instintivas e inevitables. Esto quedó como mera hipótesis para varios etólogos como Konrad Lorenz.

Lorenz dictaminó que el comportamiento agresivo es una pulsión innata, pero no autónoma, y se compone por los cambios menores en las condiciones del entorno que rodean al individuo y se incrementa cuando es incapaz de adaptarse rápidamente.

Lo que es importante recalcar de la aportación de Lorenz es su afirmación de que *„… der Aggressionstrieb ein echter, primär arterhaltender Instinkt ist, läßt (sic) uns seine volle Gefährlichkeit erkennen."* [52], es decir, que la pulsión de agresión es un instinto genuino, principalmente de conservación de la especie; y que la espontaneidad de una agresión es lo que la hace tan peligrosa.

### 1.2.5.2.2. La agresividad la luz de la Teoría Exógena.

Lo exógeno es lo que tiene un origen externo.

Dada la evidencia científica de carácter empírico, es innegable el origen biológico y centrífugo de la agresión; es decir, se sabe ahora que las características neurológicas de cada individuo son la fuente de patologías psicopáticas y antisociales que aumentan su agresividad.

[52] LORENZ, Konrad, *Das sogenannte Böse*, pp. 55 - 61.

La Teoría Exógena comparte su raíz con la Endógena, pues secunda que la agresividad es una conducta endógena, pero con factores externos agregados. De hecho, podría afirmarse que la aportación de Lorenz es una dicotomía de ambas teorías.

Formalmente, la Teoría Exógena obedece a lo propuesto por el modelo conductista de Iván Pavlov, al conductismo de Watson y Skinner, y al modelo de Aprendizaje Social de Bandura. En los que se confirma que los estímulos externos logran condicionar el comportamiento del sujeto, incluso el comportamiento agresivo, y pueden fungir de reforzadores que facilitan que la conducta se mantenga y se generalice en distintos escenarios sociales.

**1.2.5.2.2.1. El Modelo Ecológico como instrumento de comprensión de la Teoría Exógena.**

Dado que todas las teorías psicológicas-científicas son mejor comprendidas en conjunto, la explicación de la Teoría Exógena, a mi juicio, puede ser mejor explayada desde el punto de vista del Modelo Ecológico del Desarrollo Humano de Urie Bronfenbrenner.

Este modelo describe el contexto social en el que se desenvuelven las personas desde sus primeros años de vida y cómo este afecta directamente en su comportamiento en los años subsiguientes.

A este "contexto social", Bronfenbrenner le llamó "*ambiente ecológico"*.

Según este autor, el *ambiente ecológico* en el que se desarrolla un individuo es como "un conjunto de estructuras seriadas, (donde) cada una de las cuales cabe dentro de la siguiente, como las muñecas rusas. En el nivel

más interno está el entorno inmediato que contiene a la persona en desarrollo. Puede ser su casa, (o) la clase." [53]

A este nivel "más interno" lo nombró microsistema, y es "donde se llevan a cabo roles, se mantienen relaciones interpersonales y se realizan patrones de actividades...

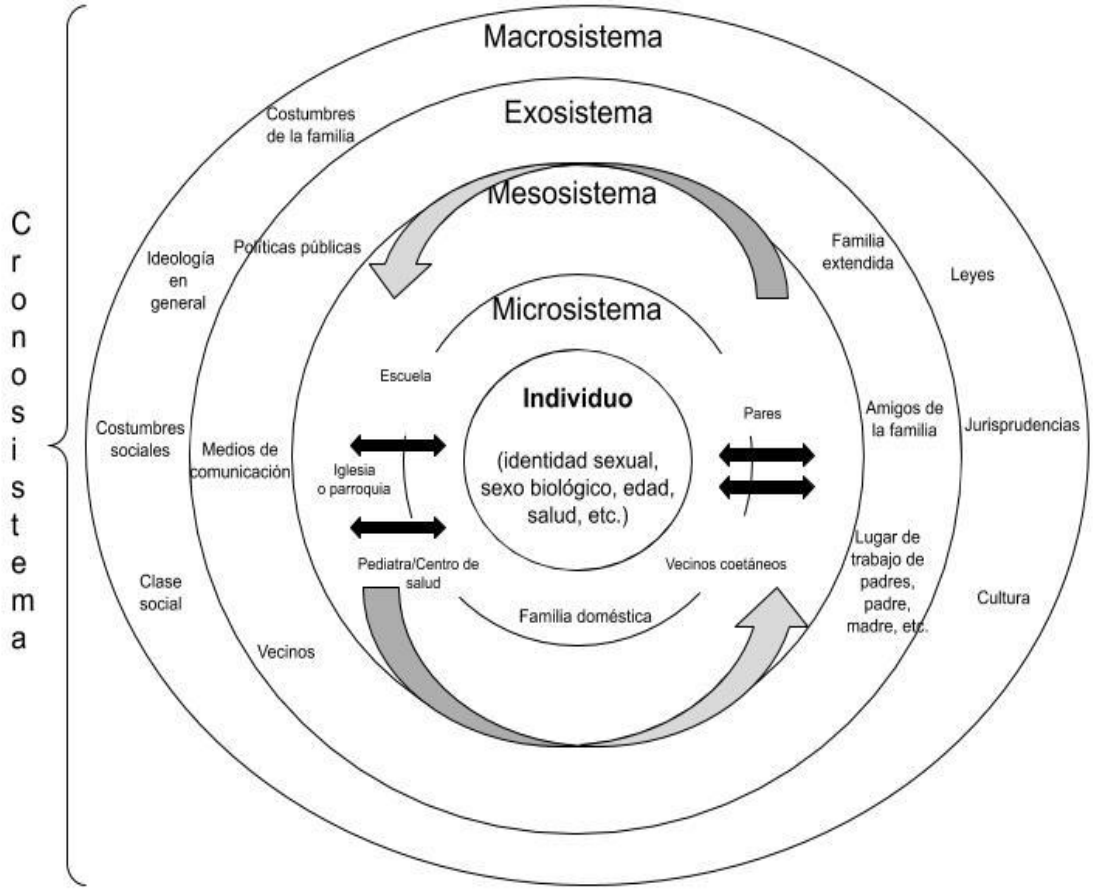
(Otro nivel ecológico destacado por el autor es) el 'mesosistema' o las relaciones entre dos o más microsistemas… Pero el 'ambiente ecológico' no incluye solamente los entornos inmediatos en los que uno o una participa activamente. El lugar de trabajo de los padres, la clase a la que asiste un hermano mayor, el círculo de amigos de su madre (son entornos en los que un infante no se desenvuelve directamente) pero en los que se producen hechos que afectan, o se ven afectados, por lo que ocurre en ese entorno (exosistema)" [54].

Los niveles ecológicos de micro-, meso- y exosistema se rigen por el macrosistema, es decir, "las correspondencias, en forma y contenido, de los sistemas de menor orden (micro-, meso- y exo-) que existen o podrían existir, al nivel de la subcultura o de la cultura en su totalidad, junto con cualquier sistema de creencias o ideología que sustente estas correspondencias" [55]

Bronfenbrenner afirma que los fenómenos psicológicos dentro de un ambiente ecológico se expanden a través del tiempo bajo el constructo de un cronosistema.

[53] BRONFENBRENNER, Urie, *La ecología del desarrollo humano*, p. 261.
[54] Ídem.
[55] *Ibídem*, p. 45

Gráfico 6. Modelo Ecológico del Desarrollo Humano.




Fuente: Autoría propia.
Nota: Adaptación del Modelo original propuesto por Urie Bronfenbrenner.

### 1.2.5.2.2.2. El estudio de la agresividad desde el Modelo Conductista, elemento de la Teoría Exógena.

El Conductismo, de John B. Watson, es una escuela del pensamiento. Es la "teoría y método de investigación psicológica basados en el estudio y análisis del comportamiento o conducta del individuo sin tener en cuenta sus pensamientos y vida interior." [56]

En materia de agresividad, el modelo conductista, primitivamente, aludía únicamente a los factores exógenos de la agresión, es decir, a "que una asociación de estímulos negativos por exposición directa conlleva al aprendizaje de la agresión." [57]

### 1.2.5.2.2.3. El estudio de la agresividad desde el Modelo de Imitación Social, base de la Teoría Exógena.

La Teoría Exógena es una de las distintas teorías de aprendizaje social, con base en esta, se afirma que "la agresión depende en parte de factores biológicos, aunque el aprendizaje verdadero (de la conducta agresiva, en este caso) se lleva a cabo dentro de la familia, en el grupo de iguales o en cualquier otro contexto cercano (en el que un infante se relaciona)." [58]

"El comportamiento agresivo es el resultado de un aprendizaje por observación e imitación de un modelo cercano... (un infante) va a imitar una conducta agresiva si obtiene beneficios por ella, es decir, si es recompensado

---

[56] *Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española*, **voz: Conductismo**, [en línea], <https://dle.rae.es/conductismo> [Fecha de consulta: 9 de mayo de 2020].
[57] LÓPEZ-HERNÁNDEZ, Lara, *Agresión entre iguales. Teorías sobre su origen y soluciones en los centros educativos*, en: Opción: Revista de Ciencias Humanas y Sociales, [en línea], <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5834776>, p. 684, 2015, [Fecha de Consulta: 8 de mayo de 2020].
[58] *Ibídem*, p. 682.

positivamente, pero si por el contrario es castigado, disminuirá la probabilidad de agredir a otros."[59]

Con los resultados concluyentes de un primer estudio empírico, realizado por Bandura, se demostró que no obstante que las estructuras biológicas y la dotación genética de un individuo influyen en "la rapidez en la que progresa su aprendizaje" [60], es su contexto el que más condiciona su comportamiento, "en concreto, los modelos observados y los valores proporcionados dentro de la familia."[61]

La teoría de Bandura fue la génesis de casi todos los posteriores estudios conductuales sobre la agresividad, las agresiones y los conflictos.

Se derivaron sub-modelos como el de Contagio Social de Leonard Berkowitz, que dice que "el comportamiento agresivo es el resultado del aprendizaje por imitación de modelos agresivos cercanos afectivamente...

Cuando no se han tenido modelos, ni valores adecuados, unos padres poco cariñosos y dialogantes que no han enseñado habilidades de comunicación para superar los conflictos, es difícil salir de este círculo y sólo se sabe recurrir a la violencia para comunicarse." [62]

José María Avilés, psicólogo de la Universidad de Valladolid, abona que "el modelo familiar es clave y se ha constatado que los padres de adolescentes agresivos suelen fomentar y tolerar la agresividad de los mismos, no castigando la conducta del hijo e incluso en ocasiones, alabándola. Muchos padres dicen a sus hijos que deben saber defenderse ellos mismos y que si un compañero les agrede, deben responder de la misma manera." [63]

---

[59] *Ibídem*, p. 683.
[60] *ídem.*
[61] *Ídem.*
[62] *Ibidem*, p. 684.
[63] *Ídem.*

Al respecto, también es importante señalar un estudio de Rolf Loeber y Magda Stouthamer-Loeber, de la Escuela de Medicina de la Universidad de Pittsburgh, cuyos resultados muestran que entre setenta y noventa de cada cien agresores adultos, fueron agresores en su infancia. Esto indica que los problemas de conducta y delincuencia se asocian con cada paradigma familiar, pero que las variables de socialización están más fuertemente relacionadas que las variables de antecedentes familiares:

*"The results indicate that conduct problems and delinquency are all positively associated with each familial paradigm but that socialization variables are more strongly related than familial background variables."*[64]

De acuerdo con López Hernández, a la luz de los estudios de Loeber y Stouthamer-Loeber, "la conducta agresiva severa presentada en los primeros años de escolarización, es una condición necesaria para desarrollar una conducta agresiva grave y crónica." [65]

En resumen, esta somera contextualización del modelo de aprendizaje social explica *grosso modo* que la conducta agresiva de una persona es aprendida en el contexto de su micro- y mesosistema en la primera etapa de su desarrollo cognitivo, razón por la cual, es imprescindible la buena comunicación familiar.

En relación con lo anterior, el Profesor Edgar Mozas Fenoll, de la Facultad de Educación de la Universidad Cardenal Herrera-CEU, en su sede de Elche, España, vislumbra cuatro estilos de comunicación familiar:

---

[64] LOEBER, Rolf y STOUTHAMER-LOEBER, Magda, *Family Factors as Correlates and Predictors of Juvenile Conduct Problems and Delinquency*, en: Crime and Justice, [en línea], <www.jstor.org/stable/1147516>, p.120, 1986, [Fecha de consulta: 2 de mayo de 2020].
[65] LÓPEZ-HERNÁNDEZ, Lara, *Op. Cit.*, ver nota 57, p. 679.

I. La comunicación fluída y cariñosa, atenta a las necesidades individuales de cada uno de los miembros del grupo familiar.

II. La comunicación indirecta y conflictiva, la cual es negativa, que evita la satisfacción de las necesidades del grupo familiar y de sus miembros.

III. La comunicación ambivalente, que es reservada y desinteresada en cuanto a las necesidades.

IV. La comunicación violenta que comporta agresiones.

Una comunicación fluída y cariñosa disminuye el comportamiento agresivo dentro del seno familiar a eventos esporádicos. Nota: No tomo en cuenta las anomalías del desarrollo como trastornos o patologías que inciden en la agresividad de un sujeto.

Una comunicación fluida y amorosa en la familia, automáticamente logra revertir la conducta agresiva en el entorno escolar, donde un infante se desenvuelve la mitad del tiempo durante su niñez y socializa con iguales.

La prevención de ambientes conflictivos reduce a gran escala los conflictos en una etapa del desarrollo humano en donde el niño o la niña forma su identidad y su carácter.

Sobre esto, es importante mencionar la aportación de la Psicóloga Karime Hadad, de la Universidad Autónoma de Aguascalientes, ella afirma que todos estos factores sociales y afectivos logran incidir de forma positiva en el comportamiento de los infantes, esto les dota una guía de conducta que se apega más al seguimiento de normas de la interacción social y que fungen como factores protectores para las adversidades del medio. También les otorga

una pauta de acción ante los estímulos que se consideran nocivos o peligrosos teniendo más opciones de respuesta diferentes a la agresión.

Cuando existe un conflicto llevado a la esfera judicial entre familiares —y entre terceros—, quien administra justicia debería tomar en cuenta el ambiente ecológico en el que se desarrollaron y socializaron las partes. Un entorno indirecto, ambivalente o violento en los primeros años de vida puede determinar la forma de actuar de las partes en un litigio, máxime si se trata de una herencia.

La especialización de quien dirime conflictos familiares, no sólo en los que se discute la custodia o los alimentos, debería ser de alto contenido psicoanalítico, humanista y con conocimientos sobre los factores psicológicos que inciden sobre la conducta, la personalidad y las decisiones, esto para apelar a una mayor y mejor cohesión social. No sólo lo jurídico debería ser el factor primario en las determinaciones judiciales.

#### 1.2.5.2.2.4. El Modelo de Respuesta Social Adecuada

El modelo de Respuesta Social Adecuada extra-polariza la tendencia agresiva a un entorno más allá de lo micro- y mesosistémico. Por ejemplo, se afirma que, en el entorno escolar, “a medida que los alumnos van interactuando con los demás, utilizan unos patrones de comportamientos específicos grabados en su conciencia desde la más tierna infancia, donde aprendieron una forma de pensamiento muy resistente al cambio. Cuando llega la época de la adolescencia, el alumno se compara dentro de un grupo de iguales y esto provoca que elija compañeros con las mismas características o situaciones que él… el grupo refuerza a su vez, esos esquemas socio-cognitivos previos, tanto positiva como negativamente. En caso positivo, aumenta su autoestima y habilidades sociales, lo cual le hace disfrutar y participar en todas las

actividades; por el contrario, en otros casos, se convierte en reforzador de esas conductas agresivas internas.” [66]

El exosistema también es un factor generador de la conducta agresiva conforme se va desarrollando una persona: “No solamente a través de la observación y experiencia directa con algo tangible nos da ciertas pautas modeladoras que generan agresión, sino también toda imagen que pueda actuar como estímulo llamativo en un determinado contexto, siendo entre los principales los medios de comunicación masivos como la televisión y actualmente la Internet. La principal información que genera conductas agresivas son los temas violentos sea este de guerras, asesinatos, segregacionismo y la pornografía.” [67]

En el estudio de *Agresión entre iguales* se hace un énfasis importante en la adolescencia, pues los adolescentes al imitar patrones de aquellos a quienes consideran iguales o admiran comienzan a forjar una identidad social en medio de una época de crisis que deben superar con éxito para crecer. Para lograrlo, son determinantes el equilibrio y la inteligencia emocional, factores que también importan mucho en la conducta agresiva de un individuo y, por tanto, en la generación de conflictos. Asimismo, la buena autoestima, el autoconocimiento y el autocontrol son la base de una identidad sólida del individuo frente a los demás. Cuando no se logra una identidad sólida, es muy factible que se desarrolle una identidad falsa y egocéntrica, además existe un gran riesgo de que proliferen varias frustraciones.

---

[66] LÓPEZ-HERNÁNDEZ, Lara, *Op. Cit.*, ver nota 57, p. 685.

[67] CHAPI MORI, Jorge Luis, *Una revisión psicológica a las teorías de la agresividad*, en: Revista Electrónica de Psicología Iztacala, [en línea], <http://revistas.unam.mx/index.php/repi/article/viewFile/30905/28638>, p. 90, 2012, [Fecha de consulta: 7 de mayo de 2020].

### 1.2.5.2.3. Teoría de la frustración-agresión.

Está frustrado quien es privado de lo que esperaba.

En Derecho, frustrar es "dejar sin efecto un propósito contra la intención de quien procura realizarlo."[68]

En psicología, la frustración es la "situación externa o interna que no permite alcanzar satisfacción o lograr un fin. El término lo introdujo S. Freud quien consideraba que la frustración era útil para el desarrollo del yo y para su adaptación a la realidad. Más allá de cierto umbral la frustración se considera dañina porque activa mecanismos agresivos, como en el caso de quien utiliza todas sus energías para alcanzar la satisfacción, independientemente de las reglas del ambiente que lo rodea…

Estas hipótesis de Freud las acogió sustancialmente la psicología experimental, que puso el acento en tres factores: la naturaleza del acontecimiento frustrante, la fuerza de la motivación subyacente a la finalidad frustrada y la personalidad del sujeto frustrado que, combinándose entre sí, pueden determinar, según la hipótesis de J. Dollard, una actitud agresiva." [69]

Esto "hace referencia que la frustración viene a ser una interferencia en el proceso del comportamiento que genera un aumento en la tendencia del organismo a actuar agresivamente"[70], aunque no en todas las situaciones frustrantes se generen agresiones.

---

[68] *Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española*, **voz: Frustrar**, [en línea], <https://dle.rae.es/frustrar?m=form> [Fecha de consulta: 8 de mayo de 2020].
[69] GALIMBERTI, Umberto, *Diccionario de Psicología*, **voz: Frustración**, p. 519.
[70] CHAPI MORI, Jorge Luis, *Op. Cit.*, ver nota 67, p. 86.

### 1.2.5.3. La frustración, causa y sub-elemento del conflicto.

Los autores de la Teoría de la Frustración-Agresión se basaron en varios factores de frustración del ser humano propuestos por Percival M. Symonds, son del interés de esta investigación los siguientes:

I. Rivalidades al interior de la familia: “Cuando nace otro bebé, el interés de la madre se desvía hacia el recién llegado. La pérdida de atención y cuidado es definitivamente frustrante para los niños mayores. Por ejemplo, si dos niños quieren jugar con el mismo juguete, uno de los niños (tal vez el más pequeño y débil) deba dejarlo, generando una conducta frustrante.”[71]

El hogar y el seno familiar son el primer núcleo de pertenencia del infante, quienes cohabitan en una misma unidad de convivencia son parte de su microsistema.

A partir de ahí, todas las experiencias, tanto positivas como negativas, durante los primeros diez años de vida, irán moldeando la convivencia familiar.

En esta etapa, las frustraciones generadas por carencias en el vínculo afectivo son factores primarios de generación de conflictos entre hermanos.

Son los encargados de la educación hogareña del infante (padres, madre, padre, abuelos, etc.) quienes deben evitar ciertas conductas como etiquetar a un hermano como vago, a otra como estudiosa, o irresponsable, o cariñoso, etc. También, la predilección marcada o tendenciosa hacia un hermano o hermana y la comparación entre las capacidades de los hermanos son clasificaciones que generan rencor, celos, rivalidades y frustraciones.

[71] *Ibídem*, p. 87.

II. Pérdida de la protección: “Si ambos padres están ausentes con frecuencia, o si el hogar se ha desintegrado, puede existir una frustración ligada con la pérdida de seguridad y protección.”[72]

Dado a que está demostrado que no es necesaria la presencia de ambos padres para el crecimiento integral de un menor, ni para que este forje su verdadera identidad, propongo interpretar lo anterior de la siguiente manera: cuando el microsistema de un infante es disfuncional, en ocasiones, su educación pasa a ser mesosistémica y la falta de convivencia con figuras de autoridad le generan carencias que van fraguando una identidad egoísta, egocéntrica o deficiente.

A la luz de la Teoría del Desarrollo Psicosocial de Erik Erikson, una situación de frustración ligada con la pérdida de seguridad y protección puede derivar en la desconfianza y la vergüenza en los primeros tres años de vida; entre los tres y cinco años de edad, en culpa, cuando se limita la iniciativa y la creatividad de un infante, y; en un sentimiento de inferioridad, cuando entre los seis y doce años de edad se le hace menos, se le compara con otros o se demeritan sus habilidades.

En esta etapa, cuando un infante entra en una nueva familia, es decir, en una familia reconstruida, puede tener conflictos con los hijos de la nueva pareja del padre o la madre, más aún, si el nuevo hermanastro, o los nuevos hermanastros, no presentan las mismas frustraciones. Se debe procurar inhibir nuevas rivalidades.

III. Dependencia disminuida hacia los padres: “Conforme el niño crece, se espera que haga sus actividades independientemente puede llegar a

[72] *Ibídem*, p. 88.

sentirse frustrado cuando se le obliga a depender de sus propios recursos y no del cuidado de los padres."[73]

Según lo postulado en la Teoría del Desarrollo Psicosocial, la dependencia disminuida tiene un lado positivo y uno negativo:

1) puede desembocar en la iniciativa y laboriosidad de un infante, es decir, en su capacidad de utilizar sus propios recursos, como conocimientos y habilidades, para elaborar proyectos y actividades que coadyuven en su desarrollo. Es importante estimular positivamente estos esfuerzos, pues de lo contrario, 2) se generará un sentimiento de inferioridad, y por lo tanto una frustración, al demeritar sus habilidades.

IV. Frustraciones en la adolescencia: "El adolescente debe abandonar la dependencia de la niñez al convertirse en adulto. Debe adquirir habilidad y actitudes para el trabajo. Se debe adaptar a miembros del sexo opuesto y a compañeros suyos. Estas adaptaciones significan repetidas frustraciones."[74]

Para hablar de la adolescencia, aludiré al estudio de *Agresión entre iguales*, en el que se hace un énfasis importante de la adolescencia como "época de crisis" que los adolescentes tienen que superar con éxito para crecer.

La autora indica, con base en el postulado de Downey y Walker, que cuando los adolescentes "logran solucionar de forma positiva tareas críticas durante su evolución, alcanzan niveles adecuados de competencia socioemocional que se pueden considerar como condiciones evolutivas compensadoras a la agresión. Sin embargo, la situación contraria, es decir, no superar estos periodos críticos, los hará más vulnerables a la violencia, lo cual se convertirá en una condición de riesgo.

---

[73] *Ídem.*
[74] *Ídem.*

Por tanto, los adolescentes que no hayan superado estas situaciones de crisis no adquieren el conocimiento y equilibrio emocional necesario para relacionarse de forma prosocial con los demás, tendiendo a resolver sus conflictos de forma agresiva. Y por el contrario, los que superan las crisis adquieren el pensamiento formal, el cual les abre nuevas vías cognitivas al liberarlos de la dependencia infantil de lo concreto y lo inmediato."[75]

La formación de la identidad, de acuerdo con la Teoría Psicosocial, se da durante la adolescencia. Dice Lara López-Hernández que, en un primer momento, se forma la identidad del sí mismo, compuesta por la autoestima.

Con base en el postulado de Erik Erikson, "quien no logra conseguir la identidad del sí mismo, obtiene la identidad del ego, que supone un error en el camino del desarrollo correcto hacia la verdadera identidad."[76]

Los adolescentes con identidad del ego o egocéntricos, "tienen una autoestima falsa, y no llegan a alcanzar la identidad social necesaria para vivir sanamente en sociedad, algo que ocurre a los agresores."[77]

Sin embargo, refiere la autora a Gecas y Burke, al replicar que, si se "supera la fase de identidad del sí mismo, o verdadera autoestima, consigue la identidad social, la cual surge en un momento avanzado del desarrollo, cuando se compara con otros miembros de su grupo y deja de tener una sola imagen de él mismo componiendo múltiples formas de describirse, a través de la comparación positiva con los demás.

Por el contrario, los alumnos agresivos no han alcanzado la identidad de sí mismos, se han quedado con su ego, ni tampoco la identidad social, en tanto

[75] LÓPEZ-HERNÁNDEZ, Lara, *Op. Cit.*, ver nota 57, p. 680.
[76] *Ibídem*, p. 681.
[77] *Ídem.*

que han aprendido falsas habilidades sociales de manipulación hacia los demás.” [78]

La autora dice que “el inicio de la formación de la identidad personal se ubica en la creación de un sentimiento de confianza en sí mismo y de autonomía, ligados entre sí. Son los padres los que juegan un papel primordial al ayudar a sus hijos a conocer sus posibilidades y sus límites, al reforzar sus comportamientos positivos, prosociales, cooperativos, y corregirles los comportamientos negativos, agresivos o dañinos con los demás y consigo mismos. Si los padres actúan mostrando valores adecuados, llegará un momento en que el alumno se comportará como un ser independiente que puede tomar sus propias decisiones… En caso contrario, el alumno se desarrollará con un gran sentimiento de pérdida de autocontrol, desconociendo sus posibilidades y límites y con una persistente inseguridad y duda que marcará su vida y sus relaciones, pudiendo desencadenar conductas agresivas en la adolescencia.” [79]

Vinyamata, en su libro *Conflictología* se refiere a la identidad del ego y el conflicto citando al libro intitulado *Las relaciones* de Ojai Krishnamurti, el cual dice:

“La causa principal de fricción en las relaciones es uno mismo, el ego como centro del anhelo unificado...

Uno puede llegar a estar en armonía con los otros únicamente si se halla integralmente en armonía con uno mismo. Lo esencial en la relación no es el otro, es uno mismo, lo que no significa que uno deba aislarse sino que deberá comprender profundamente que se hallan en el mismo las causas del conflicto y del dolor. Mientras dependemos del otro, tanto intelectualmente como desde el punto de vista emocional, nuestro bienestar psicológico se verá alterado por la

[78] *Ídem.*
[79] *Ibídem*, p. 681-682.

dependencia del otro y, por lo tanto, de sensaciones de miedo del cual surgirá el dolor."[80]

V. Frustraciones adultas. "La necesidad económica, profesional y social genera nuevas frustraciones"[81]. También, el no haber podido satisfacer una necesidad genera una gran frustración en esta etapa.

### 1.2.5.4. Las emociones: miedo, angustia, celos e ira; causas y sub-elementos del conflicto.

La emoción es "una alteración del ánimo intensa y pasajera, agradable o penosa, que va acompañada de cierta conmoción somática."[82]

Nota: Conmoción, de acuerdo con el Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, es un movimiento o perturbación violenta del ánimo o del cuerpo.

Es la "reacción afectiva intensa de aparición aguda y de breve duración, determinada por un estímulo ambiental."[83]

Las reacciones psicológicas de la emoción "se manifiestan como reducción del control de sí, dificultad para articular lógicamente acciones y reflexiones, disminución de las capacidades de método y de crítica."[84]

"Los estados emotivos actúan como motivo y como concomitante del comportamiento motivado… una emoción de pánico empuja a la fuga, así como

[80] VINYAMATA CAMP, Eduard, *Op. Cit.*, ver nota 22, p. 48.
[81] CHAPI MORI, Jorge Luis, *Op. Cit.*, ver nota 67, p.88.
[82] *Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española*, **voz: Emoción**, [en línea], <https://dle.rae.es/emoci%C3%B3n?m=form> [Fecha de consulta: 10 de mayo de 2020].
[83] GALIMBERTI, Umberto, *Diccionario de Psicología*, **voz: Emoción**, p. 377.
[84] *Ídem.*

una alegre favorece la búsqueda de su repetición." [85]

Las emociones favorecen un comportamiento motivado, Umberto Gamberetti, en la conceptualización de *Emoción*, de su *Diccionario de Psicología*, subraya seis: el miedo, la angustia, los celos, la ira, la risa y el llanto. A continuación, analizaré las primeras cuatro como sub-elementos del origen y desarrollo de los conflictos.

### 1.2.5.4.1. El miedo y la angustia.

El miedo es la "angustia por un riesgo o daño real o imaginario… el recelo o aprensión que alguien tiene de que le suceda algo contrario a lo que desea." [86]

El miedo es temor, "recelo de un daño futuro." [87]

El miedo es dolor y sufrimiento.

"La angustia o ansiedad que es un miedo sin objeto, y por lo tanto indeterminado, que condiciona el comportamiento en términos positivos cuando los valores de ansiedad están en niveles bajos, y desestructurantes cuando están en niveles elevados, donde todo parece amenazante e invivible." [88]

El miedo es "una de las tres emociones básicas del ser humano, junto a la ira y el goce." [89]

---

[85] *Ibídem*, p. 381.
[86] *Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española*, **voz: Miedo**, [en línea], <https://dle.rae.es/miedo> [Fecha de consulta: 10 de mayo de 2020].
[87] *Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española*, **voz: Temor**, [en línea], <https://dle.rae.es/temor?m=form> [Fecha de consulta: 10 de mayo de 2020].
[88] GALIMBERTI, Umberto, *Op. Cit.*, ver nota 83, p. 382.
[89] COSACOV, Eduardo, Diccionario de términos técnicos de la Psicología, voz: Miedo, p. 224.

El miedo es la “emoción primaria de defensa provocada por una situación de peligro, que puede ser real, anticipada por la previsión, evocada por el recuerdo o producida por la fantasía. El miedo con frecuencia está acompañado por una reacción orgánica, de la que es responsable el sistema nervioso autónomo, que prepara al organismo para las situaciones de emergencia disponiéndolo, aunque de manera no específica, a la preparación para la defensa, que se traduce por lo general en actitudes de lucha y fuga.” [90]

Para la conflictología, el miedo es el “estímulo físico y psicológico encaminado al desarrollo de la acción orientada a la satisfacción de las necesidades por mantener, desarrollar y garantizar la integridad de la vida. Si por una parte el miedo resulta imprescindible como estímulo para la acción que asegurará la supervivencia, por otra parte, su exceso implicará el desarrollo de actitudes, comportamientos y acciones violentas que acabarán perjudicando el entorno y al propio agresor.” [91]

“El miedo es un mecanismo de alarma, de atención que nos avisa de la urgencia de obtener determinadas satisfacciones básicas o adquiridas… la consecución de los objetivos propuestos significarán la disminución de las sensaciones de miedo…

Este proceso encadenado Necesidad-Miedo-Acción nos describe el sistema básico de funcionamiento, el origen, la formación y el desarrollo, de los conflictos. A partir de aquí podremos empezar a comprender las causas y la evolución de los conflictos y, por tanto proveer y prever sistemas para reducir los costes negativos de algunos conflictos y aprender a aprovechar las capacidades humanas de reacción frente a dificultades, problemas y las urgencias por satisfacer las necesidades.” [92]

---

[90] GALIMBERTI, Umberto, Diccionario de Psicología, voz: Miedo, p. 705.
[91] VINYAMATA CAMP, Eduard, *Op. Cit.*, ver nota 22, p. 220.
[92] *Ibídem*, pp. 44-45.

"La necesidad se trastoca en deseo, el temor en terror, la acción que se desencadena se transforma en agresividad y en violencia y esta genera una reacción equivalente o superior en aquellos que se sienten amenazados. De esta manera se inicia un espiral de crecimiento ilimitado y de consecuencias monstruosas." [93]

Vinyamata expone acertadamente que para resolver un conflicto es más efectivo comprender las necesidades, controlar el miedo y promover la cooperación entre todas las partes implicadas que la coacción y la represión para desaparecer al contrario, pues "toda acción violenta comporta unos costes elevados que difícilmente resultan compensados por los posibles beneficios que obtengamos y teniendo en cuenta la posibilidad de conseguirlos igualmente por métodos no violentos." [94]

**1.2.5.4.2. Los celos.**

Los celos no son el deseo de tener algo que no se posee o que posee otra persona, eso es envidia y también podría ser considerada un sub-elemento del conflicto.

Los celos son una "emoción cargada del temor de perder el afecto de una persona en favor de un tercero que interviene en la situación afectiva, favorece comportamientos de control, reacciones violentas, actitudes hostiles, donde la emoción no actúa sólo como estado de excitación del individuo sino también como motivación de determinados comportamientos." [95]

[93] *Ibídem*, p. 49.
[94] *Ibídem*, p. 39.
[95] GALIMBERTI, Umberto, *Op. Cit.*, ver nota 83, p. 382.

### 1.2.5.4.3. La ira.

La ira es animadversión y encono. Puede manifestarse como venganza que va aumentando progresivamente contra alguien o algo hasta llegar a actitudes de violencia o agresión.

"La ira que, como frustración de la actividad que tiende a una finalidad, se puede encontrar en toda secuencia motivacional interrumpida. Una vez despierta, la ira desencadena una actividad de venganza contra el objeto o la persona considerada responsable de la interrupción de la secuencia." [96]

### 1.2.5.5. El poder, origen y sub-elemento del conflicto.

El poder es el "dominio, imperio, facultad y jurisdicción que alguien tiene para mandar o ejecutar algo." [97]

Al hablar de poder, no me refiero al poder soberano, aunque en las relaciones interpersonales se advierten grandes similitudes entre lo macro y lo micro.

Por ejemplo, es posible comparar a una familia y a un Estado. Ambos tienen "un sistema de poder que toma decisiones colectivas (en el caso de la familia, hasta cierto grado) y establece normas que regulan la convivencia." [98]

"En la familia se encuentran presentes las relaciones de poder todo el tiempo, desde la construcción de normas que son establecidas para hijos e hijas, el trato mutuo, el rol que cada uno desempeña dentro de la familia, el cómo se resuelven los conflictos familiares, los tiempos que se manejan para el

---

[96] *Ídem*.

[97] *Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española*, **voz: Poder**, [en línea], <https://dle.rae.es/poder?m=form> [Fecha de consulta 11 de mayo de 2020].

[98] CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo, *La contraposición entre derecho y poder desde la perspectiva del control de constitucionalidad en Kelsen y Schmitt*, en: Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, p. 48.

uso de ciertos artículos o espacios de la casa, y hasta la escogencia del alimento para el almuerzo, cena o desayuno. Se debe tener en cuenta que las relaciones de poder en la familia y las decisiones que son resultado de las mismas, repercuten directamente o indirectamente, en todos los miembros de la familia, ya sea de manera positiva o negativa." [99]

Para evitar un conflicto en el seno familiar, la pedagoga María del Carmen Terés Quiroz, de la Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla, recomienda que:

I. Debe haber participación en el poder por parte de todos los miembros del grupo familiar, "dar sus opiniones y ser tenidos en cuenta en las decisiones y demás situaciones de la vida familiar." [100]

La toma de decisiones no es potestativa del ejercicio de autoridad. "En muchas ocasiones se considera que ellas deben ser tomadas por los padres, porque el papel que cumplen en la familia es muy importante. A veces se dejan las decisiones en manos de quien trabaja fuera del hogar o hace el mayor aporte económico… sin embargo, la toma de decisiones puede volverse una demostración de autoritarismo por parte de una sola persona, que no considera alternativas ni tiene en cuenta lo que piensan los demás, ésta sin duda, no es la mejor opción.

Antes de decidir sobre algo, lo mejor es escuchar e involucrar a los demás miembros de la familia, ya que esto puede mostrar alternativas que permitan elegir lo mejor para el beneficio de todos.

---

[99] TERÉS QUIROZ, María del Carmen, *Las relaciones de poder en la familia,* [en línea], <https://tutoriapadres.wordpress.com/2013/10/02/las-relaciones-de-poder-en-la-familia/>, [Fecha de consulta: 12 de mayo de 2020].
[100] *Ídem.*

Mientras las niñas y los niños van adquiriendo más y más autonomía, son los adultos que viven con ellos quienes les enseñan cómo tomar decisiones y poco a poco los van involucrando en ellas. Aunque las niñas y los niños, inicialmente no sean protagonistas de la toma de decisiones, estas los involucran, por lo tanto, es importante, en forma paulatina, hacerlos partícipes, estar pendientes de cómo los afecta lo que se elija, y enseñarles que las decisiones en familia se toman entre todos, y en especial, entre quienes se verán afectados."[101]

II. En el ejercicio del poder, se debe procurar el bienestar de todos los miembros del grupo familiar.

III. El poder no debe expresarse con violencia física o moral y no debe imponerse a la fuerza, menos si la fuerza y la violencia son dirigidos hacia infantes. "Un poder establecido de esta manera no ayuda al desarrollo y bienestar de nuestros hijos e hijas y de paso afecta las relaciones de toda la familia. El poder debe establecerse desde la razón, el diálogo, el cariño y la comprensión, sopesando con todos los miembros las mejores decisiones. Los golpes, las groserías y los gritos, aunque parecieran ser efectivos y generar el respeto de los demás, son inadecuados y tienen el efecto contrario pues crean miedo o más violencia en los otros miembros de la familia, e impactan negativamente el desarrollo de nuestros hijos e hijas porque les crean inseguridades."[102]

El poder puede ser un mecanismo de buen liderazgo, diría León Tolstoi, como "la suma de voluntades transmitida a un personaje" [103]. Sin embargo, la forma más democrática de ejercerlo es consensuadamente y en el seno

[101] *Ídem.*
[102] *Ídem.*
[103] CAMPBELL, Federico, *La invención del poder*, p. 25

familiar, dentro de una unidad de convivencia, enseñar la democracia con el ejemplo es la mejor manera de mantener la cohesión familiar.

En la familia, cuando el poder es autoritario, opresivo, intimidatorio, violento y degradante, como ya lo expuse en la observación de la Teoría del Aprendizaje Social, estos patrones serán aprendidos por el infante y posiblemente repetidos. Además, así se disocia una familia y esto puede mermar en la relación entre hermanos. Máxime si se concentra el poder absoluto en una figura única de autoridad.

Como lo dice Ferrajoli: "El poder tiene el específico efecto de producir disparidades, asimetrías, serialización, disciplina, relaciones de sujeción; y la desigualdad de las identidades propias y ajenas que les acompaña. Más aún, a diferencia de los poderes regulados, los poderes sin reglas, no sólo públicos sino también privados, son naturalmente absolutos." [104]

Cuando los hermanos crecen con rencores gracias a situaciones, como ya lo expuse anteriormente, de rivalidades causadas por la predilección por alguno o la comparación entre ellos, posiblemente con el tiempo se romperá o se quebrará la relación de hermandad, y a la hora de disponer de un beneficio familiar, o de tener que compartirlo, como la disposición de bienes en una herencia, se generarán disputas de poder. Esta situación conflictiva será incluso más grave si los hermanos aprendieron que el poder se ejerce con imperio, autoritariamente, en ocasiones con violencia y agresiones, sin consenso ni democracia, porque así se generará un sentimiento de ira hacia el otro y un fuerte deseo de suprimirlo para obtener el poder en un conflicto de intereses.

En este caso, el poder crea celos, envidia, ira, miedo a perderlo, adicción a él y generará conflictos, incluso judiciales-civiles o lastimosamente penales.

[104] FERRAJOLI, Luigi, *Op. Cit.*, ver nota 5, p. 226.

Ahora bien, si una de las partes tiene un complejo de inferioridad frente a otra y frustración por ello, o cede en un conflicto o utiliza todas sus fuerzas por hacerse con el poder y eliminar, de cierta forma o literalmente, a quien lo detenta. Si así lo fuere, pudiere "actuar fuera de la ley buscando su derecho en la enemistad" [105], buscaría adeptos de su causa, terceros interesados, alguien que, como dice Carl Schmitt en la *Teoría del Partisano*, sea una figura de autoridad que pueda legitimar sus acciones.

Schmitt habla del partisanismo en un nivel macro, sin embargo, como ya lo dije antes, las relaciones personales son un ejemplo fidedigno de las relaciones políticas, somos animales políticos.

### 1.2.5.6. La sociología del conflicto: el entorno socioeconómico y los recursos escasos, origen y sub-elementos del conflicto.

*Elementos de una teoría del conflicto social* de Ralf Dahrendorf y *Teorías del Conflicto Social* de Walter L. Bühl, son obras que analizan el conflicto desde una perspectiva teórica de la sociedad, a lo que llamaron *Konfliktsoziologie*, es decir, la sociología del conflicto.

La *Konfliktsoziologie*, como todos los estudios sociológicos del conflicto y del poder, parte de una visión macro del problema al tener al conflicto social como un elemento central de la convivencia y motor del cambio social. En resumen, un elemento básico de lo social y de la sociedad, presente en todos los entornos sociales y socioeconómicos.

Desde el análisis de la *Konfliktsoziologie*, se tiene que los conflictos sociales pueden tener por objeto la redistribución de capital, el poder y el reconocimiento de derechos. Casi siempre, en un conflicto todas las partes creen tener legitimidad en su causa.

[105] SCHMITT, Carl, *Teoría del partisano*, p. 98.

Para hacerse con el capital, el poder o el reconocimiento, los conflictos sociales se pueden manifestar mediante la lucha, la reivindicación, el clasicismo, la competencia, la huelga, la rebelión, etc. Esto siempre mediante la contradicción, la contradicción absoluta, el antagonismo o la confrontación.

Propongo contextualizar la *Konfliktsoziologie* a la esfera familiar (micro), así se puede comprender que la sociología del conflicto es una fiel explicación de una conducta agresiva y violenta que genera conflictos en la familia. Como lo he dicho antes, lo macro es un espejo de lo micro.

En una unidad de convivencia, pueden surgir conflictos entre hermanos por obtener más capital, por tener más poder de decisión y de influencia, por que se les reconozca un derecho que alguno cree tener sobre el otro; también pueden surgir en una lucha por recibir más cariño, afecto, regalos, etc.

Estos mismos conflictos pueden tener lugar entre un infante y el o los adultos que viven con él, pueden ser ocasionados por una figura autoritaria de poder, por la restricción a la autonomía, por el deseo de obtener más capital económico, por la indiferencia, por el reconocimiento de un derecho que se cree legítimo, por la falta de comunicación, etc., y; por la frustración que generó todo lo anterior.

Cuando un grupo de hermanos crecen conflictuados, la relación en la etapa adulta estará destruida o deteriorada.

Los conflictos en esta etapa pueden ser crónicos si la relación sólo está deteriorada, pero existe un esfuerzo por mantener la cohesión, o pueden nacer de una nueva situación de tensión cuando ya no existe relación.

Una situación de tensión como la partición de una herencia puede sacar a la luz los peores síntomas de maldad en una persona: odio, envidia, violencia, agresión. Generará disputas de poder pues en ocasiones se considerará injusta

la partición y las partes buscarán su derecho a una mejor porción de la masa hereditaria, la cual, naturalmente, es limitada.

Este fenómeno obtiene el nombre de conflicto de bajos recursos, Emmily A. Pepitone, psicóloga empírica, en la obra *Children in Cooperation and Competition: Toward a Developmental Social Psychology* demostró que cuando existe una motivación muy fuerte, la competencia es alta y los recursos escasos, puede haber lugar para interacciones agresivas. Sobre este tema, concluye Redorta, que cuando hay necesidad y escasez, inmediatamente se generará un conflicto "por algo que no hay suficiente para todos."[106]

En la esfera de lo familiar ante la sociedad en su conjunto, se repiten los mismos patrones: lucha o conflicto de intereses, reivindicación de derechos en caso de minorías, lucha por el poder de decisión, participación, etc. Más aún, cuando la familia se tiene a sí misma como perteneciente a un grupo socioeconómico desfavorecido.

En lo macro, la estratificación de la sociedad mantiene latente el conflicto de clases. Moscovici, con base en las ideas de Deschamps y Personnaz, quienes lógicamente se basaron en la Teoría de Clases, lo interpreta de la siguiente manera: "las conductas de discriminación y diferenciación, muestran que son los grupos de *status* menos elevado o menos seguro quienes se comportan de una forma más discriminatoria ante el otro grupo. Todo parece indicar que estos grupos, al reconocer su *status* menos favorable, tienden a invertir de manera activa las relaciones dominantes."[107]

[106] REDORTA, Josep, *Op. Cit.*, ver nota 28, p. 115.
[107] MOSCOVICI, Serge, *Psicología Social, I: Influencia y cambio de actitudes. Individuos y Grupos*, p. 323.

Moscovici se refiere a que cuando un grupo se percibe discriminado, comienza a discriminar a sus discriminadores y a otros grupos que considera inferiores, esto como medio de defensa o autorreconocimiento.

Los grupos socioeconómicos están estratificados; los miembros de un grupo están homogeneizados y categorizan a los miembros de otro, un ejemplo aplicable al propósito de la investigación es la estereotipificación de aquellos quienes perciben más o menos ingresos económicos.

Así que el conflicto se puede dar entre esferas de estratificación de desigualdad socioeconómica: “Aristocracia y estamentos sociales inferiores. De esta manera el grupo se va consolidando cada vez más, hasta que llega a someter o a ser sometido por otro, en cuyo caso vuelve a reanudarse el proceso” [108]. Pero también se puede dar entre los miembros de un mismo estrato, lo cual es más común, dependiendo de la conflictividad del entorno, tema que tocaré más adelante. Así pues, en el contexto de esta investigación, puede concluirse que, entre miembros de una misma familia, el poder económico resulta determinante en los procesos conflictivos generados por pugnas de poder, máxime cuando se tiene un objetivo en la mira como el hacerse con la masa hereditaria, por ejemplo.

### 1.2.6. Características del conflicto.

Giuseppe Bartoli, profesor de Sociología en la Sophia University de Tokio, fue el encargado de conceptualizar el conflicto para el importante *Dizionario di Sociologia* dirigido por Franco Demarchi y Aldo Ellena, en el que se analiza al conflicto como un fenómeno social, por lo que, desde su punto de vista, las características del conflicto se perciben desde su impacto social.

[108] BARTOLI, Giuseppe, *Diccionario de Sociología*, **voz: Conflicto**, pp. 370.

I. De acuerdo con Bartoli, la primera característica de un conflicto es notoria y diferencia al conflicto de la competencia. La competencia es impersonal, en ocasiones inconsciente, “el conflicto es muy consciente y personal… las partes, ya se trate de personas o de grupos, se identifican con claridad… El adversario es conocido, odiado y temido, y cuando se trata de un grupo, se le personaliza de alguna forma mediante epítetos, etc., a fin de hacer el choque más personal.

II. Los fines que se excluyen mutuamente de todo elemento en conflicto se mantienen y se acentúan consciente y voluntariamente. En una situación de conflicto existe un choque fundamental de intereses, de deseos, de voluntades, de valores, de objetivos y de interpretación de los acontecimientos y soluciones, vistos por las partes en conflicto como diametralmente opuestos, incompatibles, incongruentes e irreconciliables. Cada parte considera las intenciones de la parte opuesta como un impedimento directo o como una amenaza a la propia seguridad y bienestar; en consecuencia, cada una de ellas se esfuerza por conseguir que prevalezcan sus propios intereses y valores.

III. Cada una de las partes trata de eliminar a la otra de la arena social. Los choques de interés sólo pueden resolverse neutralizando al adversario, en algunos casos sin recurrir a medios violentos, aunque de ordinario se utiliza la fuerza y hasta la violencia, derrotando al adversario y llegando incluso a su aniquilamiento.

IV. A diferencia y en contraste con la competencia, que es un proceso continuo, el conflicto y todas sus manifestaciones son necesariamente provisionales o intermitentes y de carácter recurrente. En efecto, las pasiones y los sentimientos muy ardientes suscitados por un conflicto, la tensión y la concentración de la atención, de ordinario no pueden durar mucho tiempo. Lo mismo ocurre cuando se consumen energías físicas, afectivas y mentales, o

también, como en el caso de los grupos, recursos físicos, culturales, organizativos y tecnológicos. De suyo, el conflicto es de naturaleza más bien breve.

V. Se trata de un fenómeno universal, en gran parte debido al choque inevitable entre fines y objetivos, tanto en el seno de los grupos o conjuntos sociales como en las relaciones entre esos grupos, e incluso en el mismo individuo. Los esfuerzos por alcanzar un objetivo a menudo llegan a crear situaciones en las que los intereses de uno o de varios individuos chocan con los de otros, creando conflictos de intereses. Aun cuando existieran normas morales para regular hasta sus más mínimos detalles el comportamiento humano, no por eso los individuos o los grupos se atendrían de hecho a dichas normas. En realidad, las mismas normas suelen ser vagas y a veces ni siquiera existen, con lo que las partes en conflicto pueden apelar a la misma norma o a normas diversas para justificar su propio punto de vista."[109]

### 1.2.7. Clasificación del conflicto.

Como ya lo había advertido en la fenomenología del conflicto, los conflictos se perciben internos o externos, de esta primera clasificación (hasta cierto punto filosófica-psicológica) se puede partir para explicar el origen y desarrollo de un conflicto.

Tanto los conflictos internos como los externos pueden ser constructivos o destructivos: los primeros denotan agresiones autoafirmativas, el uso de la fuerza para lograr un objetivo y la tendencia a competir, y; los segundos, se caracterizan por el uso de la violencia y la agresión.

La clasificación del conflicto, a partir de su estudio desde las conductas violentas y agresivas se torna compleja e interesante, pues se responde las

[109] *Ibídem*, pp. 364-365.

interrogantes de ¿por qué surge un conflicto? y ¿cómo se desarrolla un conflicto? En esta investigación, la respuesta a estas preguntas se clasificó, primeramente, desde el punto de vista psicológico, psico-social y sociológico; la clasificación jurídica será explicada en su momento al tocar el tema de la naturaleza jurídica del conflicto.

La violencia y la agresión son una dicotomía del conflicto. Ambas son conductas auto- o heterodestructivas. Las dos pueden ser físicas y la violencia puede ser moral cuando se ejerce mediante agresiones verbales o encubiertas como el aislamiento social de una persona, el etiquetamiento, la comparación, la mentira, la falacia, el engaño, etc.

La violencia tiene como finalidad el dominio, el control o la aniquilación del otro, para lograrlo, se recurre a la agresión, que puede ser impulsiva, espontánea o premeditada, y puede ser generada por:

I. Frustraciones: 1) frustraciones en la infancia derivadas de rivalidades familiares internas, padres no protectores ausentes o una baja autodeterminación; 2) frustraciones en la adolescencia por no haber podido lograr una buena autoestima, una identidad verdadera y una identidad social, en esos casos, un adolescente puede formar una falsa identidad o una identidad egocéntrica, y; 3) frustraciones en la adultez, principalmente ante la insatisfacción de sus necesidades.

II. Mal manejo de las emociones: El miedo provoca reacciones de defensa, puede ser la fuga o la lucha, por ejemplo, el miedo a no lograr satisfacer una necesidad, así como la ira, los celos, la angustia y la envidia generalmente provoca conductas agresivas y violentas de lucha.

III. El poder, el deseo de obtenerlo y el miedo a perderlo; la frustración por haberlo perdido.

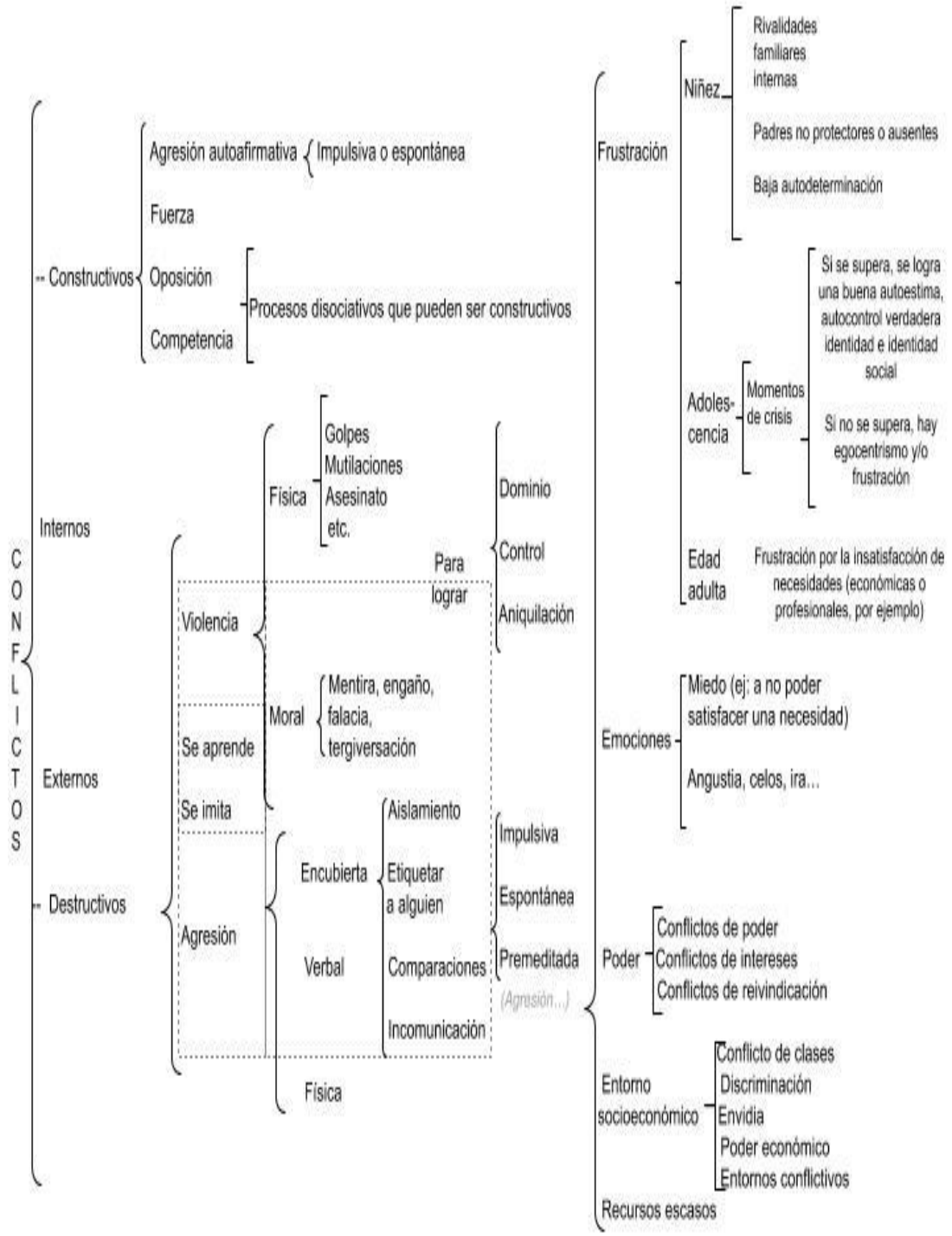
Los intereses conflictuados, los recursos escasos y el entorno socioeconómico. Estas son variables meramente psicosociales y sociológicas que explican el porqué de un conflicto.

En relación a esto, Vinyamata identifica la existencia de dos significaciones simultáneas del conflicto: "cuando los conflictos significan y representan crecimiento, oportunidad, posibilidad de innovación, cambio, regeneración, estímulo, mejora, descubrimiento y serenidad… Los conflictos, como las enfermedades, nos indican que alguna cosa está sucediendo y que, a lo sumo, podemos retardar pero no impedir. En este sentido, los conflictos son elementos que nos permiten avanzar, mejorar, prever su función regeneradora y sacar provecho.

Pero el conflicto también puede significar destrucción, dominación, alineación, frustración, guerra, desgracia, dolor, sufrimiento, angustia, ofuscación, bloqueo, violencia; en estos casos podemos pensar que se está produciendo una disfunción, un error más o menos grave que forzará cambios traumáticos que acabarán perjudicando en mayor o menor medida a todas las partes implicadas."[110]

[110] VINYAMATA CAMP, Eduard, *Op. Cit.*, ver nota 22, pp. 24-25.

Gráfico 7. Clasificación del conflicto.




Fuente: Autoría propia.

### 1.2.8. Naturaleza jurídica del conflicto.

Para tocar el tema de naturaleza jurídica, es necesario comprender el concepto. Julián Güitrón Fuentevilla, sobre la teoría de la naturaleza jurídica, precisa que: "Naturaleza jurídica es lo primordial de cada institución. Lo que no requiere artificios ni mezclas en su integridad. Es la esencia de cada figura jurídica. Origen de las instituciones legales, según sus notas propias… permite en cualquier rama del Derecho y respecto a sus instituciones, ubicarlas con precisión en el campo jurídico correspondiente"[111], por ejemplo, "a los valores que protege y sobre todo, que por ser un derecho punitivo, no puede dejarse al libre arbitrio de quienes en un momento dado, sean sujetos activos o pasivos de un delito, plantear o proponer soluciones, verbigracia, basadas en la autonomía de la voluntad; es decir, que las penas o los castigos, quedaran (sic) a la opinión de las víctimas o victimarios de un delito." [112]

En Derecho, un conflicto es la confrontación de intereses, un pleito, una contienda, un litigio.

Como lo explica Redorta, la confrontación de intereses comporta hacer valer el poder, la existencia de necesidades, el tipo de comunicación manejada, la interpretación de la comunicación, la capacidad de coacción y los objetivos deseados.

Un litigio, dice Carnelutti, citado por Eduardo Pallares, es un conflicto de intereses en donde hay una pretensión y una resistencia en torno a un objetivo deseado. Aunque el litigio va más allá de un mero conflicto de intereses, "es necesario, además que se manifieste por la exigencia de una de las partes de que la otra sacrifique su interés al de ella, y por la resistencia que oponga la segunda a esta pretensión…

---

[111] GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián, *Op. Cit.*, ver nota 13, pp. 265-267.
[112] *Ibídem*, p. 265.

El litigio tiene dos aspectos, el material y el formal: el material consiste en la pugna de intereses, y el formal en la pugna de voluntades a que da lugar la pretensión y la resistencia a la pretensión.” [113]

Para ejemplificar lo anterior, Pallares aporta dos casos hipotéticos:

“A exige de B que le devuelva un automóvil que es de su propiedad, y B se Niega a devolverlo. La pugna de intereses consiste en que A y B tienen intereses contrarios respecto al automóvil; y la pugna de voluntades en la exigencia de A de que B le entregue el automóvil y la negativa de este último a acceder a dicha demanda.” [114]

La finalidad de los litigantes es conseguir su objetivo y que la contraparte renuncie a su pretensión o desista de ella. Para que los objetivos en conflicto de las partes sean reconocidos por el derecho, estas deben tener un interés legítimo confrontado y subsumido al orden jurídico.

Para alcanzar sus objetivos, a lo largo de la historia se ha observado que quienes tienen intereses en conflicto acuden a un tercero imparcial que habrá de impartir justicia, aunque en ocasiones se dicte una “solución” muy lejana al concepto de justicia.

Luis Miguel Díaz, quien en vida fuera presidente del Centro Interdisciplinario para el Manejo de Conflictos A.C., connotado jurista de Harvard, Oxford y la UNAM, en el epílogo de su obra *Arbitraje: Privatización de la justicia*, habla sobre la hipótesis de conflictos sin autoridades. De la lectura de esta hipótesis, y del sentido común que todo estudioso del Derecho debería tener, se puede determinar que la naturaleza jurídica del conflicto encuadra en todas las áreas del Derecho sustantivo y procesal.

---

[113] PALLARES, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, **voz: Litigio**, p. 544.
[114] *Ídem*.

El autor hace una correlación histórica para explicar cómo en todas las sociedades "se presupone como necesario que exista un cuerpo judicial que decida los conflictos que se generan en las relaciones interpersonales." [115]

En resumen, de acuerdo con esta hipótesis, la existencia de un cuerpo judicial se debe al "mandato de la naturaleza de que unos seres humanos gobiernen a otros" mediante funciones legislativas, ejecutivas y judiciales, y que, por medio de dichas funciones judiciales, sea el Estado quien decida cómo resolver un conflicto ante la imposibilidad de las partes para comunicarse correctamente y, a mi parecer, para manejar adecuadamente sus emociones.

La naturaleza jurídica de un conflicto es entonces la base *sustantiva* de las pretensiones en conflicto de las partes y el desarrollo *procesal* del conflicto ante el Estado o ante un facilitador reconocido por el Estado.

El Estado puede facilitar la gestión de conflictos y la administración de justicia desde su aparato legislativo, creando leyes que ayuden a aminorizar la carga de trabajo que tiene el Poder Judicial con mecanismos en los cuales las personas que tengan cierto tipo de conflictos puedan acudir a particulares expertos o a funcionarios del Poder Ejecutivo para arbitrar, mediar o conciliar estos conflictos.

### 1.3. La conflictividad en materia familiar.

Un conflicto familiar puede generarse fortuitamente, ser crónico o el resultado de la suma de conflictos pasados sin resolver.

En la familia, los conflictos fortuitos son el resultado de la convivencia periódica de sus miembros en el mismo entorno, empero, ello no significa que la

[115] DÍAZ, Luis Miguel, *Arbitraje: Privatización de la justicia*, p. 654.

cohesión se esté quebrando o que la familia se está disociando. Conflictos así son recurrentes y suceden por la simple pluralidad de ideas, surgen de la libertad y de la democracia familiar, y aunque estos puedan escalar, la probabilidad de que lleguen a consecuencias catastróficas es baja, de hecho, son conflictos que pueden culminar de manera constructiva pues su resolución es fruto de una dinámica familiar propositiva.

Un conflicto crónico se traduce en conflictividad. En la familia, cuando una situación así es recurrente, si se quiere mantener la cohesión, se deben prender los focos de alerta ya que esto puede provocar disociación, separación de algunos miembros y confrontaciones escaladas que causarán agresiones y violencia. Estos casos particulares no obedecen siempre al entorno familiar, por lo que se tiene que prestar especial atención a las emociones y su manejo durante el pico más alto en un conflicto para trabajar en ellas, y así, paulatinamente, disminuir los impactos negativos de la conflictividad hasta reducirla a mínimos o hacerla desaparecer.

Cuando la conflictividad surge de la suma de varios conflictos, la cohesión ya está mermada, no es un sólo conflicto crónico, sino la consecuencia de la suma de muchas peleas, confrontaciones serias y agresiones que han reducido o eliminado la confianza y unidad familiar. En este caso, disminuir la conflictividad es un verdadero reto en el que un facilitador debe ordenar todos los factores ponderantes observados en la suma de los conflictos para atacarlos de frente y apelar a la cooperación de las partes.

### 1.3.1. Conflictividad familiar y violencia familiar.

En una familia, cuando la conflictividad está en un punto alto, se puede hablar incluso de violencia familiar. El Profesor iusfamiliarista de la UNAM, Eduardo Alejandro Mondragón González, considera que la violencia familiar

merma la dignidad de los individuos en el grupo y que es una cadena difícil de romper, incluso intergeneracionalmente. Por esta razón, el Estado protege a las familias de la violencia mediante normatividad, programas e instituciones que las salvaguardan de todo tipo de violencia perpetrada por alguno de sus integrantes. El caso legislativo más avanzado al respecto, y que por lo mismo utilizaré como ejemplo, es el Código Civil para el Distrito Federal, pues establece disposiciones únicas para combatir este tipo tan sensible de violencia:

ARTÍCULO 323 TER.- Los integrantes de la familia tienen derecho a desarrollarse en un ambiente de respeto a su integridad física, psicoemocional, económica y sexual y tienen la obligación de evitar conductas que generen violencia familiar. A tal efecto, contarán con la asistencia y protección de las instituciones públicas, de acuerdo a las leyes para combatir y prevenir conductas de violencia familiar.

ARTÍCULO 323 QUÁTER.- La violencia familiar es aquel acto u omisión intencional, dirigido a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicoemocional, o sexualmente a cualquier integrante de la familia dentro o fuera del domicilio familiar, y que tiene por efecto causar daño, y que puede ser cualquiera de las siguientes clases:

I. Violencia física: a todo acto intencional en el que se utilice alguna parte del cuerpo, algún objeto, arma o sustancia para sujetar, inmovilizar o causar daño a la integridad física del otro;

II. Violencia psicoemocional: a todo acto u omisión consistente en prohibiciones, coacciones, condicionamientos, intimidaciones, insultos amenazas, celotipia, desdén, abandono o actitudes devaluatorias, que provoquen en quien las recibe alteración auto cognitiva y auto valorativa que integran su autoestima o alteraciones en alguna esfera o área de la estructura psíquica de esa persona;

III. Violencia económica: a los actos que implican control de los ingresos, el apoderamiento de los bienes propiedad de la otra parte, la retención, menoscabo, destrucción o desaparición de objetos, documentos personales, bienes, valores, derechos o recursos económicos de la pareja o de un integrante de la familia. Así como, el incumplimiento de las obligaciones alimentarias por parte de la persona que de conformidad con lo dispuesto en éste Código tiene obligación de cubrirlas, y

IV. Violencia sexual: a los actos u omisiones y cuyas formas de expresión pueden ser: inducir a la realización de prácticas sexuales no deseadas o que generen dolor, practicar la celotipia para el control, manipulación o dominio de la pareja y que generen un daño. No se justifica en ningún caso como forma de educación o formación el ejercicio de la violencia hacia las niñas, niños y adolescentes.

Si bien, en el CCDF se menciona que violencia familiar es “cualquier acto u omisión intencional, dirigido a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicoemocional, o sexualmente a cualquier integrante de la familia”, también, se alude a la obligación de evitar conductas que generen violencia

familiar, dicho de otra manera, conductas conflictivas, las cuales suelen ser crónicas y, de generar violencia familiar, esta será crónica y difícil de contener.

### 1.3.2. Diferencia teórica entre conflicto y conflictividad.

Al escribir sobre que el conflicto es inherente al ser humano, referí a que cuando una persona está en proceso de formar su identidad y una personalidad propia, estimula su capacidad de formular pensamientos críticos propios, así como de avenir o aversar con el pensamiento de otros.

Recuérdese que la identidad se termina de formar en la adolescencia y que puede llegar a ser una identidad autodeterminada, de autocontrol, de buena autoestima y de predisposición a cooperar con la sociedad, o; en cambio, una identidad falsa, egocéntrica y hasta de frustración. La primera es la identidad verdadera que se complementa con la identidad social; la segunda, es la identidad del ego.

Cuando una persona logra una identidad verdadera frente a los demás, no está exenta de conflictuarse con otra, sin embargo, su autoafirmación ayudará a lidiar las tensiones buscando una solución razonada y difícilmente agredirá o violentará a su contraria, de hecho, podría sacar provecho de un conflicto y crecer espiritualmente. En cambio, una persona con identidad del ego, en su necesidad de autoafirmarse, tratará, con todos sus recursos, de sobreponerse a la otra en un escenario de tensión y generará un conflicto que posiblemente irá incrementando y evolucionando hasta llegar a las agresiones y la violencia intensa encaminada a suprimir la idea contraria.

Una persona con identidad del ego es proclive a generar tensión donde no la hay. Se genera tensión envenenando y envenena quien crea discordia o enemistad o es causa de ellas, envenena quien corrompe o causa daño moral.

Estas son las características de una persona comúnmente denominada como “tóxica” que, a su vez, es quien tiene una conducta conflictiva.

Un conflicto es una confrontación de intereses que se genera por diversos factores que ya mencioné. La conflictividad es una conducta que reúne elementos del conflicto como la agresividad, la violencia, la frustración, el mal manejo emocional, el poder y el contexto socioeconómico. La conflictividad genera actitudes hostiles que desembocan en conflictos.

### 1.3.3. Concepto de conflictividad.

El Profesor Luis Fernando Anita considera que la conflictividad es “la predisposición, reacción que comporte una persona, cuando advierta un menoscabo en su integridad, patrimonio o derechos, generando y desencadenando con intensidad una serie de conductas como el encono, la dureza, la inflexibilidad, no ceder, amenazar, violentar y agredir, siendo estos verdaderos escudos o mascaras que presenta una persona a su contraparte o rival; es propiciar un ambiente tenso, lleno de incertidumbre y de obstáculos, necesarios todos estos, para hacer claudicar en las aspiraciones-intenciones del otro, pero para lograrlo dependerá mucho de que una persona asuma un dominio de poder de corte exacerbado…

Es la simple manifestación de una conducta, de cerrazón, de no apertura a nada, de obstaculizar, de complicar, de enfrentar, entre otros; incluso sería más difícil gestionar la conflictividad que ni el propio conflicto en sí.” [116]

No podría estar más de acuerdo con mi maestro, de su cátedra en la Universidad, tras la lectura de sus ideas, y como consecución de la ilación de mi investigación, considero que la conflictividad es una conducta, un estado crónico conflictivo, aprendido, propio de quien no tiene una identidad

[116] ANITA HERNÁNDEZ, Luis Fernando, *Op. Cit.*, ver nota 29, pp. 28-29.

autodeterminada, generadora de tensiones, agresiones y violencia, mismas que de manera constante e invariablemente desembocan en conflictos.

Una persona puede no serlo en principio y sin embargo podría tornarse conflictiva por el mal manejo de sus emociones, la frustración y el poder, también al encontrarse en un conflicto de intereses creciente. La conflictividad se agrava dentro de escenarios de desdoro o de merma de los bienes jurídicos, en una situación así, una persona cegada por la conflictividad tratará de suprimir a quien le impida lograr sus objetivos haciendo que la contraparte renuncie o desista de los propios.

La conflictividad también puede ser una conducta colectiva cuando varios agentes (personas) con conducta conflictiva convergen en un mismo espacio o grupo y desarrollan sus relaciones conflictivamente entre ellos o frente a otros grupos o individuos.

### 1.3.4. Fenomenología, orígenes y más elementos de la conflictividad.

El contenido teórico de los orígenes, elementos y sub-elementos del conflicto encuadra perfectamente en los de la conflictividad.

Ya que la conflictividad es un fenómeno, propongo que sea vista desde el punto de vista fenomenológico en cuanto a su modalidad única disociativa y destructiva, que tanto interna- como externamente deriva en conductas agresivas y violentas y genera situaciones de tensión, confrontación y conflicto.

Así como el conflicto, la conflictividad es una conducta que se percibe con las emociones, principalmente el miedo, la envidia y la frustración; que también está influenciada por el entorno, los recursos y el poder.

La diferencia es clara, el conflicto es una situación pasajera (aunque dure años, décadas o siglos, pasará) en la que se pueden vislumbrar sencillamente cuáles son las partes confrontadas y cuáles son los intereses y objetivos conflictuados, y; la conflictividad es una conducta difícil de sobrellevar y de cambiar, en donde la parte conflictiva se confronta fácilmente con otras y existe un universo de intereses y objetivos conflictuados, también se puede superar, pero se podría afirmar que es una forma de vivir.

Si los conflictos nacen, se desarrollan y fenecen de la tensión, la conflictividad provoca que la tensión nazca y se desarrolle.

La conflictividad también puede ser una situación en donde prevalecen conflictos crónicos dentro de un grupo o entre terceros.

Si bien el origen, los elementos y sub-elementos de la conflictividad son compartidos con los del conflicto, hay factores que me permitiré repasar, destacar o ampliar:

La conflictividad y la agresividad, generadora del conflicto, tienen orígenes patológicos, no me aventuraré a explayar sobre el tema.

La violencia y la agresividad también son una dicotomía de la conflictividad, son su origen y su elemento preeminente, son generadas por las necesidades y el miedo a no poder satisfacerlas y por la frustración de no haberlas satisfecho.

Los entornos familiares conflictivos por cualquier razón cultural, social o económica generan conductas de conflictividad.

Subrayo que, al mencionar a la agresividad como presupuesto de la conducta conflictiva, todas las teorías psicológicas y sociológicas propuestas para el entendimiento del conflicto, encuadran en la conflictividad.

La conflictividad no es necesariamente una conducta criminal.

No existe la conflictividad constructiva.

La conflictividad es una conducta exógena que se puede valorar desde los modelos elementales que conforman la Teoría Exógena y la Teoría de la Frustración-Agresión. Para lo propio, es necesario comprender que la inteligencia emocional es un elemento clave que agrava o atenúa la conflictividad.

### 1.3.5. Inteligencia emocional y conflictividad.

El concepto de inteligencia emocional fue desarrollado por el psicólogo Daniel Goleman, de Harvard, quien adquirió fama mundial tras la publicación de su obra *Inteligencia emocional*. Este estudio se basa en la afirmación de que las emociones juegan un papel fundamental en el pensamiento lógico y en las decisiones que una persona toma en el día a día.

Goleman dice que para tomar mejores decisiones y tener comportamientos más asertivos, es necesaria la armonía entre la mente racional, donde se encuentran los pensamientos lógico-analíticos, y la mente emocional, la de los sentimientos y emociones.

Cuando la mente racional prima sobre la emocional suele haber un sentimiento de vacío emocional y sentimental, y cuando la mente emocional se sobrepone a la racional se tiende a comportarse de manera irracional y esto, mal encauzado, puede llegar a tornarse en conductas violentas, agresivas y conflictivas.

Goleman destaca que los elementos de la inteligencia emocional son los siguientes (los explicaré y mencionaré su relación con la conflictividad):

I. La autoconciencia emocional: Una persona emocionalmente inteligente entiende y conoce sus propios sentimientos y emociones y cómo influyen en su vida.

Una persona con autoconciencia emocional se conoce perfectamente a sí misma y sabe cuándo está feliz, triste, enojada, conflictiva, iracunda, decepcionada, etc.

II. La autorregulación emocional: No basta con tener autoconocimiento emocional, la autorregulación emocional le permite a una persona entender que las decisiones se deben tomar cuando sus emociones estén atenuadas para valorar cómo y cuándo actuar al momento de tomar una decisión, pues las consecuencias de actuar bajo una mayor influencia emocional e irracional no serán las más deseadas.

Una conducta conflictiva es necesariamente emocional. Cuando una persona presenta una conducta conflictiva se aferra a sus emociones y actúa de manera impulsiva. Seguramente una persona así no tiene autoconciencia ni autorregulación emocional y esto sólo logra que carezca de autocontrol y que sus canales de comunicación se corten o se tergiversen. El autocontrol y la comunicación adecuada son pares al momento de enfrentar una situación de tensión, pues la armonía racional-emocional permite que la expresión verbal de una persona cuente con una narrativa lógica-racional con la que puede gestionar una confrontación o un momento de conflicto.

III. La automotivación y persistencia. Las emociones son inherentes a nuestra humanidad, se deben canalizar hacia la prosecución y cumplimentación de objetivos y metas, no a los obstáculos.

No canalizar emociones destructivas hacia objetivos se logra con la armonía racional-emocional, es decir, con inteligencia emocional. Así se construyen caminos racionales hacia objetivos que benefician a una persona.

Cuando las cosas no salen como una persona lo desea, es vital la automotivación y persistencia en compañía de la inteligencia emocional para lograr gestionar los obstáculos de manera adecuada sin generar situaciones de tensión.

Una persona con conducta conflictiva, al momento de buscar lograr un objetivo, no discriminará sus sentimientos ni emociones en destructivas o constructivas, haciéndose presa de las destructivas, ello repercutirá directamente en sus relaciones personales, en su salud y en los resultados de sus objetivos. Si se encuentra en una situación de conflicto, el conflicto escalará hasta llegar a consecuencias catastróficas y no concluyentes.

IV. La empatía. La empatía es reconocer las emociones de los demás, sabiendo que no todas las personas experimentan las mismas emociones y sentimientos ante una situación similar. Eso permite que los vínculos con otras personas sean más estrechos y duraderos.

Una persona conflictiva no es empática, es más bien egoísta, y podría haber desarrollado una identidad del ego.

V. Las habilidades sociales. Una persona con buenas habilidades sociales sabe administrar sus relaciones, entiende que la buena relación con otras personas es clave para ser feliz; reconoce cuando se encuentra en un ambiente conflictivo y sabe reaccionar ante situaciones aversivas pues es empático y no se identifica como parte del contexto, en esos casos, cuando la conflictividad del ambiente crece, una persona socialmente hábil se retirará cuando lo considere necesario.

### 1.3.6. El manejo de las emociones, los ambientes conflictivos y las pugnas de poder.

Cuando un infante se desarrolla en un entorno conflictivo que no le permite desarrollar sus emociones y que, al contrario, se las reprime, posiblemente no tendrá inteligencia emocional y puede llegar a comportarse de manera conflictiva, como lo aprendió en su micro- y mesosistema. Este es el resultado de no haber tenido modelos ni valores adecuados, además de una familia conflictiva cuyos canales de comunicación fueron indirectos, ambivalentes o violentos.

En este caso, el exo- y macrosistema también influyen en la conflictividad, pues está comprobado que factores como la familia ampliada, los medios y otros elementos influyen en la formación de la identidad de una persona. También existen sociedades más conflictivas que otras, esto es un condicionante del aprendizaje social de una persona.

Los ambientes conflictivos pueden acaecer en entornos socioeconómicos diversos, ninguno es privativo de ello. Fukuyama coincide en que "existe una estrecha correlación entre la destrucción familiar, la pobreza, la delincuencia, la desconfianza, la atomización social la, drogadicción, los deficientes logros educativos y un bajo nivel de capital social." [117], sin embargo, hace una comparación entre las estructuras familiares de "personas pobres" en países desarrollados, en vías de desarrollo (PVD) y subdesarrollados. Concluye que estas personas, en los PVD y países subdesarrollados, conservan casi intactas sus estructuras familiares. Lo anterior, se traduce en que, las creencias e ideologías sociales presentes en el macrosistema de estas personas, en países desarrollados, no ponderan a la familia ni la tienen como el centro de todas sus relaciones, pero el macrosistema de quienes viven en los PVD y en países subdesarrollados, sí.

[117] FUKUYAMA, Francis, *Op. Cit.*, ver nota 8, p. 96.

Cuando Fukuyama se refiere a pobreza, habla de una “gran subclase” caracterizada por un “estrato de pobreza concentrada y crónica, diferente de la clase obrera, caracterizada por la presencia de una delincuencia violenta, uso de drogas, desempleo, educación pobre y ruptura familiar.” [118] Este es el ejemplo más claro de un entorno conflictivo atendiendo a la situación socioeconómica baja y con poco o nulo acceso a la cultura.

Por otro lado, Daniel Yankelovich, citado por Fukuyama en *La Gran Ruptura*, argumenta que la ruptura social se genera por el incremento de riqueza y que la ruptura familiar, en estos casos, se debe a la autoindulgencia.

La autoindulgencia genera a su vez conductas conflictivas y se puede maximizar si la persona autoindulgente tiene una identidad del ego. Ahora bien, si una persona autoindulgente se siente amenazada en su honor o en sus bienes, tiene como objetivo hacerse con los bienes de alguien más o que cree que por derecho le pertenecen, como en la partición de la masa hereditaria. Así, tratará de imponerse con actitudes de demostración de poder frente a quien se oponga o le agreda, basando su influencia social en comportamientos dominados por las emociones.

Para concluir con el tema de la conflictividad en materia familiar, me permitiré hacer una relación de rápida lectura sobre los elementos y características de la conflictividad en general:

Elementos: Los del conflicto, es decir, violencia, agresividad, frustración, mal manejo de las emociones, poder y contexto.

Los más específicos de la conflictividad en sí son: la identidad del ego, la falsa identidad, la falta de autoafirmación, la toxicidad y, muy importante, la falta de inteligencia emocional.

[118] *Ibídem*, pp. 94-95.

De las características se desprenden tres principales: es una conducta o un conjunto de conductas, crea tensión, es un estado crónico conflictivo.

## 1.4. El conflicto y la conflictividad en la disposición de bienes muebles e inmuebles en la familia mexicana.

### 1.4.1. Bienes muebles e inmuebles.

De la lectura de los artículos 747 a 749 del Código Civil Federal (en adelante, CCF), se entiende que un *bien* son todas las cosas que puedan ser objeto de apropiación, siempre y cuando, no se encuentren excluidas del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley.

El CCF comprende como bienes a los muebles, inmuebles, bienes considerados según a quien pertenecen, bienes mostrencos y bienes vacantes.

Lo analizaré conforme al articulado del CCF: Son bienes muebles los que por su naturaleza pueden trasladarse de un lugar a otro, ya sea por sí mismos, como los semovientes (ganado animal), o por efecto de una fuerza exterior (artículo 753).

También lo son aquellos que, por determinación de la ley, constituyen acciones de asociaciones o sociedades aun cuando a éstas pertenezcan algunos bienes inmuebles, derechos personales u obligaciones que tengan por objeto cosas muebles o cantidades exigibles (artículos 754 y 755); los derechos de autor (artículo 758); embarcaciones (artículo 756), y; en general, son bienes muebles, todos los demás no considerados por la ley como inmuebles (artículo 759).

Los bienes muebles son fungibles o no fungibles. Los primeros, pueden ser reemplazados por otros de la misma especie, calidad y cantidad. Los no fungibles no pueden ser sustituidos por otros de la misma especie, calidad y cantidad (artículo 763).

Son bienes inmuebles los que, por su naturaleza, no pueden trasladarse de un lugar a otro. La abogada Alicia Elena Pérez Duarte, en el Diccionario Jurídico Mexicano del IIJ de la UNAM, interpreta la división que hace el legislador en el CCF en cuanto a los bienes inmuebles, ella resume que dicha división aplica únicamente a las cosas y bienes que, por su destino agrícola, industrial, civil y comercial, son considerados por la ley como inmuebles, aunque por su naturaleza sean muebles (artículo 750).

### 1.4.2. Patrimonio.

El patrimonio es un "conjunto de bienes pertenecientes a una persona natural o jurídica, o afectos a un fin, susceptibles de estimación económica." [119] Es el "conjunto de poderes y deberes, apreciables en dinero, que tiene una persona…

El patrimonio tiene dos elementos: uno activo y otro pasivo. El activo se constituye por el conjunto de bienes y derechos, y el pasivo, por las cargas y obligaciones susceptibles de una apreciación pecuniaria. Los bienes y derechos que integran el activo se traducen siempre en derechos reales, personales o mixtos, y el pasivo, por deberes personales o cargas u obligaciones reales. El haber patrimonial resulta de la diferencia entre el activo y el pasivo, cuando aquél es superior a éste, mientras que el déficit patrimonial surge cuando el pasivo es superior al activo; en el primer caso se habla de solvencia y, en el segundo, de insolvencia." [120]

---

[119] *Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española*, **voz: Patrimonio**, [en línea], <https://dle.rae.es/patrimonio> [Fecha de consulta 21 de mayo de 2020].
[120] LÓPEZ MONROY, José de Jesús, *Diccionario Jurídico Mexicano*, *Tomo III*, **voz: Patrimonio**, p. 2794.

### 1.4.3. Conflictividad familiar y conflictos familiares en torno al haber patrimonial.

Considero que la estrecha relación entre la satisfacción de las necesidades, el miedo a no poderlas satisfacer y la frustración por no haberlas satisfecho es una tricotomía inherente a la conflictividad familiar y un presupuesto de los conflictos.

Me refiero, en primer lugar, a que la satisfacción de necesidades básicas y creadas tiende a ser un común en todas las familias, si bien cada una tiene necesidades diferentes, verlas satisfechas produce bienestar y confort. Cuando esta monotonía se ve sensiblemente amenazada, el ambiente familiar se comienza a tensar en torno al temor de no poder satisfacer más alguna necesidad. Por ejemplo, la pérdida del empleo o de los ingresos puede ser un catalizador de la conflictividad en un entorno familiar ante la posibilidad de ya no lograr costear la satisfacción de ciertas necesidades.

Otro ejemplo es un divorcio. Esta coyuntura presenta conflictos previos llevados a cabo en un ambiente conflictivo. Cuando en un divorcio se exigen alimentos, quien lo hace actúa bajo la razón de la satisfacción de sus necesidades, el temor a la carestía, a la pérdida de bienes mancomunados o de capital. Lo anterior habilita tanto a la parte accionaria como a la requisada a actuar en consecuencia defendiendo sus intereses, oponiendo tantos recursos como sean posibles para que la otra claudique en sus pretensiones, llevando al conflicto a dimensiones que disocian hasta la relación de un progenitor con sus hijos. El perdedor, naturalmente, después de una situación tan intensa, estará frustrado por su incapacidad de sobreponerse a la decisión judicial.

El miedo a disminuir el haber patrimonial se traduce en el objetivo de impedirlo; en ocasiones, la ambición de acrecentarlo es compartida con la esperanza de liberarse del déficit patrimonial. Cuando cualquier cuestión relacionada a estos objetivos está en pugna, salen a la luz conductas

conflictivas que, de acrecentar o reavivar conflictos, pueden llegar a convertirse en verdaderas catástrofes.

Una familia entera puede contrariarse y conflictuarse en torno a una herencia. En la repartición de la masa hereditaria necesariamente existe la presencia de un conflicto, sin embargo, su nivel dependerá muchísimo del grado de cohesión o de conflictividad en el grupo.

Una herencia significa más que derechos y obligaciones, más que capital, bienes, valores, etc. Es la última voluntad del *de cujus* y esta puede generar o reavivar el recelo, el rencor, la conflictividad, la agresividad, la ira, la violencia y conflictos estancados en una familia. Una consecuencia común y recurrente a esto, es que el nuevo conflicto llegue a la arena judicial y que se estanque ahí tanto como las partes y sus abogados lo permitan.

Ya que este es un conflicto que abarca más allá de lo meramente patrimonial, lo explicaré muy a fondo en la exposición del problema de los conflictos surgidos a raíz de la sucesión *mortis causa* y, posteriormente, habré de exponer una solución práctica para atacar, tanto al conflicto en sí, como a la dilación procesal, misma que a su vez recrudece los conflictos y la conflictividad familiar, es pues, el espíritu, la función y la finalidad de mi Tesis.

### 1.4.4. Gestión de conflictos familiares en cuanto al patrimonio.

#### 1.4.4.1. El sufrimiento y el conflicto obnubilan el entendimiento de las partes.

El hecho de no estar de acuerdo con las ideas de otros no necesariamente caracteriza una situación de conflicto. Esto ocurre a menudo cuando una de las partes trata de afirmar sus posiciones sin tener en cuenta las de las otras o cuando no hay empatía.

Dominique Picard y Edmond Marc, psicólogos franceses, en su obra conjunta *Petit traité des conflits ordinaires*, consideran que los conflictos no siempre son errores de comunicación y que tanto llevarse bien como discutir, es parte de la dinámica de las personas que conviven bajo un mismo techo e inherentes a la naturaleza: *"les problèmes relationnels sont inhérents à la nature et à la dynamique d'une relation parce que vivre ensemble et communiquer, c'est compliqué et difficile."* [121] Los autores indican que en un conflicto a menudo se vive acompañado de sufrimiento y que este obnubila la buena comprensión y la comunicación e impide que las partes comprendan a fondo qué sucede entre ellas realmente, situación que hace que el conflicto conduzca la relación entre ambas, cuando lo esencial sería que ellas lideren su relación con base en la buena comprensión y no en la discordia creciente que desemboca en distintos grados de agresividad objetiva o defensiva (reactiva).

### 1.4.4.2. Análisis de la agresividad reactiva y objetiva para la gestión de conflictos.

Según José Manuel Andreu Rodríguez del Departamento de Personalidad, Evaluación y Psicología Clínica de la Universidad Complutense de Madrid, "hay distintos y complejos caminos que nos conducen a la violencia como, por ejemplo, la consecución de beneficios, logros y recompensas." [122]

La comprensión de esto es verdaderamente influyente a la hora de determinar la gravedad de un conflicto para gestionarlo, pues se deben analizar cómo se están canalizando las conductas agresivas que llevan a la violencia en un conflicto.

---

[121] PICARD, Dominique y MARC, Edmond, *Petit traité des conflits ordinaires*, p. 8.

[122] ANDREU RODRÍGUEZ, José Manuel, *Propuesta de un modelo integrador de la agresividad impulsiva y premeditada en función de sus bases motivacionales y socio-cognitivas*, en Psicopatología Clínica Legal y Forense, [En línea], <https://masterforense.com/pdf/2009/2009art5.pdf>, p. 85, 2009, [Fecha de consulta: 22 de mayo de 2020].

Andreu Rodríguez diferencia la agresividad entre reactiva y objetiva, apunta que la primera obedece a conductas impulsivas de defensa y que la segunda no es impulsiva, sino premeditada, calculada y persigue un objetivo plenamente identificado, es de ataque.

En cuanto a la primera, señala que la motivación de la agresividad es reactiva y ”hace referencia a una conducta impulsiva, impensada, derivada de la ira y basada en la motivación inmediata de dañar al objetivo como resultado de una provocación percibida…. dado que se acompaña de una activación emocional desagradable con notable… sencillamente, esta agresión ‘estalla’ como resultado de una cadena formada por nuestras actitudes y emociones, unidas al deseo irrefrenable de dañar a la víctima. La agresión impulsiva estaría relacionada con mecanismos de condicionamiento del miedo y el control afectivo, de ahí que ante la percepción de daño o dolor se halla automatizado la respuesta agresiva para evitar a través de esta conducta su cese. Y esto es así porque la amenaza que fundamenta la agresión impulsiva está ligada a la percepción de una amenaza que no es en la mayoría de los casos una amenaza real contra nuestra supervivencia o bienestar físico sino que, por el contrario, es psicológica por lo que a través del desprecio, la dominación y el engaño se dirige contra nuestra propia autoestima. Claro está que aunque la amenaza se dirija a nuestra frágil autoestima, la reacción agresiva puede desencadenarse con tanta intensidad y fiereza como si nos viéramos en peligro de muerte…

En el proceso psicológico ‘reactivo’, el agresor considera que el atacante es el responsable de su dolor, que éste ha sido deliberado e injustificado y que, inmediatamente, hay que reducir, castigar o eliminar tal ofensa. Odio, ira, frustración e irritación son términos que reflejan los complejos procesos cognitivos y emocionales que nos conducen a la agresión reactiva que acaba en forma de venganza ante la ofensa recibida. Como una tormenta que ensombrece nuestro funcionamiento normal, ante la amenaza, la reacción

emocional candente nos conduce al odio, a la reacción violenta sin contemplar el daño que podemos provocar y sus consecuencias, anulando, en otras palabras, nuestra capacidad de empatía."[123]

Para conceptualizar la segunda, el autor menciona el estudio *Neurobiología de la agresividad y la violencia* de Larry J. Siever para la *American Journal of Psychiatry*, ahí se describe a la agresión premeditada "como un comportamiento motivado por objetivos diferentes al mero hecho de dañar a la víctima."[124] Y que esto, aunado a lo expuesto por Leonard Berkowitz en su obra *Aggression: its causes, consequences and control*, "además de causar daño, tiene otros objetivos por lo que constituye un esfuerzo para la coacción o la defensa del propio poder, dominio o estatus social."[125]

A todo esto, la agresión objetiva "es proactiva más que reactiva ya que su meta principal no sería dañar a la víctima sino lograr alguna otra consecuencia, como el acceso y control de recursos o beneficios…

Precisamente, la teoría de la interacción social... interpretó acertadamente la conducta agresiva y las acciones coercitivas como conductas influidas socialmente. Es decir, el agresor usaría la agresión para obtener algo de la persona a la que se dirige la agresión (p. ej., información, dinero, sexo, seguridad), para hacer justicia o reparar algo que se hizo mal por el otro, o, finalmente, para proporcionar una mejor imagen social o incluso identidad (dureza, competencia). De acuerdo con esta teoría, el agresor selecciona una opción decidiendo entre distintas alternativas en función de las recompensas que se esperan obtener y de su coste. El que agrede ha tomado una decisión orientada hacia la búsqueda de una meta, incluso también en la agresión hostil, a través de la cual la agresión advierte al provocador para que 'mida' su conducta. La agresión... es perpetrada en un momento determinado, de forma

[123] *Ibídem*, pp. 87-88.
[124] *Ibídem*, p. 89.
[125] *Ídem*.

consciente, deliberada y sopesada. Dado que la reactividad emocional es escasa o nula, el agresor tiene mucho tiempo por delante para planificar y premeditar antes de que la agresión tenga lugar. Así, esta agresión instrumental es fría y premeditada como un trabajo que hay que hacer por motivos claros. Más que una tormenta que surge ensombreciendo y apagando el funcionamiento normal de nuestra conducta, la agresión proactiva parece estar gobernada por una máxima doctrinal fría, calculadora e implacable en la mente del agresor: 'el fin justifica los medios.'" [126]

Al momento de gestionar un conflicto, se debe identificar al agresor ofensivo y al agresor reactivo, tomando en cuenta que el reactivo puede tornarse en ofensivo con el tiempo durante la escalada de un conflicto. Una agresión objetiva gira en torno a un interés y se actúa premeditadamente en función de lograr un objetivo, se hace racionalmente y sin emociones para que el ataque tenga tal precisión que haga posible la consecución de la finalidad. Naturalmente, la víctima de una agresión objetiva reaccionará de la misma manera inmediatamente para defender sus intereses, generando un conflicto absoluto y cíclico.

### 1.4.4.3. Estructura cíclica del conflicto.

Vinyamata dice que "cuando la agresividad supera nuestra capacidad de control y discernimiento transformándose en una actividad violenta y destructiva, nuestras acciones acaban resultando contraproducentes, generando perjuicios en nuestro entorno o, cuando menos, miedo e inseguridad, incluso en nosotros mismos, en aquel que lo genera. Iniciado este proceso, la escalada de tensión y el incremento de las formas violentas continuará hasta el agotamiento que, una vez recuperado, volverá a

[126] *Ídem*.

desarrollarse de manera continuada e indefinida si no se pone remedio y fin."[127]

Por su parte, esta es la estructura natural observada en un conflicto, a partir de que surge: escala, se estanca y disminuye continuamente hasta que una de las partes logre su objetivo y reduzca a la otra. En la arena judicial, principalmente en juicios sucesorios o juicios en los que se discuten conflictos familiares en general, pueden suceder muchos ciclos conflictivos a lo largo de los años hasta que el cansancio orille a las partes a negociar una redención en la que ambos ganen, ahí entienden que el pasar de los años fue en vano y que la negociación pudo haber sido la solución en un principio. Para gestionar eficazmente un conflicto, es necesario evitar la repetición de ciclos conflictivos.

#### 1.4.4.4. Gestión de conflictos absolutos: las teorías aplicables a la administración de un conflicto.

Para denominar a un conflicto como absoluto, la doctrina está de acuerdo con vislumbrar el elemento de la confrontación de intereses como esencial, ya que a menudo hay valores diferentes detrás de lo que se puede considerar un conflicto, como los que conducen a diferentes evaluaciones, sentimientos y objetivos, de los cuales las partes conflictivas derivan más bien en una conducta de conflictividad. Así pues, si no se puede encontrar tal conflicto de intereses, a menudo no es un conflicto en absoluto, sino simplemente malentendidos debido a información faltante, incorrecta o mal entendida, así como a la comunicación bloqueada o tergiversada.

En función de comprender mejor los conflictos, como ya se leyó, se consideran y trabajan los aspectos individuales. Sin embargo, un conflicto es un sistema que consta de varios aspectos interrelacionados, y para gestionarlos, hay que comprender toda su estructura.

[127] VINYAMATA CAMP, Eduard, *Op. Cit.*, ver nota 22, p. 235.

#### 1.4.4.4.1. Teoría del Caos.

Basada principalmente en los trabajos de Henri Poincaré, Edward N. Lorenz, Benoît Mandelbrot y Mitchell Feigenbaum, entre otros, la Teoría del Caos describe el comportamiento temporal de los sistemas con dinámicas deterministicamente caóticas.

Al hablar del determinismo, me refiero enfáticamente a la "teoría que supone que el desarrollo de los fenómenos naturales está necesariamente determinado por las condiciones iniciales." [128] Y a la doctrina filosófica "según la cual todos los acontecimientos, y en particular las acciones humanas, están unidos y determinados por la cadena de acontecimientos anteriores." [129] Por esta razón, se considera que la Teoría del Caos es la ciencia de lo impredecible, que estudia fenómenos imposibles de controlar.

De acuerdo con esta Teoría, un conflicto se puede estudiar mediante matemáticas fractales, ya que su estructura cíclica es iterativa:

##### 1.4.4.4.1.1. Dimensión fractal del conflicto y de la conflictividad.

Los fractales son estructuras iterativas que tienen autosimilaridad, es decir, si se miran a amplia escala, no se distingue ningún cambio en su aspecto ni en su distribución estadística, sin embargo, si se observa la suma de sus elementos y variables, no se pueden diferenciar nunca unos con otros. A esto se le llama dimensión fractal.

La dimensión fractal se distingue de la dimensión topológica por su naturaleza caótica, pues la topológica es lineal y predecible, como la gravedad. El conflicto y la conflictividad son estructuras cuya dimensión es fractal, para

[128] *Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española*, **voz: Determinismo**, [en línea], <https://dle.rae.es/determinismo?m=form> [Fecha de consulta 23 de mayo de 2020].
[129] *Ídem*.

gestionarlos, es importante observar todas sus variables y elementos y trabajar sobre ellos de forma autónoma. Si se comprende la suma de todas sus variables, el patrón fundamental del conflicto se revelará y será más fácil entenderlo y predecir sus posibles resultados. Por ejemplo, un conflicto se puede analizar desde su estructura procesal civil y se verá topológico y lineal, pero si se estudian sus variables y elementos, se conocerá su dimensión fractal. Otro ejemplo es la dimensión fractal de la conflictividad, si se analiza topológicamente, dicho metafórica- y coloquialmente, se observa únicamente la punta del *iceberg*, dicho de otra manera, uno de los elementos surgidos de la conflictividad, empero, su estructura es fractal porque la conflictividad es el *iceberg* entero y, lastimosamente, cuando se trata de gestionarla, sólo se trabaja en eliminar la punta.

Las variables iniciales pueden cambiar el rumbo de un conflicto, de acuerdo con la Teoría del Caos, un conflicto es fractal y determinístico, pues un cambio en sus condiciones iniciales, tiene efectos estructurales en el comportamiento del mismo durante su desarrollo. Por esta razón es indispensable conocer cómo se originaron las conductas que generaron el conflicto, ver retrospectivamente en las relaciones de las partes durante el transcurrir de los años y, principalmente, saber el objeto del conflicto y qué variables iniciales del mismo en sí influenciaron en su grado de disociación.

Gestionar conflictos familiares requiere agudeza y paciencia para analizar todos los elementos y variables fractales que han llevado a la descomposición y posterior estructura cíclica del conflicto. Dada la gigantesca carga de trabajo de los tribunales civiles, se resuelven los casos topológicamente y sin analizar más que lo meramente jurídico, si por el contrario un conflicto, como el derivado de la sucesión *mortis causa*, se atiende por un especialista abocado únicamente a ese caso en particular, se habrá de

resolver atendiendo a su dimensión fractal. Propongo los Medios Alternativos de Solución de Controversias, y en casos extremos, el arbitraje.

#### 1.4.4.4.2. Teoría de Juegos.

La Teoría de Juegos es una teoría matemática cuyos modelos de estudio modelan situaciones de toma de decisiones en las que varias partes interactúan.

De acuerdo con la Teoría, los juegos son situaciones de decisión en la que sus participantes se influyen mutuamente, valga la redundancia, con sus decisiones; son estructuras de incentivos en los que la decisión de alguien versa en cuanto a los beneficios que obtendrá al tomarla y cómo afectará a los beneficios de los demás. Por esta razón, se busca un equilibrio entre las partes al momento en que tratan de obtener beneficios.

En este sentido, el Nobel John Forbes Nash asumió que cada participante ha optado por una estrategia concreta para obtener beneficios y conoce la de sus oponentes, más cuando la decisión es interdependiente. Lo que se puede comparar con agresiones objetivas en materia de conflictos y conflictología.

##### 1.4.4.4.2.1. Juegos de suma cero.

Manfred J. Holler, profesor de Economía en la Universidad de Hamburgo y Gerhard Illing, profesor de Macroeconomía en la Ludwig-Maximilians-Universität de Munich, en su obra *Einführung in die Spieltheorie*, describen situaciones de la Teoría de Juegos en las que la suma de las ganancias y pérdidas de todos los jugadores en conjunto es cero. En un conflicto, un juego de suma cero es una situación competitiva en la que el beneficio de una de las partes se ve compensado por el fracaso de la otra, es decir, cuando las partes

en conflicto están tan enredadas que si una gana, la otra pierde automáticamente.

Los conflictos absolutos se componen por la pelea en torno a la consecución de un objetivo. Las relaciones objetivas siempre están presentes cuando se persiguen al menos dos objetivos y no se pueden cumplir simultáneamente y, en la misma medida, son inconsistentes entre sí. Cuando el objetivo a conseguir son bienes, se busca una repartición justa de los mismos o acapararlos todos. Esto es un conflicto de distribución de recursos limitados y su gestión tradicional se lleva a cabo topológicamente en cuanto a la cantidad limitada de redistribución positiva o negativa de los objetos en conflicto a cada una de las partes. Esto es un juego de suma cero, al ser un conflicto de intereses y de distribución en el que se compite por bienes escasos en busca del máximo beneficio.

En este juego, cada jugador intenta obtener la parte que considera justa y legítima para sí, y se suele, en el ejemplo de la masa hereditaria en conflicto, distribuir el número de objetos por igual entre el número de partes; distribuir el número de objetos de acuerdo con el número de miembros de las partes, o; distribuir el número de objetos de acuerdo con la edad promedio de los miembros de las partes.

Luis Fernando Anita estima que, “en materia de administración de justicia, cuando el Estado, en sus funciones jurisdiccionales, los conflictos quedan resueltos con el parámetro de SUMA CERO, que al dictarse la sentencia, sólo habrá más que un ganador y un perdedor.” [130]

[130] ANITA HERNÁNDEZ, Luis Fernando, *Op. Cit.*, ver nota 29, p. 8.

### 1.4.4.4.2.2. Juegos de suma positiva.

En materia de MASC, los juegos de suma cero se reemplazan con juegos de suma positiva, también conocidos como de ganar-ganar, que son interacciones en las cuales los participantes del juego se benefician de alguna manera en un proceso de colaboración. Los juegos de ganar-ganar son de enfoque holístico y comportan una herramienta poderosa para dar confianza a las personas cuando han sufrido aislamiento emocional.

El origen de los juegos de suma positiva se remonta al Concepto de Harvard de negociación objetiva de los profesores de Derecho, Roger Fisher y William L. Ury, que con su obra *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In* (en español sería *Obtenga el Sí: el arte de negociar sin ceder*), idearon un método de soluciones constructivas y prácticas en situaciones de conflicto cuyo resultado debe ser beneficioso para todos. Para ello deben cumplirse cuatro condiciones:

I. Tratar a las personas y sus intereses por separado. Tratar primeramente los problemas de percepción, el mal manejo de las emociones y los problemas en la comunicación entre las partes, en una negociación puede generar confianza y comprensión y romper con la frustración y la insatisfacción.

Los autores explican que los sentimientos son tan importantes como los objetivos en disputa, pues la comunicación es el aspecto principal de la gestión de un conflicto.

II. Centrarse en los intereses de las partes, no en sus posiciones. Para comprender el objeto del conflicto, hay que visualizar los intereses detrás de la posición que tiene cada parte.

Mantener la mente abierta durante la discusión y la empatía son los objetos de cohesión más poderosos durante un conflicto, pues las partes logran comprender que los intereses de la otra son el reflejo de sus necesidades.

III. Inventar opciones para que ambas partes ganen. Por medio de la negociación, las partes se benefician al encontrar una opción que les impacte positivamente en sus objetivos. La negociación debe ser cuidadosa para que las partes no perciban que la otra se aprovechó de la situación.

IV. El uso de criterios objetivos. Ambas partes deben mantener el interés de la otra en la gestión de su conflicto, además, la discusión debe girar en torno a objetivos prácticos.

Estas estrategias de negociación se llaman BATNA, que por sus siglas en inglés, significa *Best Alternative To a Negotiated Agreement*, es decir, mejor alternativa a un acuerdo negociado.

Cuando un conflicto se gestiona mediante la suma positiva, ambas partes trabajarán en conjunto para llegar a un acuerdo en el que ambos ganen. Si una sucesión testamentaria en conflicto se gestiona mediante los MASC, las partes pueden repartir la masa hereditaria conscientes de las emociones y sentimientos que la otra tiene en torno a sus objetivos, la empatía generada en estos procesos puede llevar a los conflictuados a un BATNA antes de someterse a un arbitrio heterocompositivo.

**Conclusiones preliminares del Capítulo.**

"Frecuentemente pensamos que hay que escoger, que tan sólo uno puede tener razón, que esta no puede ser compartida, que la verdad es única, que no existen versiones. No nos percatamos que únicamente aceptamos como bueno aquello que más se aproxima a nuestra manera particular y precisa de percibir… La verdad, la realidad es la suma de todas las percepciones que en aquel momento intervienen y, en el fondo, de infinitas percepciones y sensibilidades…

Las contraposiciones, la controversia, la negación mutua, el conflicto entre percepciones diferenciadas no radica en las descripciones diversas sino en el miedo de ser dominados por los otros. Estas observaciones que eliminan las causas aparentes de los conflictos nos llevarán a la conclusión de que los conflictos no se resuelven a través de la coerción, puesto que esta aplaza y multiplica la complejidad del conflicto.

Por el contrario, los conflictos se resuelven mejor conociendo sus causas, estableciendo remedios y aceptando que el conflicto no es una característica que deba ser eliminada o ignorada, ni por la razón ni por la fuerza, sino que este tiene una función importante que cumplir dentro de la complejidad de las relaciones humanas." [131]

Según Vinyamata, estas son formas de resolver un conflicto.

I. y II. Desapareciendo el objeto de conflicto y/o (sic) con la victoria de una de las partes y la derrota o sumisión de la otra. Esto, sin embargo, "es estrictamente temporal, puesto que no habremos contribuido a eliminar las causas profundas del conflicto." [132]

[131] VINYAMATA CAMP, Eduard, *Op. Cit.*, ver nota 22, pp. 74-75.
[132] *Ibídem*, p. 41

III. Mediante un acuerdo o compromiso entre las partes. Esta posibilidad "abre el camino al aprendizaje en la solución de los conflictos por una vía eficaz y sólida.

IV. Con conciliación y reconciliación. "La conciliación nos mostrará una capacidad ya adquirida que puede garantizar un sistema de relaciones que sin eliminar las tensiones y los conflictos, asegure que estos no sobrepasarán los límites de lo razonable." [133]

V. Con irreconciliación e irredentismo. Esto es la "incapacidad absoluta de superación y convivencia y la continuación de los procesos conflictivos descontrolados y en incremento." [134]

En el marco de un conflicto absoluto en torno a una herencia, las agresiones serán primeramente objetivas en contra de reactivas y esto evolucionará hacia un conflicto objetivo y en aumento, es decir, será un juego de suma cero. En nuestra cultura y tradiciones, por milenios se ha pensado que la mejor manera de resolver un conflicto considerado grave, es mediante la heterocompositividad, con el diálogo y la comunicación llevados por teceros (hoy, jueces y abogados).

La innovación en el Derecho está en manos de quienes queremos coadyuvar en el mejoramiento de nuestras sociedades, de quienes seguimos teniendo sed de justicia y creemos en la fortaleza de las instituciones que soportan al Estado.

Luis Miguel Díaz decía que "una de las reglas que muestra el carácter del sistema de impartición de legalidad prohíbe la relación humana directa entre

[133] *Ídem.*
[134] *Ídem.*

el humano juzgador y el humano juzgado. La racionalidad es que si existiera una relación humana entre ellos el juzgador sería parcial, perdería objetividad por el reconocimiento personal del juzgado. Se impide al individuo juzgado comunicarse libremente con quien debe juzgarlo. En alguna manera se pretende una legalidad o justicia abstracta que no esté condicionada por pensamientos y emociones de los protagonistas. Se presuponen humanos inexistentes y se busca una especie de anonimato de los humanos en aras de la pureza de las reglas jurídicas… es, por decir lo menos, deshumanizante." [135] Para finalizar su idea, el autor cita a Konrad Lorenz al indicar que "el anonimato es un desencadenador de comportamientos destructivos." [136]

El abogado Díaz continúa diciendo que "los procesos legales son metáfora de guerra, son parte del espacio del problema. El lenguaje jurídico es paralelo al lenguaje bélico. Los contendientes requieren un ejército (despachos de abogados); declaración de guerra (demanda); guerra preventiva (medidas precautorias); un general que comande al ejército (abogado principal); un campo de batalla (autoridades con jurisdicción); dominio de las reglas de ofensa y defensa (derecho procesal); conocimiento de la efectividad de las armas (deberes y derechos); fijar estrategia (escenarios de instancias procesales); uso de artillería (hechos); manejo del material bélico (argumentos legales); espacios de consulta (juntas de avenencia); municiones (dinero); declaración de victoria (sentencia)...

La mayoría de las leyes existentes tienen como efecto complicar o impedir la comunicación directa y abierta entre los conflictuados, especialmente en áreas como la familiar… resulta trágico que el sistema de impartición de justicia predominante es decididamente inhibidor de la comunicación humana

[135] DÍAZ, Luis Miguel, *Op. Cit.*, ver nota 115, p. 654.
[136] *ídem.*

de seres en conflictos interpersonales, sin importar que el individuo se represente a sí mismo o represente un papel en la familia."[137]

Pido al lector que haga un examen de conciencia y se pregunte ¿cuál es el beneficio emocional para las partes en todo esto? ¿cuál es el beneficio para la familia? ¿el *de cujus* habría querido algo así? Dice el árbitro mexicano, Francisco González de Cossío, que la sucesión puede ser una oportunidad, una "ocasión para transmitir un valor. Un mensaje. Un propósito que sea aquello con el cual el *de cuyus* desea ser recordado y asociado."[138]. El árbitro González de Cossío continúa diciendo que la sucesión no debería disociar sino catalizar, afirma que debe ser "un detonante de unión, amor, en vez de propiciante de riñas, divisiones y problemas que puede tomar mucho tiempo en remediar —y con frecuencia nunca se remedian. Lo peor es que la experiencia enseña que disputas familiares se heredan… Estamos más dispuestos a perpetuar un problema que idear su solución…

El litigio tradicional no lo permite. De hecho, lo desvirtúa. Su naturaleza adversarial, aunado al tiempo y calidad de los fallos inhibe lograr el ideal expuesto. Lo torna en un instrumento burdo, mas (sic) destructivo que constructivo. Es ante ello que se vislumbra la utilidad de la opción: Los mecanismos alternativos de solución de controversias."[139]

Comparto totalmente la idea de hacer puentes de comunicación que unen a las partes, de buscar paulatinamente reducir la carga de trabajo de los tribunales, de mirar en el interior de las emociones y sentimientos de las partes. Los MASC cambian la idea de la suma cero, cambiemos las reglas del juego, busquemos la suma positiva.

---

[137] *Ibídem*, p. 655.
[138] GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, p. 1349.
[139] *Ibídem*, p. 1350.

Por esta razón, he hecho tanto hincapié en el presente capítulo, entender qué son los conflictos y la conflictividad lo es todo. Considero superior comprender plenamente a las partes, sus sentimientos y emociones a los procesos y a lo sustantivo del Derecho. Eso está escrito y, si bien es perfectible, para humanizar todas las ramas del Derecho, más allá de la observancia de los ddhh, es necesario comprender al humano mismo.

En adelante resumiré lo concerniente a la sucesión testamentaria en México y al arbitraje para concluir en una propuesta para aplicar en nuestro país el arbitraje en materia sucesoria, no sin antes buscar un remedio de suma positiva.

# CAPÍTULO SEGUNDO
# LA SUCESIÓN *MORTIS CAUSA* EN MICHOACÁN

**Sumario. 2.1. Derecho sucesorio.** 2.1.1. Sujetos del Derecho Sucesorio. 2.1.1.1. El testador, *de cujus* o autor de la herencia. 2.1.1.1.2. Capacidad e incapacidad para testar. 2.1.1.2. Los herederos. 2.1.1.2.1. Capacidad e incapacidad para heredar. 2.1.1.2.2. Institución y designación de herederos. 2.1.1.2.3. La sustitución de herederos. 2.1.1.3. Los legatarios. 2.1.1.3.1. Los legados. 2.1.1.4. El albacea. 2.1.1.4.1. Institución del albaceazgo. 2.1.1.4.2. Impedimentos del albaceazgo. 2.1.1.4.3. Excusas al albaceazgo. 2.1.1.4.4. Renuncia al albaceazgo. 2.1.1.4.5. Fenecimiento del albaceazgo. 2.1.1.4.6. Derechos del albacea. 2.1.1.4.7. Obligaciones del albacea. 2.1.1.5. El interventor. 2.1.2. El testamento. 2.1.2.1. Elementos del testamento. 2.1.2.1.1. Elementos esenciales y de validez del testamento. 2.1.2.2. Condiciones que pueden ponerse en los testamentos. 2.1.2.3. Ineficacia del testamento. 2.1.2.3.1. Ineficacia parcial del testamento: testamentos inoficiosos. 2.1.2.3.2. Ineficacia total del testamento: testamentos nulos. 2.1.2.3.3. Ineficacia total del testamento: revocación del testamento. 2.1.2.3.4. Ineficacia total del testamento: caducidad del testamento. 2.1.2.4. La forma de los testamentos. 2.1.2.4.1. Testamentos ordinarios y espeiales. **2.2. Derecho Procesal Sucesorio.** 2.2.1. Sucesión legítima. 2.2.1.1. Legitimidad para heredar por intestado. 2.2.1.2. Formas para heredar por intestado. 2.2.2. Procedimiento sucesorio por la vía judicial. 2.2.2.1. Diferencias entre el procedimiento sucesorio testamentario e intestamentario por la vía judicial. 2.2.2.2. Etapas procesales del juicio sucesorio. 2.2.2.2.1. Primera sección: De sucesión. 2.2.2.2.1.1. Primera sección en el juicio sucesorio testamentario. 2.2.2.2.1.2. Primera sección en el juicio sucesorio intestamentario. 2.2.2.2.2. Segunda sección: De inventario y avalúo. 2.2.2.2.3. Tercera sección: De administración. 2.2.2.2.4. Cuarta sección: De partición y adjudicación. 2.2.3. Sucesión ante Notario. 2.2.3.1. Apertura de la sucesión. 2.2.3.1.1. Legitimación notarial de herederos, nombramiento de albacea en el caso de intestado y apertura de la sucesión. 2.2.3.1.2. Tramitación notarial de la sucesión tras su reconocimiento judicial. 2.2.3.1.3. Apertura de la sucesión testamentaria. 2.2.3.2. Protocolización de inventario y avalúo. 2.2.3.3. Partición y adjudicación.

El primer capítulo de esta Tesis es a todas luces un excurso. Lo considero apropiado, dada la interdisciplinariedad que exige el tema de esta investigación.

Hice lo propio en aras de resaltar la problemática existente en torno a los conflictos y la conflictividad en la muy diversa realidad dentro de los grupos familiares en México y Michoacán. Atajar esto no es el objeto de estudio de este trabajo, sin embargo, es pertinente aportar ideas sobre vías alternativas para que se desahoguen los litigios que tradicionalmente se gestionan ante foro judicial en los que se ven inmersos los miembros de un mismo grupo familiar.

Nosotros, los estudiosos del Derecho, debemos visualizar cada situación de conflicto desde un punto de vista fractal, nuestra formación de científicos sociales nos permite analizar profundamente sus particularidades e idear planes de acción que solucionen problemas, tanto particulares, como sociales.

Los conflictos y la conflictividad que surge cuando se abre una sucesión *mortis causa* ha sido problemática social persistente a lo largo de la historia (excepto, claro está, en épocas y sitios donde imperó o impera el comunismo, salvo en sucesiones realizadas fuera del margen de la ley).

No obstante el hecho de que existen nuevos paradigmas procesales que velan por hacer más económicos en lo temporal a los juicios sucesorios, aún es palpable la poca atención jurídica en aras de propugnar por la cohesión familiar en estos procesos y, en cambio, se tiende a dar por hecho que todos estos deben ser juegos de suma cero, cuando lo más prudente es apelar a la conciliación o a la mediación antes que a la confrontación judicial.

Ahora bien, en el supuesto caso de una situación irreconciliable, considero apropiado analizar el costo-beneficio que comportaría no someterse a un proceso judicial desgastante y probablemente prolongado. Sugiero propugnar por dejar en manos de un experto la solución del conflicto; esto, en un tiempo limitado acordado por las partes.

Recalco que, para lograr este objetivo, es primordial el apoyo del asesor jurídico, quien deberá tener en claro esta relación costo-beneficio.

Lo anterior es una explicación a la extensa digresión contenida en el primer capítulo y su natural conexión con el tercer y cuarto capítulo de esta obra en la que propongo la viabilidad de arbitrar, mediar, negociar o conciliar algunas sucesiones *mortis causa*, así como las controversias y negocios que esta genere en nuestro país y, específicamente, en Michoacán.

Para poder comprender el grueso de la propuesta, es necesario saber, a grandes rasgos, ¿qué es y qué comporta la sucesión *mortis causa*? Y ¿cuáles son los procedimientos para acceder a ella?

## 2.1. Derecho Sucesorio.

Entiéndase al Derecho Sucesorio como una rama del Derecho Privado que a su vez está regulada por el Derecho Civil.

El Derecho Sucesorio regula la transmisión del patrimonio a la muerte de su propietario. Es decir, la transmisión del conjunto de derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte de su titular y los bienes que este pueda tener.

*Sucesión* es un término jurídico lato e inexacto. Se puede entender como la simple transmisión de bienes, derechos u obligaciones, de manera contractual (v, gr. todos los contratos de transmisión de bienes, derechos u obligaciones comportan sucesiones *inter vivos*) o extracontractual.

Dice María Leonor Arciga Rodríguez, profesora civilista de la UMSNH que, “en sentido amplio, sucesión es cualquier cambio subjetivo de una relación de derecho. Ello significa que una persona ocupa el lugar de otra en una relación jurídica; y que comprende los actos que realizan las personas cuando tienen vida (*inter vivos*). Como pueden ser: la compraventa, donación, permuta, etcétera. Y también comprende los actos producidos por *mortis causa* (causa de muerte).” [140]

[140] ARCIGA RODRIGUEZ, María Leonor, *Sucesión por Causa de Muerte*, p. 3.

Desde el punto de vista del Derecho Sucesorio, una sucesión comporta la transmisión del patrimonio *mortis causa*. “Es la subrogación de una persona en los bienes y derechos transmisibles dejados a su muerte por otra.” [141]

En México, las normas que rigen la sucesión por causa de muerte están contenidas en las leyes civiles federales y locales; aludiré a las del Estado de Michoacán (es decir, al Código Civil para el Estado de Michoacán, también “CC”), y en su defecto, a las Federales (CCF), esto con la finalidad de explicar los términos y supuestos contenidos en el presente capítulo.

Esta figura obedece a la sucesión realizada por disposición testamentaria o legal, a lo cual se le llama herencia:

**Código Civil para el Estado de Michoacán de Ocampo.**
Artículo 452. Herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte.

Artículo 453. La herencia se defiere por la voluntad del testador o por disposición de la ley. La primera se llama testamentaria, y la segunda legítima.

El aforismo latino *de cujus successione agitur* significa “aquél de cuya sucesión se trata”, se utiliza para denominar a la persona que ha fallecido y que, por ende, se ha abierto la sucesión de su patrimonio. Es decir, es el causante o autor de la herencia. Suele abreviarse como *de cujus*.

La utilización de este y otros aforismos no es la única secuela jurídica del Derecho Romano en el actual Derecho Sucesorio o Hereditario. En México, hoy en día, como en muchas otras instituciones jurídicas, se cuasi emula el sistema hereditario observado por los romanos que, a grandes rasgos, consistió en el *ab intestato*, la sucesión testamentaria y la oficiosa (figuras que se encuentran

[141] *Ibídem*, pp. 3-4.

establecidas en la Tabla V de la Ley de las XII Tablas y en el Título II del Libro X de la *Instituta Justineanea* respectivamente).

En Roma, al *de cujus* que no había dejado testamento en el que plasmara su última voluntad en cuanto a la sucesión de su personalidad, se le conocía como *ab intestato*. En esos casos, para reclamar la herencia, quienes se consideraban sucesores legítimos procedían mediante la vía legítima. Sin embargo, si se daba a conocer la existencia de una disposición testamentaria, la legitimidad dejaba de tener validez y se observaba lo dispuesto en el testamento. Si el testamento se consideraba como nulo, se procedía por la vía *ab intestato* a la repartición de la masa hereditaria.

Lo dispuesto en el testamento no siempre era válido ni justo. Por eso, la repartición de la masa hereditaria se podía realizar *ex oficio* cuando se consideraba que las disposiciones testamentarias carecían de equidad y de derecho.

Por otra parte, en la antigua Roma se consideraba a la sucesión como un traspaso de la personalidad del *de cujus* al *heres* (quien recibía la soberanía de quien muere). Dice Jorge Mario Magallón Ibarra, citado en el la obra que aquí menciono de la Profesora Leonor Arciga, que el recibir la soberanía representaba continuar con la persona civil del *de cujus*, conque ello suponía entonces, que el *heres* debía disponer de los bienes, derechos y obligaciones del difunto.

La figura del *heres*, que podían ser todas aquellas personas libres, era designada por el autor de la herencia en un acto de manifestación de la voluntad por disposición testamentaria. De no ser así, se atendía a lo dispuesto por la normatividad de la materia. En el Derecho Justinianeo, la consideración de los *heres* legítimos en la sucesión *ab intestato* se realizaba en un orden de aplicación similar al previsto en las legislaciones mexicanas.

Hoy en día, todo depende de si el *de cujus* designó su voluntad testamentaria o si murió intestado (*ab intestato*), es decir, sin haber declarado su última voluntad por disposición testamentaria. La doctrina hace mención en que, de existir una disposición testamentaria en la que no se mencione quién o quiénes serán los herederos, la sucesión se considera mixta. La ley sólo reconoce como sucesión mixta cuando en el testamento no se mencionan alguno o algunos bienes del patrimonio del testador:

> **Código Civil para el Estado de Michoacán de Ocampo.**
> Artículo 454. El testador puede disponer del todo o de parte de sus bienes. La parte de que no disponga quedará regida por los preceptos de la sucesión legítima.

Es recalcable la diferenciación que realiza la Profesora Leonor Árciga Rodríguez en cuanto a los tipos de sucesión *mortis causa*:

"La sucesión testamentaria es la transmisión de los bienes, derechos y obligaciones que la muerte no extingue a favor de los herederos y legatarios designados por el autor de la sucesión a través de un testamento. Esto es, cuando una persona física titular de un patrimonio económico en vida manifiesta su voluntad por escrito para disponer de sus bienes, derechos y obligaciones para después de su muerte, designa a las personas que tendrán la calidad de herederas y si lo desea, determinar la existencia de legatarios y quién o quiénes tendrán tal calidad. Es una sucesión voluntaria.

La sucesión legítima, también conocida como *ab intestato* o testamentaria, es la transmisión de los bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte de una persona física, a favor de los herederos que determine la ley, en ausencia de manifestación de voluntad del autor de la sucesión mediante un testamento…

Habrá sucesión mixta cuando existiendo un testamento, el testador no haya señalado en el momento de realizar dicho acto jurídico todos sus bienes; ya sea porque olvidó su existencia o porque no los tenía en ese momento, y

posteriormente los adquirió pero no revocó su testamento para hacerlo de nuevo. De ahí que se conjuguen las reglas de la sucesión testamentaria con los de la intestamentaria."[142]

### 2.1.1. Sujetos del Derecho Sucesorio.

#### 2.1.1.1. El testador, *de cujus* o autor de la herencia.

El testador es el *de cujus successione agitur*. Dice Rafael Rojina Villegas que, en la sucesión legítima, el testador "es un punto de referencia para que se opere la transmisión a título universal en favor de aquellas personas que en virtud del parentesco, matrimonio y concubinato, en nuestro Derecho, y a falta de ellas el Estado, son llamadas a heredar por disposición de la ley, en el orden, términos y condiciones que la misma establece. Puede el Derecho positivo imponer la transmisión a título universal, sin que exista la libertad de testar, puede reconocerla en parte como ocurre en la institución de la legítima o bien, puede dejar la libertad absoluta de testar, limitándola sólo a la obligación de dar alimentos a determinadas personas."[143]

En la sucesión testamentaria, el testador es quien dispone de su patrimonio mediante disposición testamentaria para que, después de su muerte, se abra la sucesión en favor de aquellos a quienes él haya señalado como sus herederos o legatarios.

Esto operaría en situaciones normales, aunque pueden existir casos en los que el autor de la herencia y sus herederos o legatarios perezcan en el mismo desastre o en el mismo día y no se pueda determinar quién murió primero, en dicho supuesto no habría lugar a la herencia ni al legado (CC: Artículo 458).

---

[142] *Ibídem*, p. 118.
[143] ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil, Tomo II, Bienes, derechos reales y sucesiones*, pp. 328, 329.

#### 2.1.1.1.2. Capacidad e incapacidad para testar.

La ley establece que, mientras una persona tenga cumplidos los dieciséis años de edad y no se encuentre en un estado de interdicción permanente, tiene capacidad para testar (CC: Artículos 478, 479 y 480).

La ley habla de un estado de interdicción permanente, ya que puede suceder el caso de que haya un periodo comprobado de lucidez, en el cual, un incapacitado por indterdicción pudiere tener capacidad para elaborar su testamento; para ello, es necesario que su tutor o su familia lo solicite al Juez competente. En esos casos, se practica una pericial médica para dictaminar si el enfermo tiene capacidad para testar (CC: Artículos 480 y 481).

### 2.1.1.2. Los herederos.

La sucesión se abre a favor de los herederos, quienes pueden renunciar a la herencia. A ellos les corresponde, en su totalidad o en una parte alícuota, la sucesión del patrimonio del *de cujus*.

El heredero "puede ser instituido por el testador o por la ley, es el sucesor del autor de la herencia, entra a la masa hereditaria como si esta fuese un 'patrimonio' común, tiene responsabilidad directa de las deudas de la herencia, y en principio, son obligados a cumplir con los legados y cargas señalados por el testador."[144] Entiéndase la responsabilidad de las cargas de la herencia como la continuación del pasivo pecuniario del testador hasta donde el activo de la herencia lo permita, es decir, el heredero no debe cumplir con las obligaciones de la herencia con su propio patrimonio. Sobre esto, el CC establece lo siguiente:

> Artículo 455. El heredero adquiere a título universal y responde de las cargas de la herencia hasta donde alcance la cuantía de los bienes que hereda.

[144] ROMÁN LÓPEZ, Carlos Dante, *Arbitraje en Materia Sucesoria*, p. 45.

#### 2.1.1.2.1. Capacidad e incapacidad para heredar.

Según los artículos 505 y 506 del CC, para que una persona se considere capaz para heredar, basta que lo sea al tiempo de la muerte del autor de la herencia, y si la institución fuera condicional, es necesario que el heredero sea capaz al tiempo en que se cumpla la condición.

La ley civil establece que, con relación a ciertas personas y a determinados bienes, dicha capacidad se puede perder por I) Falta de personalidad; II) Delito; III) Presunción de influencia contraria a la libertad del testador, o a la verdad o integridad del testamento; IV) Falta de reciprocidad internacional; V) Utilidad pública, y; VI) Renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento (CC: Artículo 484). Se puede recobrar la capacidad de heredar conforme a los lineamientos establecidos por la ley civil.

Por sucesión intestamentaria pueden heredar los descendientes de los considerados por la ley como incapaces para heredar, pues no deben ser excluidos por la falta de su ascendiente, la única condición que la ley marca en este caso es que por ningún motivo el ascendiente incapaz pueda tener el usufructo o administración de los bienes de la sucesión (CC: Artículo 491).

Asimismo, si un heredero muere antes de que se abra la sucesión *mortis causa* o antes de cumplir la condición impuesta por el testador, este no tendrá el derecho de testar —por ninguna vía— los bienes que por disposición testamentaria le debieron corresponder. Tampoco tienen permitido transmitir ningún derecho a sus herederos, aquellos que repudien la herencia o quienes hayan sido declarados incapaces para heredar. En este caso, heredarían los sucesores legítimos, herederos sustitutos o se acrecentaría la herencia (CC: Artículos 507 y 508) (al heredero fallecido antes que el testador se le llama premuerto).

En lo que toca al tema de la incapacidad de herederos y legatarios, un potencial conflicto en una sucesión puede suceder de la manera siguiente:

En el entendido de que los herederos y legatarios pueden enajenar su parte en la herencia a partir de la muerte del *de cujus* (CCF: Artículo 1291), así como gravarla o transmitirla (CC: Artículo 462), si a la sucesión sobreviniere algún contrato celebrado de buena fe en el que el heredero enajene o grave todos o algunos de los bienes de la herencia y posteriormente se declare judicialmente su incapacidad para heredar, la validez del contrato subsiste, pero el heredero incapaz deberá indemnizar a los herederos legítimos del *de cujus* por el concepto de daños y perjuicios ya que, en este caso, los bienes que enajenó o gravó ya no se encontrarían dentro de la masa hereditaria (CC: Artículo 514).

### 2.1.1.2.2. Institución y designación de herederos.

El heredero se instituye, generalmente, mediante disposición testamentaria o legal. Otra persona que no sea el testador no puede instituir herederos:

**Código Civil para el Estado de Michoacán**
Artículo 470. Ni la subsistencia del nombramiento del heredero o de los legatarios, ni la designación de las cantidades que a ellos correspondan, pueden dejarse al arbitrio de un tercero.

Pero en el caso de que el testador deje como herederos o legatarios a un número ilimitado de individuos, tales como los pobres, los huérfanos, los ciegos, etc., puede encomendar a un tercero la distribución de las cantidades que deje para ese objeto y la elección de las personas a quienes deban aplicarse, observándose lo dispuesto en las leyes al respecto (CC: Artículos 471 y 472).

En situaciones en que el autor de la herencia realiza una disposición testamentaria en términos vagos “en favor de sus parientes", se entiende que se refiere a los parientes más próximos, según el orden de la sucesión legítima.

En esta situación, es la ley quien designa herederos en auxilio de la disposición testamentaria (CC: Artículo 573). Ello también puede ser base de un conflicto familiar en torno a la sucesión.

La institución de herederos se puede hacer sin ninguna modalidad condicional para acceder a la sucesión o bajo ciertas condiciones, cargas o en mancomunidad. Ello lo explicaré con más detalle al hablar sobre el testamento *per se* y de las condiciones que puede poner el testador para que se cumpla su última voluntad.

**2.1.1.2.3. La sustitución de herederos.**

Esta figura la regula el CC en los artículos 644 a 655, se refiere a que el testador puede sustituir, conjunta o separadamente, una o más personas al heredero o herederos instituidos, para el caso de que mueran antes que él, o de que no puedan o no quieran aceptar la herencia.

Los sustitutos deben recibir la herencia con los mismos gravámenes y condiciones con que debían recibirlos los herederos; a no ser que el testador haya dispuesto expresamente otra cosa, o que los gravámenes o condiciones fueran meramente personales del heredero.

Asimismo, si los herederos instituidos en partes desiguales son sustituidos recíprocamente, en la substitución deben tener las mismas partes que en la institución; a no ser que claramente parezca haber sido otra la voluntad del testador.

Constituye una sustitución cuando el padre deja una parte o la totalidad de sus bienes a su hijo, con la carga de transferirlos al hijo o hijos que tuviere hasta la muerte del testador, en cuyo caso el heredero se considerará como usufructuario.

### 2.1.1.3. Los legatarios.

Los legatarios no continúan con el patrimonio del *de cujus*, sólo son adquirentes a título particular de aquellos bienes que el testador les haya asignado o dejado expresamente (CC: Artículo 456). La gran diferencia con los herederos es que aquellos son adquirentes a título universal, así que si cuando se instituye a un heredero en cosa cierta y determinada debe tenerse por legatario (CC: Artículo 554).

La institución de los legatarios únicamente es posible mediante disposición testamentaria, por lo que no hay legados en la sucesión legítima.

El legado puede consistir en la prestación de la cosa o en la de algún hecho o servicio (CC: Artículo 564), sobre esto, la Profesora Leonor Arciga escribe que, "por consiguiente existen legados de dar y hacer. Los primeros tienen por objeto la transmisión del dominio, del uso o goce de una cosa o de un derecho y suponen los siguientes requisitos: la cosa debe existir en la naturaleza; debe estar en el comercio; debe ser determinada o determinable. Los legados de hacer, implican una obligación impuesta a un heredero o a otro legatario para cumplir un servicio a favor del legatario instituido. El hecho debe ser posible, tanto física como legalmente y además debe ser lícito." [145]

Debido a que el legatario es adquirente a título particular, sólo responde de las cargas que el testador le haya impuesto expresamente, sin perjuicio de su responsabilidad subsidiaria con los otros herederos. En el entendido de que, un responsable subsidiario es quien hace frente a la obligación de que se trate cuando el responsable directo no puede hacerlo, si para hacer frente a una deuda, los bienes adquiridos por otros herederos no alcanzaren, el legatario deberá responder a la carga con su legado, aunque ello no esté expreso en el testamento. En un caso así, "se hace la entrega material del bien al legatario

[145] ARCIGA RODRIGUEZ, María Leonor, *Op. Cit.*, ver nota 140, p. 104.

hasta que se haya realizado la liquidación de la herencia, o se garantice el pago de las deudas contraídas por el autor de la sucesión, toda vez que el legatario responde subsidiariamente cuando los bienes y derechos del o de los herederos no son suficientes para cubrir esas deudas.”[146]

En cuanto a la capacidad para ser legatario, se siguen las reglas de la sucesión testamentaria.

**2.1.1.3.1. Los legados.**

Los legados, tanto a herederos como legatarios, que puede disponer el testador son:

I. Puros y simples. En estos, “no se impone algún término, condición, carga o modo para adquirir el legado y se adquiere la posesión y el dominio del bien desde el mismo momento del fallecimiento del autor de la sucesión.”[147] Dado el caso, con estos legados el legatario debe responder subsidiariamente a las cargas de la herencia.

II. Con sujeción a término. Pueden ser suspensivos o extintivos; de día cierto o incierto. Puede haber legados extintivos de día cierto o incierto, llegada la fecha el legado dejará de surtir efectos, y; en el suspensivo, llegada la fecha, cierta o incierta, el legado este comenzará a surtir efectos.

III. Onerosos. Conllevan junto al legado un gravamen de menor cuantía a la del legado. Para aceptar el derecho hay que aceptar la carga.

[146] *Ibídem*, p. 105.
[147] *Ídem*.

IV. Alternativos. Comportan dos o más legados de entre los cuales el heredero o legatario pueden elegir sólo el número determinado menor al total.

V. Sobre cosa propia. Son los que recaen sobre cosa específica y determinada del patrimonio del testador.

VI. Sobre cosa ajena. Son los que contienen la carga de adquirir o tratar de adquirir cierta cosa no perteneciente al testador.

VII. De cantidad, peso o medida. Pueden legarse ciertas cantidades de ciertas cosas, verbigracia cien toneladas de madera de caoba.

VIII. En especie.

IX. De alguna cantidad de dinero, y si no hubiere en la masa hereditaria, del fruto de sus bienes.

X. De cobro de crédito. Si un tercero le debiere al testador, el legatario nombrado bajo este término tiene derecho a cobrarlo.

XI. De perdón de deuda. Se puede legar al deudor del testador el perdón de su deuda.

XII. De remuneración ante el pago de un servicio.

XIII. De otorgamiento de alimentos en favor de un acreedor alimentario.

XIV. De educación en favor de un menor de edad para garantizar su formación académica.

XV. De pensión en favor de un pensionado instituido por el testador.

XVI. De usufructo, uso habitación o servidumbre.

### 2.1.1.4. El albacea.

En un principio, el albacea era el ejecutor de los deseos del testador, el nombramiento de su cargo se hacía por disposición testamentaria y se consideraba como un mandatario póstumo del *de cujus* con potestad para liquidar los bienes del caudal hereditario. Hoy, en México, esta figura continúa siendo la de un mandatario póstumo del testador, instituido con facultades para realizar lo legalmente necesario para lograr la liquidación del patrimonio dejado por el autor de la sucesión, aun cuando ello se contraponga con la voluntad de los herederos.

También, el albacea se puede instituir *ab intestato* o por testamento y en sí es un representante de los herederos y legatarios, así como un ejecutor de las disposiciones testamentarias y representante de la sucesión en juicio y fuera de él, así lo establece la ley civil michoacana:

**Código Civil Para el Estado de Michoacán.**
Artículo 844. Los albaceas son los órganos representativos de la copropiedad hereditaria para actuar en nombre y por cuenta de los herederos o legatarios en todo lo relativo a la defensa y administración de los bienes hereditarios. Así mismo, tienen como función ejecutar las disposiciones testamentarias y representar a la sucesión en juicio y fuera de él.

La referencia a la administración de los bienes hereditarios incluye también a su liquidación y división.

El cargo de albacea es voluntario, pero quien lo acepte está obligado a desempeñarlo (CC: Artículo 861). El encargo que este debe cumplir debe de hacerse dentro de un año, contado desde su aceptación, o desde que terminen

los litigios que se promovieron sobre la validez o nulidad del testamento (CC: Artículo 903), dicho término puede ser prorrogable en algunas situaciones específicas.

El albaceazgo debe remunerarse, no es un cargo que se desempeñe gratuitamente, el monto de su retribución puede ser señalado directamente por el testador, de no ser así, el albacea puede cobrar hasta el dos por ciento sobre el importe líquido y efectivo de la herencia, y el cinco por ciento sobre los frutos industriales de los bienes hereditarios. No obstante lo anterior, si el testador sí designa una retribución al albacea, este tiene el derecho de elegir entre lo que se le dejó y lo que la ley le concede por el mismo motivo (CC: Artículos 906 – 908).

Por último, de las generalidades del albaceazgo, destaca que el albacea está impedido de delegar o heredar su institución, pero puede designar mandatarios para que sigan sus órdenes, en este supuesto, será el titular del cargo quien responda por sus actos (CC: Artículo 866); además, tiene la obligación de rendir cuentas periódicas de su albaceazgo (CC: Artículo 888) y esta obligación es transmisible a los herederos de la misma sucesión (CC: Artículo 889).

**2.1.1.4.1. Institución del albaceazgo.**

Existen varias reglas observadas por la legislación civil estatal en cuanto a la institución del albaceazgo. Para los fines de mi investigación, considero importante mencionar cuáles son las formas establecidas y en cuáles pudieren surgir conflictos.

El ejercicio del albaceazgo se instituye de dos formas: mediante disposición testamentaria o, en caso de que falte su nombramiento

testamentario, por los herederos o, en su defecto, legatarios, en mayoría de votos, siempre y cuando todos sean mayores de edad, pues de haber algún heredero menor de edad, su representación legítima debe sufragar en su nombre (CC: Artículo 848). No aplica el nombramiento por mayoría de votos cuando hay un sucesor único, en estos casos es él mismo, o su tutor, quien ejerce el albaceazgo (CC: Artículo 852).

El nombramiento de albacea por los herederos puede hacerse tanto en los testamentarios como, lógicamente, en los intestados. El nombramiento puede ser provisional o definitivo.

Cabe la posibilidad de que surjan conflictos en cuanto al nombramiento de albaceas definitivos, sin embargo, si mediante votación no se llega a ningún acuerdo, la designación del albacea la hace el juez competente (CC: Artículos 850, 853).

Cuando se instituye a más de un albacea, el albaceazgo es ejercido por cada uno de ellos, en el orden en que han sido designados, a no ser que el testador dispusiera expresamente que se ejerza de común acuerdo por todos los nombrados (CC: Artículo 858). El albaceazgo ejercido en común acuerdo comporta una mancomunidad de albaceas, en este, sólo son válidas aquellas acciones que todos hagan de consuno, así, lo que haga uno de ellos debe ser autorizado por los demás y, en caso de disidencia, se toma lo que acuerde la mayoría. De no haber mayoría, decide el juez (CC. Artículo 859). Estos casos de conflicto entre albaceas mancomunados son comunes y pueden llegar a suponer retrasos en los procedimientos sucesorios.

El nombramiento de albaceas puede ser de dos tipos: albaceas universales o especiales (CC. Artículo 857). La Profesora Leonor Arciga los conceptualiza así:

"El albacea universal es la persona que desempeña todas las funciones encomendadas por la ley. Por ejemplo, se encarga de la administración, defensa, liquidación, partición y adjudicación definitiva de los bienes que conforman la masa hereditaria; así como también ser ejecutor y defensor del testamento cuando lo hay, ya que el albacea universal puede existir tanto en la sucesión testamentaria como intestamentaria; ser nombrado por el testador en el momento de hacer su testamento; o por los herederos en el caso de que no exista testamento; o por el Juez cuando los herederos no se pongan de acuerdo en hacer la designación." [148]

El albacea especial "se encarga de realizar actividades específicas en la sucesión, su actuación es muy concreta y generalmente es nombrado por el testador con la finalidad de que atienda determinados asuntos. Existiendo la posibilidad de que sean los herederos quienes también lo designen." [149]

Los albaceas universales y especiales pueden converger en un mismo juicio.

**2.1.1.4.2. Impedimentos del albaceazgo.**

De acuerdo con los artículos 845 y 846 del CC, en principio, el impedimento básico para ejercer un albaceazgo es la falta de capacidad de ejercicio; además, a menos de que lo sean por tratarse de ser herederos únicos, no pueden ser albaceas: I) los magistrados y jueces que estén ejerciendo jurisdicción en el lugar en que se abre la sucesión; II) los que por sentencia hubieren sido removidos otra vez del cargo de albacea; III) los que hayan sido condenados por delitos contra la propiedad, o ; IV) los que no tengan un modo honesto de vivir.

[148] ARCIGA RODRIGUEZ, María Leonor, *Óp. Cit.*, ver nota 140, p. 155.
[149] *Ibídem*, pp. 155-156.

#### 2.1.1.4.3. Excusas al albaceazgo.

Quienes sí pueden ser albaceas, pero tienen la posibilidad de excusarse son: I) los empleados y funcionarios públicos; II) los militares en servicio activo; III) los que sean tan pobres que no puedan atender el albaceazgo sin menoscabo de su subsistencia; IV) los que, por el mal estado habitual de salud, o por no saber leer ni escribir, no puedan atender debidamente el albaceazgo; V) los que tengan sesenta años cumplidos, o; VI) los que tengan a su cargo otro albaceazgo (CC: Artículo 864).

El albacea que pretenda excusarse debe hacerlo dentro de los seis días siguientes a aquél en que tuvo noticia de su nombramiento; o si este le era ya conocido, dentro de los seis días siguientes a aquél en que tuvo noticia de la muerte del *de cujus*. Un conflicto que puede presentarse en cuanto a esto es que, si presenta sus excusas fuera del término señalado, debe responder de los daños y perjuicios que ocasione (CC: Artículo 863).

#### 2.1.1.4.4. Renuncia al albaceazgo.

Antes de aceptarlo, el albaceazgo es un cargo voluntario, pero desde que es aceptado se torna obligatorio. En el caso de albaceas designados por testamento, sólo se puede renunciar a él por justa causa so pena de perder lo que le haya dejado el testador (CC: Artículos 861, 862).

#### 2.1.1.4.5. Fenecimiento del albaceazgo.

La ley civil (CC: Artículos 911, 912 y 915) establece que el cargo de albacea fenece: I) por el término natural del encargo; II) por muerte; III) por incapacidad legal, declarada en forma; IV) por excusa que el juez califique de legítima, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público,

cuando se interesen menores o la Beneficencia Pública; V) por terminar el plazo señalado por la ley y las prórrogas concedidas para desempeñar el cargo; VI) por revocación de sus nombramientos, hecha por los herederos y en el mismo acto debe nombrarse un albacea sustituto, y; VII) por remoción, esto mediante sentencia interlocutoria sobre el incidente promovido por alguna de las legítimas partes.

**2.1.1.4.6. Derechos del albacea.**

Como ya se leyó, son derechos del albacea no aceptar, renunciar con justa causa o excusarse de desempeñar su cargo, así como la facultad de nombrar un mandatario que obre bajo sus órdenes. Asimismo, en este tenor, un albacea tiene el derecho de ser liberado de la obligación de caucionar el manejo del cargo por parte de los herederos testamentarios o legítimos.

Dado un caso de suma urgencia, puede uno de los albaceas mancomunados practicar, bajo su responsabilidad personal, los actos que sean necesarios, dando cuenta inmediatamente a los demás.

El albacea tiene el derecho a la remuneración por el ejercicio de su cargo, el pago se puede hacer mediante un legado.

Junto a los herederos, el albacea universal es derechohabiente de la posesión de los bienes hereditarios a partir de la muerte del autor de la herencia (CC: Artículo 870) y puede abstenerse de entregar el legado si el cumplimiento de este depende de una condición suspensiva o de algún plazo (CC: Artículo 868).

### 2.1.1.4.7. Obligaciones del albacea.

Las leyes sustantivas y adjetivas señalan que el albacea universal está obligado:

I. A la presentación del testamento; si el albacea ha sido nombrado en testamento y lo tiene en su poder, debe presentarlo dentro de los ocho días siguientes a la muerte del testador (CC: Artículo 872, fracción I y Artículo 869).

II. Al aseguramiento de los bienes de la herencia (CC: Artículo 872, fracción II y Artículo 879).

III. A la formación de inventarios (CC: Artículo 872, fracción III y Artículo 890; CPCEM: Artículo 1005).

IV. A la administración de los bienes y la rendición de cuentas del albaceazgo (CC: Artículo 872, fracción IV y Artículo 882); dentro del primer mes de ejercer su cargo, debe fijar, de acuerdo con los herederos, la cantidad que haya de emplearse en los gastos de administración y el número y sueldos de los dependientes. Después de ello, deberá rendir cuentas periódicas sobre la administración de su albaceazgo. Lo anterior puede llegar a generar conflictos.

V. Al pago de deudas mortuorias, hereditarias y testamentarias (CC: Artículo 872, fracción V y Artículo 883); son deudas mortuorias las que hayan sido contraídas para el pago de los gastos del funeral del testador, así como las que se hayan causado en su última enfermedad.

En toda sucesión testamentaria o legítima la posesión de los bienes corresponde a los herederos o legatarios en su caso, salvo disposición especial de la ley; pero queda en poder del albacea la porción de bienes estrictamente

necesaria para pagar las cargas y deudas hereditarias, más otras responsabilidades que hayan sido a cargo del autor. Dicha porción se fija por la mayoría de los herederos o de los legatarios, más aprobación judicial; si hay que saldar una deuda urgente o solventar otro gasto apremiante y es necesario vender algunos bienes, el albacea debe hacerlo de consuno con los herederos, y si esto no fuera posible, mediante aprobación judicial.

VI. A realizar la partición y adjudicación de los bienes entre los herederos y legatarios (CC: Artículo 872, fracción VI).

VII. A la defensa, en juicio y fuera de él, así de la herencia como de la validez del testamento (CC: Artículo 872, fracción VII); en todas las acciones referentes a la herencia, testamentaria o intestamentaria, deben ser representadas por el albacea.

No obstante lo señalado en el párrafo anterior, la transacción de los negocios de la herencia o el sometimiento, por cualquier vía, de las controversias pertenecientes a ella, a arbitraje, sólo se puede hacer con previo consentimiento de los herederos. En Michoacán, además, para ello es necesaria la autorización judicial (CC: Artículo 885), esto comporta una intromisión estatista que denota la ambigüedad de la norma jurídica y su artificiosidad dilatoria. Lo ideal sería que el común acuerdo con los herederos bastara para agilizar mediante arbitraje o para transigir todo proceso conflictivo o controversial referente a la sucesión, esto lo entiende el legislador federal (CCF: Artículo 1720) pero no el michoacano. Además, es lógico, la figura del heredero, al ser el continuador del patrimonio del *de cujus*, tiene potestad plena para decidir, de consuno con la del albacea, si este puede ser sometido a arbitraje dado el caso.

La intromisión judicial sólo debería figurar para ejecutar la transacción o el laudo arbitral; por ningún otro motivo, ni en caso de desacuerdo, ya que para que todo arbitraje sea operante, debe llevarse a cabo tras un acuerdo de voluntades en donde todas las partes consientan someter una controversia a arbitraje; tampoco se puede transigir ningún negocio si no se hace de común acuerdo.

Otro ejemplo donde no procedería la intromisión judicial sería si el negocio o la controversia le atañen al orden público, pues en ese caso tanto la transacción como el arbitraje serían inválidos.

Así pues, en Michoacán esto es aplicable con excepción de aquellos casos en los que el autor de la herencia inscriba una cláusula arbitral en su testamento, entonces no será necesaria la autorización judicial. De esto hablaré más en el tercer y cuarto capítulo.

VIII. A representar a la sucesión en todo juicio promovido en su nombre o en su contra (CC: Artículo 872, fracción VIII).

Otras obligaciones son: garantizar el manejo de su nombramiento mediante fianza, hipoteca o prenda (CC: Artículo 874), o de ser coheredero, con su parte de la herencia si esta tuviera el mismo valor (CC: Artículo 875) y cumplir con su encargo dentro de un año, contado desde su aceptación, o desde que terminen los litigios que se promovieron sobre la validez o nulidad del testamento (CC: Artículo 903).

#### 2.1.1.5. El interventor.

El interventor es la única figura subjetiva del Derecho Sucesorio que no puede ser nombrada por el *de cujus* pues es nombrado por aquél o aquellos herederos que están inconformes con el nombramiento de albacea hecho por

mayoría; con esto, se supone que los herederos minoritarios deberían tener la seguridad de que a quien nombren vigilará al albacea en los actos concernientes a su cargo.

Su nombramiento se efectúa cuando concurren varios coherederos minoritarios que se manifiestan inconformes con el nombramiento de albacea, ellos son quienes designan al interventor mediante mayoría de votos y, si no se obtiene mayoría, el nombramiento lo debe hacer el Juez, eligiendo al interventor de entre las personas propuestas por los herederos de la minoría (CC: Artículo 894).

Asimismo, aunque no haya herederos minoritarios, debe nombrarse un interventor en los siguientes casos: I) cuando algún heredero esté ausente o no sea conocido; II) cuando la cuantía de los legados iguale o exceda a la porción del heredero albacea, o; III) cuando se hagan legados para objetos o establecimientos de Beneficencia Pública (CC: Artículo 897).

El interventor es aquella persona con capacidad de ejercicio que por ley tiene la limitación en sus funciones de vigilar el exacto cumplimiento del cargo de albacea, no obstante ello, en Michoacán también comporta un albacea mancomunado, ya que para que el albacea, provisional o definitivo, pueda ejecutar sus actos de administración, debe hacerlo de consuno con el interventor so pena de ser sancionado (CPCM: Artículo 1063).

El fenecimiento del cargo de interventor procede conforme a la misma normativa del cargo de albacea.

### 2.1.2. El testamento.

De acuerdo con la ley civil y la doctrina, en México el testamento es un acto jurídico unilateral y personalísimo, ya que no puede desempeñarse por mandatario. Este comporta un acto revocable, libre y formal, por el que una persona capacitada para testar dispone en su última voluntad de su patrimonio para después de su muerte.

#### 2.1.2.1. Elementos del testamento.

La definición anterior incluye los siguientes elementos:

I. Es unilateral y personalísimo. Lo anterior fundamenta que la ley prohíba que dos o más personas puedan testar en el mismo acto.

II. El testamento se puede revocar para elaborar otro cuantas veces sea necesario, este es un derecho irrenunciable que tiene el testador.

III. Es un acto libre. En el Derecho Hereditario existe un principio llamado *de libre testamentifacción* conque implica que el testador puede suceder a quien desee, sin perjuicio de acreedores alimentarios. Lo anterior, so sanción de que su testamento se considere como inoficioso, nulo o ineficaz. De acuerdo con este principio, la voluntad del testador no debe ser coaccionada por ningún vicio que la parcialice en favor de alguna persona, y; de existir algún vicio de la voluntad en el testamento, se puede incoar su nulidad.

IV. La elaboración de un testamento debe conformar ciertas formalidades, a mencionarse más adelante, que comportan elementos de existencia del mismo.

V. Debe hacerse por una persona capaz para lo propio.

VI. Otro elemento es la posibilidad que tiene el testador de disponer en su testamento de todos sus bienes y derechos en favor de quien desee para después de su muerte; además, mientras esté en lo cierto de ello, puede legar una cosa ajena a su patrimonio, en este caso, tras la muerte del testador, el heredero deberá adquirir la cosa para entregarla al legatario o bien, si esto fuere imposible, darle a este su precio, asimismo, el legado subsiste si antes de morir el heredero hubiera adquirido la cosa ajena (CC: Artículos 603 – 606).

VII. El último elemento general del testamento es que el testador puede hacer cumplir en él deberes que no alcanzó a completar en vida. El más claro ejemplo sobre esto es el deber de otorgar alimentos.

#### 2.1.2.1.1. Elementos esenciales y de validez del testamento.

Como todo acto jurídico, el testamento tiene elementos esenciales y de validez. Los primeros comprenden la voluntad del testador y el objeto de sus disposiciones testamentarias; los segundos, son la ausencia de vicios en la voluntad del testador, así como su capacidad para testar y la licitud del objeto de su testamento, el cual debe tener la forma que marca la ley.

### 2.1.2.2. Condiciones que pueden ponerse en los testamentos.

La institución de herederos y legatarios puede hacerse bajo ciertas condiciones, pues para que la sucesión surta efectos jurídicos, ellos deberán realizar u omitir ciertos actos, en otras palabras, el testador es libre para imponer condiciones al disponer de sus bienes (CC: Artículo 515).

"Acerca de esa libertad que tiene el testador de imponer alguna condición, que finalmente se traduce en un acontecimiento futuro e incierto o en una obligación o carga para las personas designadas en el testamento y al dar cumplimiento con ello, se hagan merecedores de recibir la herencia o el legado, según se trate de herederos o legatarios."[150] Aunque si no lo lograran, al demostrar que hicieron lo posible para cumplir con la condición o que esta era imposible de cumplir, pueden acceder a la sucesión (CC: Artículos 517, 519).

**2.1.2.3. Ineficacia del testamento.**

**2.1.2.3.1. Ineficacia parcial del testamento: testamentos inoficiosos.**

La disposición del activo patrimonial en cuanto a los bienes del testador es libre, sin embargo, se encuentra supeditada a la obligación de otorgar alimentos *post mortem* a las personas que la ley señale (CC: Artículo 540). El derecho a percibir alimentos es irrenunciable e intransigible, por lo tanto, inarbitrable (CC: Artículo 544). Si esto no se hace así, el testamento se considera inoficioso (CC: Artículo 546), lo cual reputa su ineficacia parcial, pues los sucesores nombrados por el testador disminuirían la parte que les corresponde de la herencia para cumplir con ella la obligación alimentaria, es decir, verían lesionado su derecho hereditario.

**2.1.2.3.2. Ineficacia total del testamento: testamentos nulos.**

Un testamento nulo es totalmente ineficaz, la nulidad absoluta impide que un acto jurídico produzca efectos jurídicos.

La nulidad del testamento opera por la falta de capacidad para testar; por la presencia de vicios en la voluntad del testador al momento de realizar su disposición testamentaria o por la voluntad otorgada de manera no expresa.

[150] ARCIGA RODRIGUEZ, María Leonor, *Óp. Cit.*, ver nota 140, p. 37.

También, se considera nulo el testamento que cuyo objeto, motivo o fin sea contrario a la ley o al orden público; por último, es nulo el testamento que no se realiza conforme a las formas establecidas por la ley (CC: Artículo 663), a estudiarse más adelante.

**2.1.2.3.3. Ineficacia total del testamento: revocación del testamento.**

El testador puede revocar y volver a hacer su testamento cuantas veces lo desee, no puede renunciar a tal derecho.

La revocación puede ser:

I. Expresa: Cuando el testador manifiesta que desea que su testamento deje de tener efectos jurídicos. Lo anterior se puede constatar en un nuevo testamento, aunque también se puede revocar sin necesidad de ello, lo cual no es recomendable.

II. Tácita: Se considera hecha la revocación al momento de que el testador suscribe un nuevo testamento, aunque no haya manifestado su deseo de revocar el anterior, pero si manifestare su deseo de no revocarlo, esta no se hará.

Todos los testamentos revocados pueden recobrar su validez de manera expresa.

**2.1.2.3.4. Ineficacia total del testamento: caducidad del testamento.**

Un testamento caduca al perder su eficacia tras haberse declarado válido, salvo en algunos casos, esto no implica, forzosamente, la voluntad del testador o de los herederos.

La ley civil (CC: Artículos 507, 508 y 669) establece que, en lo relativo a los herederos y legatarios, las disposiciones testamentarias caducan y quedan sin efecto: I) si el heredero o legatario muere antes que el testador o antes de que se cumpla la condición de que dependa la herencia o el legado; II) si el heredero o legatario se hace incapaz de recibir la herencia o legado, o; III) si renuncia a su derecho; además, dichos sujetos ya no podrán transmitirles ningún derecho a sus herederos. En estos casos, excepto cuando el autor de la herencia haya dispuesto otra cosa, la herencia pertenece a los herederos legítimos del testador.

### 2.1.2.4. La forma de los testamentos.

El testamento, en cuanto a su forma, puede ser ordinario o especial.

Un testamento ordinario puede ser: I) público abierto; II) público cerrado; III) público simplificado, y; IV) ológrafo; la legislación michoacana no observa la existencia del testamento público simplificado. Asimismo, un testamento especial puede ser: I) privado; II) militar; III) marítimo, y; IV. hecho en país extranjero. No corresponde a esta investigación abundar en ellos.

En lo general, la realización de todos los testamentos requiere que se hagan en presencia de testigos que la ley considere idóneos para su testimonio, es decir, existen personas incapacitadas para ello, ellas son: I) quienes se desempeñan como escribientes del Notario que autorice el testamento; II) personas en estado de interdicción; III) los ciegos, sordos y mudos; IV) los herederos o legatarios, así como sus descendientes, ascendientes, cónyuge o hermanos; en este caso, se anula aquella disposición testamentaria que beneficie a las personas mencionadas y sus parientes; V) quienes hayan sido condenados por el delito de falsedad, y; VI) quienes no comprendan el idioma español (CC: Artículo 674).

En caso de que el testador no comprenda el idioma español, deben concurrir al acto de celebración del testamento dos intérpretes que firmarán el testamento junto al notario y los testigos (CC: Artículo 175).

Para que el Notario pueda autorizar el testamento o para que este no se considere nulo, tanto el fedatario como los testigos que intervengan en él deben conocer al testador o cerciorarse de algún modo de su identidad y de que se halla en su cabal juicio y libre de cualquier coacción. Si la identidad del testador no puede ser verificada, se debe declarar esta circunstancia por el Notario o por los testigos, en su caso, agregando uno u otros, todas las señales que caractericen la persona de aquél (CC: Artículos 676 – 678).

Tras la autorización del testamento, tanto el Notario que lo haya hecho, como quien lo tenga en su poder, debe dar aviso a los interesados luego que sepa la muerte del testador. Si no lo hace así, es responsable de los daños y perjuicios que la dilación ocasione.

En el caso de que los interesados estén ausentes o sean desconocidos, la noticia se le debe dar al juez (CC: Artículo 680).

#### 2.1.2.4.1. Testamentos ordinarios y especiales.

Tanto los testamentos ordinarios como los especiales se revisten de formalidades establecidas por la ley, la gran diferencia es que los primeros se depositan en el Archivo General de Notarías en cuanto son autorizados en el archivo general de notarías y los otros pueden demorar más en estar disponibles.

En los testamentos especiales destaca la situación de emergencia en la que se encuentra el testador para realizar su testamento al estar en peligro de muerte.

## 2.2. Derecho Procesal Sucesorio.

Los procedimientos sucesorios pueden ser judiciales o extrajudiciales, los primeros se incoan ante el juez local competente y se llevan a cabo a lo largo de cuatro secciones que comprenden desde el fallecimiento del autor de la herencia hasta la adjudicación de los bienes en favor de quienes sean o resulten ser herederos o legatarios.

Los procedimientos extrajudiciales se llevan a cabo ante Notario Público. Ambos son procedentes tanto testamentariamente como intestamentariamente; ahora bien, tocaré someramente los casos de procedencia al intestado.

### 2.2.1. Sucesión legítima.

No solo en aquellos casos en los que el *de cujus* muere intestado procede la sucesión legítima, también cuando el testamento que este otorgó resulta nulo o inválido; asimismo, en los supuestos en que el testador no dispone de todos sus bienes en el testamento, ahí los que restan se suceden mediante intestado, lo que comporta una sucesión mixta; otro supuesto es cuando el heredero no cumple con las condicionales impuestas por el testador, o; cuando el heredero premuere al testador, renuncia a su herencia o resulta incapaz para heredar, esto, si no se hallara un sustito instituido por el *de cujus* (CC: Artículo 765).

Sobre el último supuesto, sólo los bienes que debían comprenderle al heredero premuerto, renunciante o incapaz serán abiertos a la sucesión legítima, las demás disposiciones testamentarias subsisten normalmente (CC: Artículo 766).

#### 2.2.1.1. Legitimidad para heredar por intestado.

Ya sabiendo los casos de procedencia, surge la duda de ¿quién tiene derecho a ser beneficiario de una sucesión legítima?

Bajo el principio de que el pariente más próximo excluye al más lejano, la ley (CC: Artículo 768) designa a las siguientes personas en el siguiente orden:

I. En primer lugar: Los descendientes, cónyuge, concubina o concubino del *de cujus.*

II. En segundo lugar, sus ascendientes.

III. En tercer lugar, sus parientes colaterales dentro del cuarto grado, comenzando por los hermanos.

IV. A falta de los anteriores, la beneficencia pública o al fisco del Estado, en su caso.

Salta a la vista la equiparación de cónyuges y concubinos, pero la ley establece que, en materia de sucesiones, aplican para ellos los mismos derechos, siempre y cuando hayan vivido juntos como si fueran cónyuges durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte o cuando hayan tenido hijos en común, si es que ambos permanecieron libres de matrimonio durante el concubinato. Si al morir el autor de la herencia le sobreviven varias concubinas o concubinarios, ninguno de ellos tiene derecho a heredar.

Aquellos parientes que se encuentren en el mismo grado, tienen derecho a heredar por partes iguales.

Los parientes por afinidad no se contemplan como sucesores legítimos.

La excepción al principio de que los parientes más próximos excluyen a los más lejanos se da con aquellos quienes tienen derecho a heredar por estirpe o por cabeza.

### 2.2.1.2. Formas para heredar por intestado.

La ley civil establece tres formas de heredar mediante sucesión legítima:

I. Herencia por cabeza. "Se presenta cuando el heredero recibe por derecho propio, es decir, por sí mismo y no por representación, como es el caso de los hijos o de los padres del autor de la sucesión."[151]

II. Herencia por estirpes. "Se manifiesta cuando la herencia no se recibe por derecho propio, sino en representación"[152] Son lo equivalente a las sustituciones en la sucesión testamentaria.

III. Herencia por líneas. "Se presenta cuando los ascendientes de segundo o de ulterior grado del autor de la sucesión son llamados a recibir la herencia, porque no hay padres del autor de la sucesión."[153]

De entre las generalidades de la sucesión legítima, saltan algunas normas de diversas legislaciones estatales que disponen que el adoptado hereda como un hijo, pero no hay derecho de sucesión entre el adoptado y los parientes del adoptante, lo cual reputa una antinomia, por lo menos en Michoacán, porque la adopción genera los mismos derechos del parentesco por

[151] ÁRCIGA RODRÍGUEZ, María Leonor *Op. Cit.*, ver nota 140, p. 122.
[152] *Ídem*.
[153] *Ibídem,* p. 123.

consanguinidad, como se leyó en el primer capítulo. Así que normas como esta, se combaten fácilmente mediante un juicio de amparo.

También, deben tomarse las providencias que la ley establezca en caso de que la viuda del *de cujus* quede embarazada.

### 2.2.2. Procedimiento sucesorio por la vía judicial.

Como ya he comentado, el juicio sucesorio es el medio por el cual las personas que resulten herederas o legatarias hacen valer su derecho a la herencia, ello por vía legítima o testamentaria, las cuales comportan un contraste entre sí.

Para los efectos del proceso sucesorio hay que diferenciar dos conceptos que pueden parecer similares, aunque no lo sean: la herencia y la masa hereditaria.

La herencia es la sucesión *per se*, es el procedimiento para adquirir la *masa hereditaria*, la cual comporta el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que conforman el patrimonio del *de cujus* a transmitirse *mortis causa*.

Para que se pueda realizar dicha transmisión o sucesión, debe determinarse por qué vía debe procederse, intestamentaria- o testamentariamente.

Conociendo ya qué suponen ambos, me abocaré a describir el procedimiento que debe realizarse en cada caso ante el juez competente.

### 2.2.2.1. Diferencias entre el procedimiento sucesorio testamentario e intestamentario por la vía judicial.

El juicio sucesorio testamentario es un procedimiento judicial que se lleva a cabo ante el juez competente para sustentar la institución de herederos y, en su caso, de legatarios por disposición testamentaria y así comenzar con el procedimiento que deberá culminar en la partición de la masa hereditaria.

Por su parte, el juicio sucesorio intestamentario es un procedimiento judicial que se lleva a cabo para que sea el juez, con base en la ley civil correspondiente al lugar donde se tramita el juicio y donde se ha suscrito el testamento, quien determine a qué personas les asiste el derecho a heredar el patrimonio, o parte de él, de aquella persona que haya muerto intestada. Lo anterior, siguiendo las formalidades que ya he enumerado. A ello le sigue el procedimiento que deberá culminar en la partición de la masa hereditaria.

### 2.2.2.2. Etapas procesales del juicio sucesorio.

Ambos juicios constan de cuatro etapas o secciones procesales, sólo son distintos en la primera etapa. Pues mientras en el testamentario ya se tienen herederos instituidos, en el intestamentario hay que instituirlos por ley.

Dichas secciones son: 1ra.- De sucesión; 2da.- De inventario y avalúo; 3ra.- De administración, y; 4ta.- De partición.

A continuación, estudiaré cada una de ellas.

#### 2.2.2.2.1. Primera sección: De sucesión.

##### 2.2.2.2.1.1. Primera sección en el juicio sucesorio testamentario.

Al momento de la muerte del testador, o cuando se declara la presunción de su muerte, se abre la sucesión y los herederos adquieren el derecho a la masa hereditaria como a un patrimonio común en tanto no se haga la división, o si se hubiere designado legatarios, ellos adquieren el derecho al legado puro y simple.

Abierta la sucesión inicia la primera sección del procedimiento sucesorio; para ello, deben determinarse ciertas cuestiones:

I. Competencia del juez. Aquellos interesados a que se haga la delación, generalmente los herederos y, en su caso, los legatarios instituidos por disposición testamentaria, deben aceptar su cargo y determinar cuál será el juez competente para presentar su demanda. Sobre ello, el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Michoacán dispone lo siguiente:

> Artículo 170. En los juicios hereditarios es competente el Juez en cuya comprensión haya tenido su último domicilio el autor de la herencia; a falta de ese domicilio, lo será el de la ubicación de los bienes raíces que forman la herencia y si estuvieren en varios distritos, el Juez de cualquiera de ellos a prevención; y a falta de domicilio y bienes raíces el del lugar del fallecimiento del autor de la herencia. Lo mismo se observará en casos de ausencia.
>
> Artículo 171. La competencia en juicios hereditarios faculta al Juez para conocer: I. De las acciones de petición de herencia; II. De las acciones contra la sucesión que se promuevan antes de la partición y adjudicación de los bienes; y, III. De las acciones de nulidad, rescisión y evicción de la partición hereditaria.

Así pues, se debe accionar el juicio sucesorio ante el juez competente, tomando en cuenta que el derecho a pedir la herencia prescribe a los diez años de abierta la sucesión.

El derecho a pedir la herencia puede testarse (CC: Artículo 817).

II. Demanda. Determinada la competencia judicial, para presentar la demanda debe acompañarse a la acción una prueba contundente del fallecimiento del testador (CPCEM: Artículo 996). Asimismo, debe anexarse el testamento del *de cujus*, si es que el o los accionantes lo tienen; este se obtiene solicitándolo al Notario que lo otorgó tras conocerse de la muerte del testador.

Dentro del escrito de demanda, es recomendable sustentar el carácter que tiene el accionante de heredero o legatario. Después de recibida la demanda, el Juez debe declararse competente, en caso de no existir razones para su excusa.

III. Informe de existencia o inexistencia de testamento ológrafo. Declarada la competencia del Juez, este debe pedir un informe al encargado del Archivo General de Notarías acerca de si en su oficina se ha depositado algún testamento ológrafo del autor de la sucesión, para que en caso de que así sea, se le remita el testamento (CPCEM: Artículo 998; CC: Artículo 725). La razón de lo anterior es para que el Juez verifique que el testamento presentado anexo a la demanda efectivamente fue la última voluntad del testador.

IV. Declaración de legitimidad del testamento. El Juez dispone de cinco días para determinar si el testamento presentado por los accionantes es efectivamente legítimo, de serlo, tendrá por radicada la testamentaría, y por herederos, legatarios y albaceas, a los que con tal carácter haya instituido el testador.

V. Nombramiento de albacea provisional. En el caso de que el autor de la herencia no haya nombrado albacea, el Juez nombrará uno provisional en el mismo auto en que declare legítimo el testamento, eligiendo para ese cargo a alguno de los instituidos herederos.

VI. Certificado de existencia o inexistencia de testamento. Este no debe confundirse con el informe de existencia o inexistencia del testamento ológrafo, el cual es solicitado de oficio por el Juez. Expedir el certificado de existencia o inexistencia de testamento es una obligación que tiene el albacea provisional o definitivo tan pronto como haya comenzado en su cargo, para ello, tiene que acudir al Archivo General de Notarías a solicitarlo, ello para corroborar la inexistencia de otra disposición testamentaria vigente a nombre del testador (CPCEM: Artículo 986).

VII. Nombramiento de albacea definitivo y, en su caso, de interventor. En el mismo auto en que se nombre al albacea provisional, se previene a los herederos instituidos que dentro del término de ocho días presenten escrito dando su voto al que designen para albacea definitivo, y dentro de los tres siguientes el Juez debe declarar albacea definitivo al que haya reunido mayoría de votos. El juez debe hacer el nombramiento de alguno de los propuestos si ninguno reúne la mayoría de votos. Asimismo, puede nombrarse un interventor conforme a las formalidades establecidas por la ley.

VIII. Aceptación o repudio de la herencia o legado. Así como reputa una aceptación ficta la presentación de la demanda por parte del heredero o legatario, a los demás herederos instituidos en el testamento también se les tiene como aceptantes tácitos tras ser notificados si no presentan su repudio dentro de los 30 días posteriores a la notificación (CPCEM: Artículo 1026).

IX. Posibilidad de impugnación de la validez del testamento o de la capacidad de alguna de los herederos o legatarios en él instituidos. Esto se sustancia mediante un juicio con el heredero correspondiente o con el albacea. Lo anterior sólo suspende la partición de la masa hereditaria, por lo que las demás secciones pueden continuar su curso (CPCEM: Artículo 1027).

Además, de entablarse una demanda en contra de los bienes de la sucesión o si el albacea lo hiciera en nombre de la testamentaría, ello no debe suspender el inventario y avalúo, siendo que lo que se agregue será a la masa hereditaria y lo que se disminuya será a cuenta de ella (CPCEM: Artículo 1028).

X. Fin de la primera sección.

**2.2.2.2.1.2. Primera sección en el juicio sucesorio intestamentario.**

Así como en el procedimiento sucesorio testamentario, en el intestamentario también se abre la sucesión al momento de la muerte del testador, o cuando se declara la presunción de su muerte; en el mismo momento, los legítimos herederos adquieren el derecho a la masa hereditaria como a un patrimonio común en tanto no se haga la división.

Para que ello proceda conforme a la ley, deben seguirse ciertas formalidades que describiré a continuación:

I. Competencia del juez. Quien haga la denuncia del intestado debe hacerlo ante el juez competente bajo las mismas reglas de competencia que rigen al testamentario.

II. Denuncia del intestado y radicación del juicio. *Lato sensu*, la expresión "denuncia" refiere al "acto en virtud del cual una persona hace del conocimiento de un órgano de autoridad la verificación o comisión de determinados hechos, con objeto de que dicho órgano promueva o aplique las consecuencias jurídicas o sanciones previstas en la ley."[154] En el proceso judicial intestamentario, la denuncia consiste en hacerle saber al juez competente el deseo de comenzar el

[154] OVALLE FAVELA, JOSÉ, *Diccionario Jurídico Mexicano*, *Tomo IV*, **voz: Denuncia**, p. 1070.

juicio *ab intestato* presentando, en su caso, las pruebas suficientes que determinen el parentesco con el *de cujus*.

La denuncia puede hacerla el Ministerio Público, el representante del Fisco del Estado o cualquier otra persona, aunque no sea presunta heredera (CPCEM: Artículo 1030). Si esta se hace por un presunto heredero o un extraño, ellos tienen la obligación de expresar bajo protesta de decir verdad los nombres y datos de los demás coherederos. La omisión de este requisito hace que se tenga por no hecha la denuncia (CPCEM: Artículo 1031).

Hecha la denuncia, se tiene por radicado el juicio sucesorio intestamentario (CPCEM: Artículo 1032).

III. Convocatoria para acreditar herederos y nombramiento de albacea provisional. Radicado el juicio de intestado, el Juez debe convocar mediante edictos a los que se crean con derecho a la herencia, para que comparezcan a deducirlo en un término de treinta días a partir de la convocatoria. En cuanto a los presuntos herederos nombrados por el denunciante, el término de treinta días se debe computar para cada uno de ellos, desde el siguiente día hábil en que se haga la notificación respectiva.

También, en el mismo auto se nombra un albacea provisional.

IV. Declaratoria de herederos, nombramiento de albacea definitivo y, en su caso, de interventor. Durante el plazo que comprende la convocatoria y su fenecimiento, aquellos interesados a la herencia que se presenten ante el Juez, deben hacerlo acompañando los documentos con que justifiquen su parentesco y darán su voto para nombrar un albacea definitivo (CPCEM: Artículo 1033).

Concluido el término, el Juez debe poner los autos a disposición de todos los interesados por el término de cinco días comunes para alegar y, transcurrido

dicho término, debe citar a las partes para sentencia interlocutoria, la que pronunciará dentro de los diez días siguientes (CPCEM: Artículo 1034).

En dicha sentencia, el Juez declara herederos a los que hayan justificado su parentesco con el autor de la sucesión y si ninguno lo hubiera hecho, se declarará heredero al Fisco. En la misma sentencia se debe resolver quién es el albacea definitivo que será nombrado por el Juez de entre los herederos declarados, si ninguno obtuvo mayoría de votos (CPCEM: Artículo 1035).

La ley dispone que la declaración de herederos de un intestado surte el efecto de tener por legítimo poseedor de los bienes, derechos y acciones del difunto, a la persona en cuyo favor se hizo (CPCEM: Artículo 1036).

En este momento puede nombrarse un interventor.

V. Fin de la primera sección.

**2.2.2.2.2. Segunda sección: De inventario y avalúo.**

En el Derecho Procesal Sucesorio, el inventario es el apuntamiento, asiento o anotación de los bienes, derechos y obligaciones que conforman el patrimonio activo y pasivo del *de cujus*.

El documento en donde se realice la constancia del inventario debe hacerse con mucho orden y precisión, enunciando el activo y pasivo del caudal hereditario. Se deben listar los bienes en el siguiente orden: I) Dinero en efectivo; II) Alhajas; III) Efectos de comercio e industria; IV) Semovientes; V) Frutos; VI) Muebles; VII) Raíces; VIII) Créditos activos; IX) Documentos, escrituras y papeles de importancia que se encuentren; X) Los bienes ajenos, y; XI) Las deudas mortuorias y hereditarias (CPCEM: Artículo 1039).

La obligación de realizar el inventario y presentarlo ante el Juez corre a cuenta del albacea dentro del término de treinta días contados a partir de que comenzó su cargo, el término de treinta días es extensible a sesenta por razones de distancia u otras que lo ameriten (CPCEM: Artículo 1037).

Si el albacea no cumple con esa obligación, puede ser removido a petición de parte o del Fisco del Estado y ser sustituido por otro albacea que nombre el Juez (CPCEM: Artículo 1038).

Otro deber del albacea es mandar valuar por peritos, o por quien considere, los bienes inventariados; el avalúo lo debe integrar al expediente de inventario y entregarlo al Juez en conjunto (CPCEM: Artículo 1055).

Después de presentarse el inventario y avalúo, se corre traslado de él por cinco días a cada uno de los interesados que no lo suscriban, y transcurrido este término, aun cuando no se hayan evacuado los traslados, el Juez citará de oficio para sentencia (dicha sentencia es apelable en el efecto devolutivo si la cuantía del caso lo amerita), en la que aprobará o reprobará el inventario, condenando, en el primer caso, a las partes a estar y pasar por él; con la reserva de que si aparecieren nuevos bienes, se agregarán en el lugar respectivo (CPCEM: Artículo 1046).

Además, para poder aprobar el inventario y avalúo presentado por el albacea, es necesaria la conformidad consensuada de los interesados en cuanto a este (CPCEM: Artículo 1047).

La inconformidad se debe sustanciar con el albacea y el escrito de inconformidad se tiene como demanda, si son varios los inconformes, se aplica lo siguiente:

**Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Michoacán.**

Artículo 20. En las acciones mancomunadas por título de herencia o de legado, se observarán las reglas siguientes:

I. Si no se ha nombrado interventor ni albacea, puede ejercitarlas cualquiera de los herederos o legatarios; y,

II. Si se ha nombrado interventor o albacea, sólo a éstos compete la facultad de deducirlas en juicio. En este caso sólo podrán los herederos o legatarios ejercitarlas cuando requeridos judicialmente por ellos el interventor o el albacea, no lo hagan dentro del término perentorio que el Juez les señale.

Las inconformidades que pueden suscitarse son varias, puede haber desavenencia con las valuaciones o con el inventario en sí, "puede darse el caso de que un tercero tenga en posesión un bien que perteneció al *de cujus*, y en el momento de hacer el inventario y avalúo de los bienes hereditarios no se incluyó en el listado, por lo que deberá tramitarse un juicio sumario con la finalidad de que se incluya ese bien. También puede presentarse el caso de que se haya inventariado un bien que no perteneció al autor de la sucesión y el propietario tiene que intervenir en el juicio con la finalidad de que se excluya ese bien del juicio sucesorio, presentando desde luego, las pruebas conducentes para demostrar su derecho real de propiedad sobre el mismo. Teniendo como consecuencia ante la tramitación del juicio sumario, en ambos casos, la suspensión de la aprobación del inventario hasta que se dicte sentencia ejecutoria."[155]

Esta ejemplificación de la profesora Leonor Arciga es un relato claro de las situaciones más comunes de inconformidad o de interés que pueden tener terceros sobre el inventario en la práctica.

Por último, una vez aprobado el inventario y avalúo definitivo por el Juez, y con todos los interesados conformes, este no puede reformarse salvo por error o dolo (CPCEM: Artículo 1053). Así se materializa finalmente la competencia del Juez y culmina la segunda sección.

[155] ARCIGA RODRIGUEZ, María Leonor, *Op.Cit.*, ver nota 140, p. 176.

#### 2.2.2.2.3. Tercera sección: De administración.

Los actos de administración de los bienes del inventario corren a cuenta del albacea, ya sea definitivo o provisional (CPCEM: Artículo 1062), en común acuerdo con el interventor, si hay (CPCEM: Artículo 1063). En los casos de concurrencia con el cónyuge supérstite, este tiene la posesión y administración de la sociedad conyugal con intervención del albacea, quien tenderá a inspeccionar el manejo que de los bienes de copropiedad haga el cónyuge supérstite, vigilando las operaciones que practique; además, el cónyuge tiene la misma obligación de rendir cuentas que el albacea.

Contra el auto o sentencia que otorgue la posesión y administración al cónyuge no se admite ningún recurso (CPCEM: Artículo 1065).

Durante la substanciación del juicio hereditario no pueden enajenarse los bienes inventariados salvo para los siguientes casos:

I. El pago de una deuda u otro gasto urgente, de consuno con los herederos, y si esto no es posible, con autorización judicial (CC: Artículo 883).

II. El pago de deudas mortuorias (CC: Artículos 922, 925).

III. El pago de aquellos gastos de rigurosa conservación y administración de la herencia (CC: Artículos 923, 924).

IV. El pago de los créditos alimenticios si no fueron cubiertos antes de la formación del inventario (CC: Artículos 923, 924).

V. Cuando los bienes puedan deteriorarse (CPCEM: Artículo 1078, fracción I).

VI. Cuando sean de difícil y costosa conservación (CPCEM: Artículo 1078, fracción II).

VII. Cuando para la enajenación de los frutos se presenten condiciones ventajosas (CPCEM: Artículo 1078, fracción III).

**2.2.2.2.4. Cuarta sección: De partición y adjudicación.**

Después de haber permanecido indivisa desde que se abrió la sucesión, forzosamente, el momento de la partición de la herencia llega tras haberse inventariado, valuado y, en su caso, vendido los bienes (para subsanar deudas o gastos urgentes). Ahora será momento de repartir los restantes entre los herederos. Esta distribución debe hacerse dando a cada quien lo que le corresponda conforme a la disposición testamentaria o legal.

Al momento de hacer la partición, debe observarse si el testador dispuso la entrega de determinados bienes a algún heredero o legatario, o bien, si los interesados acordaron cómo debía hacerse el reparto a reserva de lo dispuesto por la ley.

La partición debe hacerse constar mediante escritura pública o privada ante notario.

Dentro de la cuarta sección, el albacea tiene la obligación de realizar el proyecto de partición provisional, en la cual, se hace la distribución de los frutos emanados de los bienes de la masa hereditaria. En el proyecto debe señalarse la parte de los bienes que cada bimestre deberá entregarse a los herederos y legatarios, en proporción a su haber. Asimismo, la distribución de los productos se hace en efectivo o en especie (CPCEM: Artículo 1089). Tras la aprobación de todos los interesados, el juez aprobará el proyecto.

Dentro de los quince días de haberse aprobado la cuenta general de administración, o antes si lo exige alguno de los herederos, el albacea debe presentar el proyecto de la partición de los bienes propios del caudal hereditario o solicitar al juez que se nombre a un contador que lo haga (CPCEM: Artículo 1092).

Si el albacea no cumple con sus obligaciones de proyectista, puede ser separado del cargo.

Concluido el proyecto de partición, el Juez lo manda poner a la vista de los interesados en la secretaría por un término de diez días (CPCEM: Artículo 1102). Si pasa dicho término sin hacerse oposición, llamará el Juez los autos a la vista, y aprobará la liquidación y partición mandando protocolizarlas o reducirlas a escritura pública, previa citación de todos los interesados (CPCEM: Artículo 1103; LN: Artículo 152) y se dictará una sentencia de adjudicación, con dicha sentencia, que es apelable en ambos efectos, termina la sucesión y el albaceazgo, pues se habrán fusionado los bienes de la herencia con los de los herederos.

### 2.2.3. Sucesión ante Notario.

La tramitación de la sucesión ante Notario Público puede hacerse tras la institución testamentaria o legítima de herederos y, en su caso, de legatarios. También se pueden declarar herederos legítimos mediante la vía notarial siguiendo el mismo orden de derechos que marca la ley civil (LN: Artículo 159).

Los interesados que deseen acudir al fedatario a tramitar la sucesión pueden hacerlo en tanto sean mayores de edad, los menores estén bien representados o sea un heredero único, esto, mientras no haya controversias entre ellos (CPCEM: Artículo 1128, fracción I); de haber legatarios incapaces,

puede tramitarse la sucesión ante Notario en el caso de que los legados hayan sido pagados o se haya garantizado su pago total, lo cual debe hacerse constar en el instrumento (LN: Artículo 153).

En Michoacán, el procedimiento, que es considerablemente más rápido que el judicial, pero más costoso, está regulado por el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Michoacán, así como en la Ley del Notariado y su autorización está expresa en el artículo 87 de esta misma ley.

El procedimiento notatial consta de tres etapas a protocolizarse ante el fedatario, ellas son las siguientes:

**2.2.3.1. Apertura de la sucesión.**

**2.2.3.1.1. Legitimación notarial de herederos, nombramiento de albacea en el caso de intestado y apertura de la sucesión intestamentaria.**

La ley notarial michoacana estipula que la sucesión intestamentaria puede tramitarse ante Notario únicamente por el cónyuge supérstite, así como por los ascendientes del autor de la sucesión, sus descendientes y colaterales hasta el cuarto grado. Para ello, es necesario que el último domicilio del *de cujus* haya sido en el Estado de Michoacán, o que uno, o la mayor parte de sus bienes, se encuentren ubicados en la entidad. Lo anterior debe ser declarado por los interesados bajo su responsabilidad una vez que se hayan obtenido del Archivo General de Notarías las constancias de no tener depositado testamento o informe de que se haya otorgado alguno (LN: Artículo 154).

Para realizar esta acción, quienes se consideran herederos legítimos deben acudir ante Notario Público en compañía de dos testigos y así acreditar su derecho a la sucesión, para ello, deben presentar copias certificadas del acta de defunción del *de cujus* y de aquellos documentos que acrediten su

entroncamiento con este. En el mismo acto, deben declarar, bajo protesta de decir verdad, sobre el último domicilio del finado y que no conocen de la existencia de persona alguna diversa de ellos con derecho o mejor derecho a heredar en el mismo grado o en uno preferente al de ellos mismos. También, debe tomarse la declaración de los testigos por separado (LN: Artículo 159).

Posteriormete, las declaraciones de los herederos entrevistados deben darse a conocer en dos publicaciones, una cada diez días en un diario de circulación local y en otro nacional (LN: Artículo 160).

Acto seguido, el Notario debe recabar la aceptación o repudio de los derechos hereditarios de los comparecientes, incluidos de los emancipados. Tmabién se nombra a un albacea.

Todo lo anterior suele exponerse en una primera escritura pública.

**2.2.3.1.2. Tramitación notarial de la sucesión tras su reconocimiento judicial.**

En este caso, los herederos y el albacea, si lo hay, exhibiendo el testimonio del último testamento, una copia autorizada de la resolución judicial que los haya declarado sucesores legítimos o de la declaratoria de herederos, en caso de intestado, se presentan ante Notario para hacer constar su aceptación tanto de la herencia como de sus derechos hereditarios.

En el mismo acto que se describe en el párrafo anterior puede hacerse el nombramiento del albacea, quien formará el inventario y avalúo del caudal hereditario. Esta acción debe publicarse una única vez en el Periódico Oficial del Estado (CPCEM: Artículo 1129, fracción II).

#### 2.2.3.1.3. Apertura de la sucesión testamentaria.

La tramitación notarial de la sucesión testamentaria puede llevarse a cabo independientemente de cuál haya sido el último domicilio del autor de la sucesión o el lugar de su fallecimiento.

En este caso, deben obtenerse previamente los informes del Archivo General de Notarías, así como de la oficina respectiva del último domicilio del autor de la sucesión, en caso de que haya sido fuera del Estado de Michoacán, a fin de acreditar que, el testamento presentado al Notario por todos los herederos, es el último otorgado por el testador.

Para llevar a cabo este ejercicio, deben presentarse ante Notario el heredero o herederos instituidos, así como el albacea designado, si lo hay, llevando consigo una copia certificada del acta de defunción del testador y una prueba fidedigna de su testamento. Así, podrán manifestar, de consuno, su conformidad de llevar la tramitación ante el Notario con quien concurran, también, que reconocen la validez del testamento, que aceptan la herencia y que reconocen por sí y entre sí los derechos hereditarios que les sean atribuidos por el testamento y su intención de proceder por común acuerdo.

La aceptación, rechazo o remoción del cargo de albacea la puede certificar el Notario y sigue las mismas formalidades que en el juicio sucesorio testamentario por vía judicial.

#### 2.2.3.2. Protocolización de inventario y avalúo.

Después de realizado lo descrito en las tres posibilidades de llevar a cabo la primera fase, el o los albaceas deben presentar al Notario el inventario y los avalúos de los bienes que forman el acervo hereditario del autor de la sucesión para que, con la aprobación de todos los coherederos, en su caso, se realice su protocolización (LN: Artículo 161).

### 2.2.3.3. Partición y adjudicación.

Conforme a lo estipulado por la ley procesal, la determinación de partición y adjudicación de los bienes inventariados la hace el Notario de consuno con los herederos y legatarios. Todas las determinaciones son inapelables a menos de que aparezcan más interesados, quienes deberán incoar las acciones respectivas por vía judicial.

La protocolización de inventario y avalúo, así como la partición y adjudicación de los bienes, suelen constarse en una segunda escritura pública.

### Conclusiones preliminares del Capítulo.

Inicié el presente capítulo hablando del realce necesario que la investigación debe tener en torno a los conflictos y la conflictividad suscitados tras abrirse una sucesión *mortis causa* en una familia. Lo anterior, principalmente con la finalidad de aportar alternativas al litigio sucesorio tradicional.

El capítulo, más que un análisis de conflictos y conflictividad, es un prontuario de conceptos y significados, así como de alternativas y procesos propios del Derecho Sucesorio y del Derecho Procesal Sucesorio.

Durante mi estudio sobre el Derecho Sucesorio y el Derecho Procesal Sucesorio, pude observar ciertas antinomias e inconsistencias entre la lógica y la norma, además de problemas en general que resultan de importancia para la investigación, ya que a lo largo del capítulo he mencionado situaciones comunes de conflictos familiares que ocurren tras abrirse la sucesión. Sobre esto último, recalco que estos conflictos más comunes a lo largo de un procedimiento sucesorio surgen entre coherederos y legatarios, así como entre

ellos y los albaceas. Generalmente, estas controversias giran en torno a la repartición y la administración del haber patrimonial del *de cujus*.

Otro aspecto importante en este capítulo es la mención de una problemática legislativa que ocurre en el Estado de Michoacán en cuanto a las obligaciones de los albaceas. Estos tienen la obligación de defender y representar tanto en juicio, como extrajudicialmente, a la herencia. No obstante, en Michoacán, los albaceas y herederos, necesitan la autorización judicial para arbitrar y transigir las controversias de la herencia y esto es una grave intromisión a sus libertades y derechos.

Al leer esta problemática y su excepción en donde relato que el autor de la sucesión puede incluir una cláusula arbitral en su testamento, el lector se introduce al tema toral de esta Tesis.

Así pues, lector tiene aquí una importante fuente de información para comprender el sentido de mi Tesis y, más importante aún, para comparar las posibilidades procesales acuales con las que propondré más adelante.

Conocer las particularidades de los sujetos del Derecho Sucesorio otorga un panorama más amplio de análisis, ya que el tema principal trata de las situaciones de conflicto entre estos, los cuales, en un sinfín de ocasiones son miembros de una misma familia. Estas situaciones de conflicto pretenden gestionarse mediante una heterocomposición judicial como la que desgloso en el presente capítulo, sin embargo, podría adaptarse el procedimiento notarial que, hasta el momento sólo procede en ausencia de conflicto, para solucionar controversias sucesorias. Esto se comprenderá mejor en el tercer capítulo, hablaré sobre los Medios Alternativos de Solución de Controversias y su necesaria relación con el Derecho Sucesorio, de cuya conjunción podría resultar el preámbulo de una justicia más moderna en la que los conflictos sucesorios pueden gestionarse más atinadamente.

# CAPÍTULO TERCERO.

# JUSTICIA ALTERNATIVA Y ARBITRAJE EN MATERIA SUCESORIA.

**Sumario. 3.1. Medios Apropiados de Solución de Controversias** 3.1.1. Teoría de la naturaleza diversa de las controversias. 3.1.1.1. Formas apropiadas de componer controversias. 3.1.2. Entender la naturaleza adversarial y otras dificultades del conflicto jurídico: Breve retrospectiva histórica del enjuiciamiento civil en la familia romano-germánica y en el *common law*. 3.1.2.1. Aciertos y fallos del sistema procesal civil romano-germánico 3.1.2.1.1. Fallos: Caso Latinoamérica. 3.1.2.1.2. Fallos: Caso México. 3.1.2.1.3. Aciertos: Caso Europa occidental. 3.1.2.2. Aciertos y fallos del sistema procesal civil del *common* law. 3.1.3. Composición y gestión de conflictos y controversias. 3.1.3.1. La metáfora de la cirugía con martillo. 3.1.3.2. Formas de composición de las controversias. 3.1.3.2.1. Autotutela 3.1.3.2.2. Autocomposición 3.1.3.2.2.1. MASC autocompositivos. 3.1.3.2.2.1.1. Mediación, *lato sensu*. 3.1.3.2.2.1.2. Conciliación, *lato sensu*. 3.1.3.2.2.1.3. Negociación, *lato sensu*. 3.1.3.2.3. Heterocomposición. 3.1.3.2.3.1. Medios heterocompositivos adversariales judiciales. 3.1.3.2.3.1.1. La jurisdicción de la judicatura. 3.1.3.2.3.3. Medios heterocompositivos adversariales extrajudiciales. **3.2. Arbitraje.** 3.2.1. Antecedentes diacrónicos. 3.2.1.1. Antecedentes extanjeros. 3.2.1.2. Antecedentes nacionales e internacionales. 3.2.2. Definición doctrinal. 3.2.3. Definición judicial. 3.2.4. Definición legal. 3.2.5. ¿Qué sí es arbitraje? 3.2.5.1. Arbitraje: definición propia 3.2.5.2. Características del arbitraje. 3.2.5.2.1. Características positivas del arbitraje 3.2.5.2.2. Características negativas del arbitraje 3.2.5.3. Principios del arbitraje. 3.2.5.3.1. Principios rectores del arbitraje. 3.2.5.3.2. Principios derivados del arbitraje. 3.2.5.4. Naturaleza jurídica del arbitraje. 3.2.5.5. Principales diferencias y semejanzas entre el arbitraje y el proceso judicial. 3.2.6. ¿Qué no es arbitraje? 3.2.7. ¿Qué sí y qué no es arbitraje *per se*? 3.2.7.1. Los elementos del arbitraje y la Teoría de los Binomios de Jarrosson para el discernimiento de arbitraje *per se* y no *per se*. 3.2.8. Acuerdos y procedimientos arbitrales. 3.2.8.1. El acuerdo arbitral. 3.2.8.1.1. Requisitos de existencia y validez del acuerdo arbitral. 3.2.9. Arbitrabilidad. 3.2.9.1. Arbitrabilidad objetiva. 3.2.9.1.1 Normas de conflicto de arbitrabilidad objetiva. 3.2.9.2. Arbitrabilidad subjetiva. 3.2.9.3. Propuesta de arbitrabilidad en México. 3.2.10. El tribunal arbitral. 3.2.11. El procedimiento arbitral. 3.2.11.1. Procedimiento arbitral institucional. 3.2.11.2. Procedimiento arbitral *ad hoc*. 3.2.11.3. Pasos del procedimiento arbitral. 3.2.11.3.1 Demanda arbitral. 3.2.11.3.2. Contestación de la demanda arbitral. 3.2.11.3.3. Constitución del tribunal arbitral. 3.2.11.3.4. Acta de misión. 3.2.11.3.5. *Pre trial conference* o junta preliminar al arbitraje. 3.2.11.3.6. Medidas cautelares. 3.2.11.3.7. Audiencias de ampliación de demanda y de contestación y desahogo de pruebas. 3.2.11.3.8. Alegatos. 3.2.11.3.9. Emisión del laudo arbitral. 3.2.11.3.9.1. Contenido y elementos del laudo arbitral. 3.2.11.3.10. Ejecución del laudo arbitral. **3.3. Arbitraje en materia sucesoria.** 3.3.1. Arbitraje testamentario. 3.3.1.1. Arbitraje testamentario en el derecho comparado. 3.3.1.1.1. Caso Alemania. 3.3.1.1.2. Caso Bolivia. 3.3.1.1.3. Caso Estados Unidos de Norteamérica.3.3.1.1.4. Caso Francia 3.3.1.1.5. Caso Honduras. 3.3.1.1.6. Caso España. 3.3.1.1.6.1. Materias susceptibles de arbitraje testamentario en España. 3.3.1.1.6.2. El papel del árbitro en el arbitraje testamentario en España. 3.3.1.1.6.3. Características del arbitraje testamentario en España 3.3.1.1.6.4. Procedimiento arbitral.

## 3.1. Medios Apropiados de Solución de Controversias.

### 3.1.1. Teoría de la naturaleza diversa de las controversias.

Para utilizar este juego de palabras más apropiadamente, debo comenzar con una precisa explicación de lo que son los Mecanismos (o Medios) Alternativos de Solución de Controversias (MASC). Propongo la siguiente definición doctrinal:

Los MASC son el conjunto de mecanismos ajenos al aparato judicial del Estado ante los cuales se ventilan controversias para su gestión autocompositiva o hererocompositiva.

La ley michoacana, a saber, la Ley de Justicia Alternativa y Restaurativa (en adelante, LJAR) que regula la aplicación de mecanismos alternativos en toda materia susceptible de transacción excepto cuando existe alguna cuestión penal inserta, al tenor del artículo 17 de la Constitución Federal, entiende por MASC lo siguiente:

> ARTÍCULO 2. Para efectos de esta Ley, se entenderá por:
>
> …
>
> IX. Mecanismos alternativos. Procedimiento aplicado por los facilitadores que permite solucionar controversias y, en su caso, reparar el daño, mediante negociación, mediación o conciliación, sin necesidad de intervención de los órganos jurisdiccionales, salvo para garantizar el cumplimiento del convenio o acuerdo reparatorio resultante.

De acuerdo con la ley michoacana, los MASC tienen la finalidad de coadyuvar en la composición social, de ser factor de cohesión. En la práctica, estos se realizan con la intermediación y el apoyo de profesionales de la autocomposición llamados facilitadores, llevándose a cabo sesiones dinámicas y de transigencia entre las partes para que estas, en un ambiente de

confidencialidad, equidad, flexibilidad, honestidad, imparcialidad, legalidad, neutralidad y voluntariedad, gestionen la resolución de sus controversias.

En cuanto a las leyes de Justicia Alternativa aplicables en materia civil, la LJAR versa en lo tocante a la negociación, mediación y conciliación; por su parte, el CPCEM comporta la ley civil adjetiva de arbitraje en el Estado de Michoacán; así como, el Código de Comercio (en adelante, CCo) lo hace desde la jerarquía federal.

Así pues, se advierte que, por lo menos, hay tres MASC aplicables en materia civil. Escribo esto en razón de que la negociación, contrario a lo que se puede leer en la LJAR, en la práctica se utiliza como una mera herramienta de la Justicia Alternativa que funge como un gran apoyo a los mecanismos de mediación, conciliación y arbitraje.

Para hacer un análisis de la concatenación entre la Justicia Alternativa y el Derecho Sucesorio y Procesal Sucesorio, el cuál es el propósito de este capítulo, es fundamental tomar en cuenta la susceptibilidad de la materia a someterse a los procedimientos propios de los MASC, es por esto que sobre ello abundaré a lo largo de la segunda mitad de este capítulo y en el siguiente capítulo. Lo que debe resaltarse ahora es que, independientemente de la materia, es necesario determinar cómo se ha de gestionar un conflicto tomando en cuenta todas sus características y minuciosidades y así saber a dónde canalizar los esfuerzos por componerlo, ya sea a la Justicia Alternativa auto- o heterocompositiva, o bien, a la Justicia del Estado.

Después de hacer estas precisiones, cabe reafirmar el dicho de González de Cossío en cuanto a que los conflictos jurídicos son heterogéneos, y ante problemas distintos, deben existir, naturalmente,

diferentes maneras de gestionarlos, ya que una forma monótona de manejarlos resultaría en consecuencias imprevistas o incluso en desastre.

González de Cossío ha observado este fenómeno, del cual se basó para formular la Teoría de la naturaleza diversa de las controversias, en donde afirmó que *las consecuencias imprevistas de un conflicto resultan en costos proporcionalmente directos al remedio del problema y que, de igual manera, pueden llegar a ser costos legales*.

También, afirmó que *la mala gestión de un conflicto invariablemente ha de resultar en el impacto negativo que se tenga sobre una persona y esto habrá de permear sensiblemente en sus relaciones*.

Sobre esto, me permito agregar que, en controversias judiciales en las que miembros de una familia tienen intereses confrontados, los costos pueden ser diversos, esto podría tener como secuela, por ejemplo, la separación total de la familia y hasta el odio generacional consecuencia de resultados subóptimos de un conflicto mal gestionado, máxime si el instrumento seguido no fue el adecuado.

En relación con lo anterior, la doctrina de la conflictología versa sobre el tratamiento de los conflictos y de la conflictividad vistos como una patología. Como se puede leer a lo largo del primer capítulo de esta Tesis, para comprender los conflictos, son fundamentales sus trasfondos, es decir, los intereses exactos de las partes, sus motivos, motivaciones y necesidades vistas desde el punto de vista psicológico y psicosocial. Conociendo estos factores fractales, se puede aplicar un tratamiento específico acorde a las características de cada problema.

Así pues, habrá ocasiones en las que, entre otros tipos de gestión, la negociación, la ayuda de un tercero facilitador o el peritaje en cuestiones técnicas sean el tratamiento adecuado del conflicto, así como en casos extremos, los procedimientos heterocompositivos adversariales.

### 3.1.1.1. Formas apropiadas de componer controversias.

La dimensión fractal de los conflictos hace imposible la existencia de un sentido verdaderamente estricto para solucionarlos. Sin embargo, en el presente y dado el devenir histórico, se ha sobreentendido que es el Estado el único interventor facultado para dirimir un conflicto complicado.

Si bien es cierto que, como lo observa Gonzalo Uribarri Carpintero, ciertos sistemas jurídicos han evolucionado a tal grado que su jurisdicción "está cada vez más preparada y tiene mayores elementos materiales para llevar a buen término su labor, también es cierto que la complejidad de las relaciones humanas se hace más patente, que no obstante que los tribunales estatales están expeditos para impartir justicia, las diferencias y conflictos suelen rebasar la capacidad de dichos tribunales y que los particulares buscan con mayor frecuencia, justicia más pronta y eficaz y tienen la intención de disponer de otros medios —alternativos a la jurisdicción estatal— que colme sus necesidades y solucione sus contiendas, sin tener que romper con relaciones valiosas."[156]

Ahora bien, para sustentar que nuestras sociedades occidentales se han adaptado únicamente a la resolución de problemas por parte del Estado, considero importante y fundamental revisar en retrospectiva las dos familias más importantes del Derecho: la romano-germánica y el *common law*.

[156] URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo, *Derecho Arbitral Mexicano*, p.1.

### 3.1.2. Comprender la naturaleza adversarial y otras dificultades del conflicto jurídico: Breve retrospectiva histórica del enjuiciamiento civil en la familia romano-germánica y en el *common law*.

Se puede leer en el apartado de la *naturaleza jurídica del conflicto* la mención que Luis Miguel Díaz hace sobre los estudios filosóficos de Platón y Aristóteles en cuanto a la necesidad natural humana de mandar y obedecer; del gobierno triádico, de origen presumiblemente griego y de separación de poderes expeditos para la creación, administración e interpretación de leyes en caso de conflictos. En la actualidad, se presupone continuar con esta tradición que incluso algunos llaman natural, pero ¿cómo occidente llegó a ello?

He de dejar de lado a las ideas de la ilustración, consecuentes de la tradición griega, sobre las formas pertinentes de gobierno otrora mejor explicadas, lo anterior, para centrarme propiamente en lo atinente la historicidad judicial. Además, el adversar no sería una idea ilustrada, más bien es un hecho natural que genera conflictos, el cómo resolverlos es el protagonista de miles de páginas escritas a lo largo de los siglos.

Asimismo, aunque sí el análisis psicológico y psicosocial de los elementos de los conflictos y la conflictividad, no me concierne su estudio criminal ni histórico-procesal-penal, ya que el presente objeto de estudio es tocante al enjuiciamiento civil y a la gestión de conflictos de carácter privado.

Como ya es bien conocido, la tradición cultural griega fue adoptada y adaptada por los romanos, su sistema jurídico fue perfeccionado a tal grado que aún seguimos al pie de la letra gran parte de sus principios. En el primer capítulo se puede leer una breve ilación histórica de los periodos de la antigua roma y de la evolución de su sistema jurídico de la *mores maiorum* hacia la *lex scriptum* y el *Corpus Iuris Civilis* y la aplicación supletoria de la *inveterada consuetudo* como fuentes formales de la familia jurídica romano-germánica; o

bien, en el segundo capítulo doy una breve reseña que logra explicar la gran similitud que guardan los procedimientos sucesorios de la antigua Roma y los actuales.

En su obra didáctica, *Derecho Procesal Civil*, el connotado procesalista mexicano José Ovalle Favela habla de las deficiencias del principio dispositivo en los sistemas procesales en Latinoamérica y explica que estas se deben, como ya lo he adelantado, a la herencia del Derecho Romano justinianeo a la praxis jurídica.

Antes de continuar, he de precisar que el principio dispositivo es un principio del derecho que consiste en que la acción procesal activa y pasiva, así como la prosecución y dirección del proceso, deben ser realizadas indistintamente por las partes y no por los órganos jurisdiccionales.

A partir del siglo XII, en la Universidad de Bolonia y sucesivamente en las demás universidades de Europa continental, se comenzó a difundir el Derecho Justinianeo como básico en la formación jurisprudencial, posteriormente esta influencia se convirtió en un *ius commune* europeo de aplicación supletoria pero no infrecuente dadas las pobres regulaciones locales en los países de Europa continental, los cuales asimilaron de forma ligeramente distinta su interpretación y observancia en conjunto con la convergencia del Derecho Canónico y germánico. Ulteriormente, esta unidad jurídica europea, hoy retomada, pereció con las ideas de la ilustración.

En inglaterra, por su parte, no se asimiló de forma supletoria al Derecho Justinianeo ni se enseñaba en las universidades, ahí los abogados y jueces se formaban en los gremios denominados *Inns of Courts* y ejercían el Derecho en tribunales locales y tribunales reales de justicia, de cuya jurisprudencia se fue conformando el Derecho Común de Inglaterra, es decir, el *Common Law.*

### 3.1.2.1. Aciertos y fallos del sistema procesal civil romano-germánico.

#### 3.1.2.1.1. Fallos: Caso Latinoamérica.

Ovalle Favela cita a Mauro Cappelletti, quien en su obra *Aspectos sociales y políticos del procedimiento civil* menciona la semejanza entre el procedimiento medieval de enjuiciamiento civil del *ius commune* europeo y los procesos actuales en Latinoamérica que, salvo en países como Uruguay o Brasil, entre otros, destacan las siguientes características símiles generales: la escritura como medio de comunicación entre las partes y el juzgador durante el juicio; la carencia de inmediación entre los sujetos procesales; el estudio de la prueba como método para la dicción de los fallos, y; la ingente duración de los juicios.

#### 3.1.2.1.2. Fallos: Caso México.

En México, dicha semejanza se debe principalmente a la influencia de las *Leyes de Enjuiciamiento Civil* españolas de 1855 y 1861 igualmente con "un carácter predominantemente escrito, lento, desarrollado a través de etapas separadas y preclusivas, con carencia de inmediación entre el juez, las partes y los terceros, con una apreciación preponderantemente tasada de las pruebas y afectada por un complicado sistema de impugnaciones e incidentes, así como un número considerable de procedimientos especiales"[157] que condujo, en el caso de México, a un proceso civil "con un desarrollo fragmentario, discontinuo y entorpecido… lo cual conduce a su excesiva lentitud."[158] Me refiero a la estructura, copia cuasi-fiel de la ley procesal española, hoy abrogada, del aún vigente Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal de 1932, modelo de la codificación estatal, siendo que el Código Federal de Procedimientos Civiles y el de Guanajuato son estructuras más símiles a la idea

[157] OVALLE FAVELA, José, *Derecho Procesal Civil*, p.12.
[158] *Ibidem*, p. 22.

de Carnelutti sobre la publicización y la efectividad de los procesos, que sin dejar de lado el principio dispositivo, son más modernos que los demás códigos nacionales de la materia.

### 3.1.2.1.3. Aciertos: Caso Europa occidental.

Tanto en América Latina como en Europa es el principio dispositivo el que rige los procesos civiles jurisdiccionales, la gran diferencia es que, en nuestra región, aunque plausiblemente los paradigmas comienzan a cambiar en México, el juez es visto como el árbitro que vigila el cumplimiento de las reglas del juego procedimental y sustantivo; y el impulso y desarrollo del proceso, así como casi todas las cargas probatorias son, dice Ovalle Favela, "obra exclusiva de las partes". Ahora bien, en Europa el juez es un verdadero director de la *litis*, tiene facultades, y en ocasiones, la obligación de hacer todo aquello que en nuestro sistema está reservado para las partes.

Otra de las características del sistema europeo de procesos (observable también en Uruguay y crecientemente, aunque sin consolidarse aún, en procesos mercantiles y familiares en México), es que desde el Siglo XIX se adoptó el principio de oralidad, el cual, observa Ovalle Favela, "no se ha limitado a invertir simplemente la forma predominante del procedimiento, de manera que prevalezca la expresión verbal sobre la escrita sin que esto implique suprimir la documentación de los actos procesales, sino que ha procurado, además lograr la *inmediación* (o relación directa y personal entre los sujetos del proceso), la *concentración* del debate procesal en una o pocas audiencias, la *libre valoración razonada de las pruebas* por el juzgador, la extensión de las facultades de *dirección judicial del debate* y, en fin, la *rapidez* del desarrollo del proceso." [159]

[159] *Ibidem*, p.10, 11.

Es importante conocer el origen del principio de oralidad del sistema romano-germánico en Europa, su influencia viene de los códigos procesales civiles de Hannover de 1850 y Alemania de 1877 que sirvieron de boceto al austriaco de 1895, aún vigente, elaborado por Franz Klein. En el Österreichische Zivilprozessordnung o Código Procesal Civil de Austria (ZPO austriaco, en adelante) se estableció que el momento central del proceso es la audiencia y que los procesos se deben llevar a cabo por audiencias, comenzando por una preliminar en la cual las partes definen los puntos específicos del debate y constituyen la relación procesal. De hecho, en el ZPO austriaco, se lee la importancia del espíritu de la inmediación entre las partes:

> Vorträge der Parteien und Processleitung.
> Vorträge der Parteien.
> §. 176. Vor dem erkennenden Gerichte verhandeln die Parteien über den Rechtsstreit mündlich. In Rechtssachen, in welchen die Vertretung durch Rechtsanwälte geboten ist, wird die mündliche Verhandlung durch Schriftsätze vorbereitet. Außerdem ist die Überreichung vorbereitender Schriftsätze nur in den in diesem Gesetze besonders bezeichneten Fällen nothwendig.

El segundo título habla sobre las audiencias entre las partes y la gestión del proceso, específicamente el artículo citado menciona lo referente a la comunicación entre ellas y su importancia para la mejor gestión de los conflictos, propongo la siguiente traducción:

> Audiencias de las partes y conducción del proceso.
> Audiencias de las partes.
> §. 176 Las partes negocian el litigio verbalmente ante el tribunal de primera instancia. En los casos en que se requiera la representación de abogados, la audiencia se prepara por medio de resúmenes. Además, la presentación de informes preparatorios sólo es necesaria en los casos específicamente designados en esta ley.

La geopolítica de las judicaturas está dividiéndose entre actuales y obsoletas, México, aunque algunas reformas demuestren lo contrario, se está quedando atrás. Un sistema procedimental requiere de economía procesal y de inmediación verdadera en todas sus materias.

La función económica del juez, su dirección y su coordinación con otros medios de resolución de controversias, son paradigmas de los procesos civiles en otros países considerados modelo. En la doctrina, el árbitro González de Cossío propone una verdadera cooperación entre la judicatura y el arbitraje, así como dar un mayor énfasis a métodos autocompositivos previos a los adversariales en todo tipo de caso.

En nuestro país, si bien se perfilan algunas de esas posibilidades en las leyes procesales y sustantivas del orden privado, en la práctica me he dado cuenta como pasante jurista del orden civil y mercantil que no se les da la importancia requerida y, en cambio, los abogados principales de los litigios, temerosos y desconocedores de otras alternativas, los evitan.

#### 3.1.2.2. Aciertos y fallos del sistema procesal civil del *common law*.

El sistema anglo-americano se rige sustantivamente por el principio dispositivo y dicha autonomía de la voluntad de las partes modela el proceso, el cual tiene, a decir de Ovalle Favela, un carácter más adversarial e individualista y comporta una verdadera lucha dinámica entre las partes y sus abogados, quienes deben de tener una genuina habilidad superior para hacerse con los casos. Esto resta que, como en Europa continental, *verbi gratia* en Austria, se atienda primariamente a la inmediación de las partes en el *trial* (juicio) y más a las habilidades jurídicas de los representantes.

En los países de este sistema predomina la oralidad y ahí el proceso tiene una etapa previa-conciliatoria (que sí se lleva a cabo con consciencia) y una etapa de juicio oral. La primera etapa se denomina *pretrial* en los Estados Unidos de Norteamérica y *summons of directions* en Inglaterra. La segunda se conoce como *trial* en ambos países y generalmente es llevado en una sola audiencia.

Así pues, el principio de economía procesal se cumple a cabalidad, pero considero que hay más adversariedad que inmediación y esto no constituye un verdadero gestor de conflictos al no ponderar la comunicación entre las partes y dar toda la carga de trabajo a sus representantes. También las costas procesales, en ocasiones, son impagables por alguna de las partes y esto, comprobado está, puede llegar a mermar en el resultado del proceso.

No obstante lo anterior, existe una estrecha relación entre mecanismos de resolución de controversias de la Justicia Alternativa y los de la judicatura, el sistema es considerado pionero y modelo a seguir en los Alternative Dispute Resolution (ADR, en adelante).

### 3.1.3. Composición y gestión de conflictos y controversias.

#### 3.1.3.1 La metáfora de la cirugía con martillo.

Continúo con lo tocante a la Teoría de la naturaleza diversa de las controversias y los problemas legales trayendo a colación la crítica que hace González de Cossío a los agentes jurídicos detractores de los MASC, él confirma que quienes aseveran que estos no sirven, "ostentan no sólo desconocimiento sobre las figuras, sino que se tiene una predisposición negativa hacia ellas" [160] e ilustra este fenómeno con la metáfora de la cirugía con martillo:

"Decir que un martillo no sirve porque no sirvió para operar a un paciente dice más del emisor del comentario que de la herramienta comentada. Es cierto, el martillo no sirve para operar, ¡pues el martillo no es para operar! De la misma manera en que un martillo no sirve para operar a un paciente y un bisturí

[160] GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Op. Cit.*, ver nota 138, p.17.

no sirve para colgar de un cuadro, la utilización incorrecta de la herramienta es lo que explica su fracaso."[161]

Lo anterior explica un absurdo, también lo es aseverar que sólo existe un camino para resolver un conflicto, hay una herramienta para cada uno y negarlo sólo provoca el atraso del sistema y con ello que se sigan gestionando de manera equivocada los litigios.

En todas las herramientas alternativas de solución de conflictos, a continuación descritas, el gestor de las controversias comprende su naturaleza adversarial y la canaliza utilizando lo mejor de cada sistema: provoca la comunicación verbal entre las partes, da por sentada la inmediación, centra el debate a puntos objetivos, observa con detenimiento las necesidades que van surgiendo, busca la suma positiva del juego y pondera la economía procesal.

### 3.1.3.2. Formas de composición de las controversias.

Hasta donde conozco, en todas las facultades de Derecho mexicanas, se les imbuye implícitamente a los estudiantes un particular culto a lo adversarial como método único para resolver conflictos. En mi caso, en la práctica, incluso observé prácticas como el abuso de las excepciones dilatorias, en ocasiones incausadas, para dilatar juicios perdidos desde el inicio en el que el interés legítimo de la contraparte no podía ser vencido sustantivamente. Llegué a ver en incontables ocasiones la huida a la conciliación previa y a la derivada de excepciones perentorias; es bien sabido que muchos abogados aconsejan a las partes no conciliar, rehuir de los MASC, adversarse. Infortunadamente he visto las mismas actitudes en mis compañeros de generación en varios estados de la República y, personalmente, me da pavor que México se quede estancado en la

[161] *Ídem*.

creciente cultura de aplicación de los MASC en los sistemas jurídicos occidentales.

No es un secreto la poca preparación en materia de MASC en las aulas jurisprudenciales en México, esto es debido a su poca difusión y su estudio optativo frente a otras que sí podrían ser incluso obsoletas (aplaudo la renovación del plan de estudios de mi Facultad de Derecho y Ciencias Sociales en donde se incluyen estudios curriculares en materia de Justicia Alternativa); no es un secreto la cultura adversarial en los litigios y el ciego culto al Poder Judicial; es evidente la falta de crítica analítica y de conocimiento del Derecho Comparado, estamos en una época de cambio en la que, o nuestro sistema jurídico se moderniza, o se estanca.

El Tema de la presente investigación no surgió en las aulas mexicanas, aquí incluso hablar de arbitraje para llevar la sucesión fue un tabú y generó mucho escepticismo con mis interlocutores. El tema lo aprendí en España, en la asignatura optativa, y no presente en todas las universidades españolas, de Arbitraje y Proceso Civil; de la lectura de Luis Felipe Castresana; del estudio de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

Aunque si bien mis conocimientos sobre el tema ya eran básicamente amplios, gracias a la gran labor de mi profesor de MASC Luis Fernando Anita, quien se esfuerza por abarcar en un año el contenido justo para cambiar el paradigma de lo adversarial en sus alumnos, naturalmente, hasta mi incursión en la Universidad de Granada, suponía que la naturaleza del arbitraje no hacía de este un medio apto para llevar una sucesión *mortis causa*. Un error.

Ahora bien, es por la razón del culto a lo adversarial que predomina en México que me aventuré a hablar de los sentimientos y emociones que rigen en un conflicto, de que hay muchas formas de resolver un problema atendiendo a las necesidades de las partes, y de que utilizar una sola fórmula ha de terminar

en el rotundo fracaso. Para seguir con lo expuesto, continuaré con los instrumentos jurídicos ADR o MASC, y su relación con la judicatura para llegar a la conclusión que comparto de Michael Leathes de no llamar a los ADR *Alternative Dispute Resolution* sino *Appropriate Dispute Resolution*, lo que sería, en español, cambiar MASC de Medios Alternativos de Solución de Controversias a Medios Apropiados de Solución de Controversias.

**3.1.3.2.1. Autotutela.**

Autotutelarse es lo que comúnmente se conoce como hacerse justicia por mano propia, de entre sus características se destaca la imposición del más fuerte o el más hábil por su destreza, habilidad o inteligencia, sin importar que le asista o no el derecho; es una forma impulsiva, primitiva y animal de resolver conflictos; es la imposición de una postura y la decisión de una parte sobre la otra; también, la decisión parcial de un tercero es considerada autotutela.

La autotutela puede ser desenfrenada, es decir sin reglas ni límites o refrenada y proporcional, procede en los siguientes casos: legítima defensa penal; retención de equipaje, es decir, en hostelería, en caso de que un huésped no pague su hospedaje, se retendrán en prenda sus equipajes hasta que este sufrague el reintegro; corte de ramas y raíces provenientes del predio contiguo; persecución de animales o enjambres de abejas propios en predio ajeno; derecho sancionador de los padres, sin golpes; robo de famélico; echazón de mercancías, y; huelga.

Autotutelarse no siempre supone venganza, en ocasiones es aceptada socialmente y más cuando se analiza la subjetividad en la determinación del daño causado y en la justicia reparadora, sin embargo, sus riesgos, que son varios, pueden ir desde la no proporcionalidad en la reacción hasta la utilización

de conductas antijurídicas y, por lo tanto, sus sanciones pueden ser civiles, en cuanto a la nulidad del acto, o; penales.

### 3.1.3.2.2. Autocomposición.

Eduardo Pallares en su diccionario cita a Carnelutti, quien en su teoría entiende a esta figura como "el acto jurídico por virtud del cual las partes en un litigio lo componen, sin necesidad de acudir a los tribunales."[162] Esta puede ser uni- o bilateral, es decir, puede tener origen en la voluntad de una o ambas partes y "consiste en la renuncia a la propia pretensión o en la sumisión a la contraparte. Por otro lado… es claro que la renuncia a la pretensión propia o la sumisión a la de la contraparte, puede ser también el resultado de una negociación equilibrada que satisfaga, así sea parcialmente, los intereses de las dos partes en conflicto."[163]

De acuerdo con la Teoría General del Proceso, la autocomposición procede en los siguientes supuestos: cuando el accionante desiste de su pretensión de castigo a su contraparte, es decir, desiste de la demanda ante órganos jurisdiccionales y, para que se lleve a cabo, se necesita el consentimiento de la contraparte (figura procesal: desistimiento); cuando el demandado se allana, en otras palabras, si reconoce la pretensión de la contraparte y acepta sus requerimientos (figura procesal: allanamiento); en caso de que ambas partes desistan de sus pretensiones, se elabora un contrato de transacción (figura procesal: transacción), y; si caduca el derecho de acción (figura procesal: caducidad).

---

[162] PALLARES, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, **voz: Autocomposición**, p. 110.
[163] CARPINTERO URIBARRI, Gonzalo, *Op. Cit.*, ver nota 156, p, 4.

Aura Esther Vilalta Nicuesa, profesora de Derecho Civil en la Universitat Oberta de Catalunya, dice que "la auténtica resolución de un conflicto pasa, la mayor de las veces, por la eliminación o purga de los factores desencadenantes, lo que implica, restablecer los lazos interpersonales y socio-económicos y recuperar la confianza de las personas afectadas, aspectos que el proceso judicial ritual y contradictorio no puede abarcar… La solución de un conflicto no se alcanza completamente sin la purga de los factores interpersonales desestabilizantes, lo que dificulta, por un lado, la regeneración de los lazos sociales y, por otro, el cumplimiento voluntario de las obligaciones y compromisos…

Por otro (lado), el volumen de los asuntos y su creciente complejidad impide, cada vez en mayor medida, que el juez pueda resolver atendiendo a todos los elementos… en un tiempo razonable." [164]

La autora confirma que estos son motivos han favorecido la proliferación de los MASC y, en el caso de los mecanismos autocompositivos, las partes tienen más oportunidad de purgar sus diferencias, jugar a la suma positiva y reflejar sus acuerdos bajo sus propias expectativas, "de modo que los compromisos que adquieran para su consecución serán en general respetados y no requerirán en el mayor de los casos el auxilio judicial para su materialización." [165]

Además, para lograr el fin último de la Justicia Alternativa, que es la regeneración de la convivencia mediante juegos de suma positiva, es verdaderamente elemental la formación de profesionales abocados a la especialización en temas específicos para fungir como facilitadores. En Michoacán, la LJAR entiende que los profesionales facilitadores de los que hablo pueden ser, potencialmente, Notarios Públicos:

---

[164] VILALTA NICUESA, Aura Esther, *Mediación y arbitraje electrónicos*, p.p. 43, 44.
[165] *Ibidem*, p. 44.

ARTÍCULO 2. Para efectos de esta Ley, se entenderá por:

…

VII. Facilitador. Notario público o persona física profesional cuya función es posibilitar la participación de las partes para la aplicación de los mecanismos alternativos;

### 3.1.3.2.2.1. MASC autocompositivos.

Los MASC autocompositivos son los más nobles, funcionan cuando no se quiere perder la relación entre las partes, aún más cuando se sabe lo disociativo que una decisión heterocompositiva puede resultar. Un mecanismo así tiene más sentido cuando las partes se presentan ante el facilitador sin ninguna representación que las acompañe (sin abogados), ello para exponer el grueso del conflicto acompañado de sus pretensiones y así buscar una solución amistosa que comporte una suma positiva, diría González de Cossío, sin la necesidad de llegar a tal extremo como lo sería un medio heterocompositivo-adversarial.

Para referirme a los MASC autocompositivos, traigo a colación la definición de Justicia Alternativa que aporta la LJAR. Esta Ley, en su numeral 2do, fracción IX, así como en los numerales 3ro y 4to, entiende el concepto de *Mecanismos Alternativos* (MASC) como un procedimiento voluntario y a su vez optativo o complementario de la vía jurisdiccional aplicado por los facilitadores que permite solucionar controversias y, en su caso, reparar el daño, mediante "negociación, mediación o conciliación", sin necesidad de intervención de los órganos jurisdiccionales, salvo para garantizar el cumplimiento del convenio o acuerdo reparatorio resultante.

He enfatizado los conceptos de *negociación*, *mediación* y *conciliación* en razón de que la LJAR reconoce a la negociación como un mecanismo de la Justicia Alternativa, cuando lo doctrinal- y prácticamente recomendable es considerarla como una herramienta de los mecanismos autocompositivos. Así pues, son MASC autocompositivos la mediación y la conciliación; la

negociación es una herramienta absolutamente necesaria en la aplicación de ambos mecanismos. Conociendo esto, sépase que partiré de aquí para más adelante conceptualizar los mecanismos de conciliación y mediación, así como la negociación como herramienta, no obstante que la Ley la tenga como un mecanismo.

Los MASC autocompositivos se rigen bajo los principios de confidencialidad, equidad, flexibilidad, honestidad, imparcialidad, legalidad, neutralidad y voluntariedad (LJAR: Artículo 5), a mi parecer, la inmediación es también un principio a considerar. Los principios de los MASC contribuyen la realización de métodos de diálogo en donde se fomenta la comprensión y la tolerancia entre las partes.

#### 3.1.3.2.2.1.1. Mediación, *lato sensu*.

*Lato sensu*, defino mediación conforme al significado que aporta el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, como la "actividad desarrollada por una persona de confianza de quienes sostienen intereses contrapuestos, con el fin de evitar o finalizar un litigio."[166] Doctrinalmente, este concepto se complementa con la afirmación de que la mediación "constituye la modalidad autocompositiva y extrajudicial de resolución de controversias por excelencia."[167]

En Michoacán, el concepto legislativo de mediación lo aporta la LJAR en su artículo 2, fracción X, conceptúa a este mecanismo como la facilitación de la comunicación entre las partes en conflicto, con el propósito de que resuelvan

---

[166] *Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española*, **voz: Mediación**, [en línea], <https://dle.rae.es/mediaci%C3%B3n?m=form,v [Fecha de consulta: 30 de mayo de 2020].
[167] VILALTA NICUESA, Aura Esther, *Op. Cit.*, ver nota 164, p. 87,

por sí mismos una controversia; ello, como complemento del concepto de *mecanismos alternativos* aportado por la misma Ley.

La mediación es un MASC voluntario, regido por los principios de economía, inmediación y oralidad, en donde los intervinientes se comunican entre sí buscando una solución común con la ayuda de un facilitador mediador que ayudará a detectar soluciones idóneas al conflicto, las cuales, en caso de ser encontradas, serán meramente autocompositivas.

También, la mediación es extrajudicial y, naturalmente, es previa a cualquier otro mecanismo heterocompositivo adversarial, aunque se puede llevar a cabo ya iniciado un proceso hasta antes del laudo o sentencia.

Dice Francisco González de Cossío que, "cuando el tercero neutral actúa como mediador, su labor consistirá en avenir a las partes. Asistirlas para que ellas mismas lleguen a una solución mutuamente aceptable."[168] A lo anterior, me permito agregar la idea de la Profesora Vilalta de que el mediador tiene el deber de generar la comunicación entre las partes "en el plano de las emociones a través de la escucha activa y la asertividad o contención de la crisis, intercambiar información, generar alternativas (efectuar cambios de narrativa, reconceptualizando o reformulando el problema) y ayudar finalmente a que las partes alcancen acuerdos y se materialicen (mediante):

i) Facilitar la comunicación y crear un entorno físico y emocional adecuados. Gestionar la dinámica de la negociación.

ii) Romper los bloqueos.

iii) Proteger a las partes de tácticas agresivas de negociación.

[168] GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Op. Cit.*, ver nota 138, p. 14.

iv) Reequilibrar el poder de las partes.

v) Proporcionar una narrativa que proporcione realidad en relación con las ofertas recíprocas.

vi) Ayudar a la generación de ideas y opciones.

vii) Trasladar ofertas a las partes." [169]

### 3.1.3.2.2.1.2. Conciliación, *lato sensu*.

En la doctrina, Eduardo Pallares dice que, en sentido amplio, la conciliación obedece al acuerdo conciliatorio entre las partes. El autor distingue entre la conciliación *motu proprio* y la conciliación como resultado de gestiones oficiosas de un tercero que propone una solución.

*Conciliación* también es el término que emplea la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional para englobar todos los medios extrajudiciales no adversariales, o amistosos, de solución de controversias.

Personalmente prefiero dividirlos desde la raíz, la primera es mediación y la segunda, conciliación *stricto sensu*, así como el legislador lo presenta en la fracción IV del artículo 2 de la LJAR, como la presentación por parte del facilitador, de alternativas de solución a las partes en conflicto para llegar a un acuerdo.

La conciliación es un mecanismo voluntario en donde las partes se comunican entre sí buscando una solución común con la ayuda de un facilitador

[169] VILALTA NICUESA, Aura Esther, *Op. Cit.*, ver nota 164, p. 94.

conciliador quien plantea soluciones idóneas al conflicto, proponiendo, en caso de que sea necesario y con base en criterios objetivos, diversas alternativas de solución, las cuales, serán o no adoptadas por las partes, pues por ningún motivo el facilitador conciliador puede imponer su deliberación. Esto lo distingue de la mediación, donde las partes proponen las vías de acuerdo que componen una deliberación conjunta, es decir, el facilitador mediador no delibera sino las partes.

González de Cossío dice que "mientras la conciliación es más *evaluativa*, la mediación es más *colaborativa*. En la conciliación el conciliador se hace de información, la evalúa, y propone una solución. En la mediación el mediador trabaja con las partes para propiciar que transijan…

Mientras en la Conciliación el conciliador propondrá una solución no vinculatoria, en la Mediación el mediador buscará generar las circunstancias para que las partes lleguen a un resultado que les convenga a ambas."[170]

Una propuesta de solución no vinculatoria no es siempre la forma de terminar la conciliación, el conciliador también está facultado para sugerir la transacción a las partes y plasmarla en un contrato o acuerdo de transacción. Otras formas de terminarla son la declaración de la no justificación de los esfuerzos de la conciliación elaborada por el conciliador con previo consentimiento de las partes; la declaración conjunta de las partes hacia el conciliador sobre su voluntad de concluir el procedimiento de conciliación, y; mediante la declaración unilateral de la voluntad de no seguir con el procedimiento de conciliación.

La discusión más sonada y actual sobre este mecanismo versa en cuanto a los compromisos acordados en la conciliación, de su existencia, validez y ejecutabilidad, pues existen quienes argumentan que los acuerdos

[170] GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Op. Cit.*, ver nota 138, p.p. 15, 35.

sean manejados como *res judicata* atendiendo fielmente al principio *pacta sunt servanda*, y otros que defienden la postura de actual aplicación, que personalmente se me hace menos práctica pero más viable, de que en caso de inconformidad o incumplimiento con el acuerdo, se acuda ante un tercero que dicte un fallo para dirimir la controversia, ya sea acudiendo a un proceso judicial o a uno arbitral.

#### 3.1.3.2.2.1.3. Negociación, *lato sensu*.

En páginas anteriores expliqué, al conceptualizar lo que son los *juegos de suma positiva*, que lo ideal para lograr revertir la suma cero es acudir a la herramienta de la negociación objetiva. Los operadores de la Justicia Alternativa se valen de esta herramienta como el mejor instrumento para lograr que las partes transijan en la gestión autocompositiva de los conflictos y la conflictividad. Así, es recomendable que, en la práctica, los facilitadores al intervenir en la negociación de las partes, observen los principios del Concepto de Harvard de negociación objetiva o estrategias BATNA.

El artículo 2, fracción XI, de la LJAR observa que, en materia de MASC, la negociación es la asistencia que brindan los facilitadores a las partes que han resuelto una controversia susceptible de someterse a mecanismos alternativos, para elaborar el convenio o acuerdo reparatorio.

Es una herramienta cuya utilización es posterior a la resolución autocompositiva, sin embargo, en la práctica comporta más una actividad constante que se realiza en todo momento, incluyendo la elaboración del acuerdo reparatorio.

### 3.1.3.2.3. Heterocomposición.

La definición de la heterocomposición está implícita en su nombre: un tercero compone con su decisión. Esta puede ser adversarial o no adversarial, judicial o extrajudicial.

Eduardo Pallares indica que la heterocomposición obedece a dos maneras de ser: cuando las partes ponen fin a la intervención de un tercero, "en cuyo caso se produce la autocomposición."[171] O cuando en la decisión interviene un tercero ya sea particular o judicial. Pallares hace una observación en cuanto a la percepción doctrinal de formas de terminar un proceso y otros medios considerados autocompositivos, como lo son la renuncia y el desistimiento que, si bien surgen de una actitud autocompositiva, su materialización depende de la decisión de un tercero, pues "en la heterocomposición es necesario que un tercero actúe para poner fin al litigio, no siempre al juicio. Dan lugar a la heterocomposición el proceso judicial, el juicio de árbitros o arbitradores y la conciliación, sea provocada por los mismos interesados (mediación) o que acepten cuando es debida a las gestiones oficiosas del conciliador."[172] Bajo esta misma hipótesis, Gonzalo Uribarri ubica a la mediación dentro de los métodos heterocompositivos en su obra *Derecho Arbitral Mexicano*.

Difiero de Eduardo Pallares y de Uribarri, técnicamente la mediación es heterocompositiva sólo cuando se hace valer el acuerdo alcanzado en ella; también, bajo esa tesitura lo serían la renuncia, la transacción y los convenios judiciales. No obstante lo anterior, es mejor atender al proceso autocompositivo que al resultado de hacer valer un acuerdo reparatorio o un contrato de transacción; no siembre es necesario hacer valer la composición.

---

[171] PALLARES, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, **voz: Heterocomposición**, p. 402.
[172] *ídem.*

### 3.1.3.2.3.1. Medios heterocompositivos adversariales judiciales.

#### 3.1.3.2.3.1.1. La jurisdicción de la judicatura.

Es conocido por el estudioso del Derecho que la etimología de la palabra jurisdicción proviene de las voces latinas *ius* que significa Derecho, y *dicere*, que se traduce como decir o proclamar, y que, en conjunto, forman el *ius dicere*, es decir, proclamar el Derecho.

La doctrina muestra que esta es una palabra con varias acepciones, algunas meramente coloquiales y que algunos juristas utilizan erróneamente como la jurisdicción territorial o la jurisdicción como sinónimo de competencia. Lo cierto es que, *lato sensu*, la jurisdicción es la facultad soberana que tiene el Estado para administrar justicia.

El tratadista alemán Werner Goldschmidt sostiene que la jurisdicción es una facultad-deber que tiene el Estado, mediante un organismo competente, de administrar justicia.

En palabras de mi profesora de Derecho Procesal Civil, la jueza en retiro Rosa Alanís Yépez, la jurisdicción es la facultad soberana del Estado para conocer y resolver con fuerza vinculatoria para las partes una controversia sometida a proceso, o en su caso, reconocer la validez por otra autoridad jurisdiccional siempre que se satisfagan los requisitos exigidos por la legislación. Esta no se debe confundir con la competencia que es una porción de jurisdicción que se atribuye a los tribunales que pertenecen al mismo orden jurisdiccional.

La jurisdicción puede ejercerse en forma de juicio adversarial en una controversia contenciosa y cuando el juez otorga solemnidad a actos jurídicos en los que no hay litigio o controversia, esta es llamada jurisdicción voluntaria.

El fundamento básico constitucional de la jurisdicción está en el artículo 17, en cuanto al derecho humano a la administración de justicia pronta, gratuita, imparcial y expedita por tribunales abocados a ello; en el 49, de la división de poderes, y; en el 39, de la soberanía.

La función jurisdiccional, dice Ovalle Favela, se desenvuelve en un proceso judicial, una vez que se haya hecho valer el derecho de acción por la parte accionaria, a través del conocimiento del juez sobre el litigio, de las pretensiones de las partes y la decisión que tomará en cuanto al conflicto a través de la sentencia. En caso de que la parte condenada no cumpla con la sentencia, el juez hará uso de la jurisdicción para hacerla cumplir forzosamente.

El proceso civil es muy formalista, técnico, dilatorio y poco comunicativo; se lleva a cabo en etapas y en dos instancias:

Etapa previa a la primera instancia.

En esta etapa se pueden llevar a cabo, entre otras acciones, los medios preparatorios del juicio con la finalidad de subsanar dudas y deficiencias o; adoptar medidas cautelares en cuanto a asegurar el cumplimiento del fallo dictado en el proceso considerado como principal.

Primera instancia.

Etapa postulatoria. Es la demanda, su contestación en sí y la posible reconvención. Es decir, la exposición de las pretensiones del actor, la relatoría de hechos fundatorios de la acción y su fundamentación jurídica, así como la relatoría de hechos del demandado y la fundamentación jurídica de su defensa, y en ciertos casos, la contrademanda y el posterior emplazamiento al actor para que la conteste.

Etapa probatoria. Es el desahogo de las pruebas aportadas por las partes.

Etapa conclusiva. Es la exposición de alegatos o conclusiones respecto del proceso, en esta etapa se dicta la sentencia definitiva.

Segunda instancia.

Apelación. Si hay inconformidad con la sentencia, la parte que se considera agraviada, o ambas, pueden impugnarla, dicho de otra manera, tienen el derecho de acudir al tribunal de alzada para expresar los agravios que ha causado la sentencia. El tribunal de alzada, que serían las salas civiles, tiene por objeto revisar la legalidad del proceso y de la sentencia. En caso de inconformidad con lo resuelto por la sala competente, se procederá al juicio de amparo indirecto ante el Tribunal Colegiado de Circuito competente.

Etapa ejecutiva. Si la parte que ha sido condenada no cumple con la sentencia voluntariamente, y tampoco la apeló en los términos dados por la ley, la parte ganadora del juicio puede solicitar al juez que ejecute coactivamente la sentencia.

El procesalista Cipriano Gómez Lara afirma que el proceso jurisdiccional, como instrumento de aplicación del Derecho, es la forma más evolucionada e institucional de dirimir un conflicto, y que su éxito resulta de su buen o mal empleo, pero se hace valer, en su caso, por medio de la imposición coactiva del Estado.

Así pues, la heterocomposición del Estado es llevada a cabo por la judicatura, es decir por los titulares profesionales de la función jurisdiccional y todo fallo que realice algún tercero heterocomponedor que no pertenezca a ella será un árbitro o un heterocomponedor *ad hoc*.

Difiero de Gómez Lara, secundo con la tesis de la naturaleza diversa de los problemas legales y de que, para cada conflicto, o situación legal o negocio en particular, hay una solución adecuada. La jurisdicción de la judicatura es primaria en la estructura del Estado, no obstante, considero que la cultura jurídica mexicana debe comenzar a arropar a los MASC; no deben verse como una amenaza o una imposición, son la solución al desahogo de los miles de casos esperando resolución en la judicatura de los estados y la federación.

Los MASC son la humanización del Derecho Privado. Hasta hoy, en México sólo se ha tocado el lado psicológico y psicosocial en el Derecho Penal y en el Familiar; así como sólo se ha humanizado el Constitucional. El sistema jurídico internacional y los sistemas extranjeros comienzan a cambiar y humanizarse, es momento de México se ponga en sintonía.

**3.1.3.2.3.2. Medios heterocompositivos adversariales extrajudiciales.**

Si bien es cierto que en algunos casos la autocomposición no logra resolver una controversia, no es lo más adecuado dar por hecho que el paso siguiente es someterse a la jurisdicción estatal. Cuando la cuantía del caso lo permite y si el tiempo apremia, siempre es mejor asegurarse de que el conflicto se lleve por profesionales abocados expeditamente a la resolución económica del conflicto. Es por ello que en los Estados Unidos existen juicios privados en los que, generalmente, un juez en retiro, falla sobre la controversia y las partes se comprometen a cumplirlo, esta figura se llama *private judge* o *private trial*. Sin embargo, sostengo que la mejor forma de dirimir un conflicto cuando ya se agotaron las instancias amistosas, si el caso no es de orden público y su cuantía lo amerita, es el Arbitraje.

## 3.2. Arbitraje.

### 3.2.1. Antecedentes diacrónicos.

En las antiguas civilizaciones de la humanidad, cuando la autotutela bestial y la autocomposición amistosa fueron rebasadas por la complejidad de la conflictividad humana, la gente comenzó a acudir a la heterocomposición para resolver sus conflictos. La evidencia historiográfica muestra que fue un símil del arbitraje actual la instancia que dirimía los conflictos en las comunidades pre-estatales. En un principio, las partes acudían a un tercero de confianza para que se pronunciara sobre su controversia, esto evolucionó cuando los conflictuados se presentaban ante una figura de autoridad y respeto para ellos, quien resolvía su controversia. Posteriormente, fueron las comunidades en su conjunto las que nombraban árbitros o cuerpos arbitrales expeditos para decidir a quién le asistía la razón en las controversias suscitadas entre personas de la misma comunidad.

Las razones aquí descritas son suficientes para afirmar que el arbitraje es previo a la jurisdicción del Estado y que la figura del árbitro es anterior a la del juez. Hoy en día, estas formas autóctonas de heterocomposición, a las que me permito denominar *paraarbitrales*, aún son muy comunes en comunidades tribales en donde prima la legitimidad de los usos y costumbres sobre la jurisdicción del Estado.

Es importante conocer cómo ha ido evolucionando la figura del arbitraje hasta como se le conoce hoy en día. Desde que comenzó a coexistir en conjunto con la jurisdicción del Estado, ha tenido una historia diacrónica e imperfecta, con notables altibajos y excesivas renuencias a reconocerlo y aplicarlo, esto, ya que se le consideraba una amenaza por suponer que podía suplantar a la justicia estatal.

### 3.2.1.1. Antecedentes extranjeros.

Se puede percibir que en las sociedades estatales ya resalta la figura del *Receptum Arbitri*, del Derecho Romano. En esta figura, se nombraba a un tercero de confianza llamado *arbiter* elegido por las partes y él dirimía sus controversias con base en fórmulas procesales otorgadas previamente por magistrados o funcionarios. La decisión del *arbiter* era vinculante y, para asegurarse de que se hiciera valer, antes del procedimiento las partes depositaban una suma igual de dinero que quedaba en prenda resguardada por el *arbiter* hasta que se cumpliera voluntariamente la determinación de este, so pena de perder el dinero.

Posteriormente, se comenzó a tener una apreciación más moderna del arbitraje y del Derecho Arbitral en sí cuando, en la época de las cruzadas, se abrieron nuevas rutas comerciales y surgió la *lex mercatoria* junto a tribunales arbitrales que dirimían disputas comerciales, de ahí que se afirme (equivocadamente) que el arbitraje es de naturaleza mercantil. Se considera que en esta etapa el Derecho Arbitral tuvo su primer auge y posterior decadencia cuando se estatizó la función jurisdiccional. A esta acción, la llamo la primera renuencia oficial a reconocer el Derecho Arbitral.

Cuando el *common law* se terminó de integrar como un sistema jurídico, el arbitraje se adhirió a este como una de sus herramientas, en un principio, su uso fue consuetudinario pero, aunque la ejecución de laudos era hasta cierto punto permitida, las cortes mostraban cierta renuencia a hacerlo por miedo a ser suplantadas con el tiempo. Esto cambió cuando, a partir de 1620, los lores comenzaron a fungir como árbitros en los casos que las cortes no conocían y comenzó así un segundo auge del Derecho Arbitral, de hecho, hasta llegó a ser requisito necesario del proceso judicial en la Ley Inglesa de 1698 en tratándose de casos sobre finanzas, seguros y usos mercantiles. La figura del arbitraje

decayó cuando las cortes, a mediados del Siglo XVIII, suplantaron al arbitraje por la figura del jurado en los casos mencionados.

Medio siglo después, de nuevo se comenzó a reconocer la figura del arbitraje en las legislaciones de Europa occidental. Adjetivamente, en 1806 en el código procesal civil de Francia; en España, la Novísima Recopilación de 1806 sistematizó el acervo general de las VII Partidas de Alfonso X el Sabio y la tercera partida del Fuero Viejo de Castilla en el que se reconocía una manera extrajurídica de componer controversias por arbitradores.

Sustantiva- y constitucionalmente, en la Constitución de Cádiz de 1812, se le dio valor constitucional al reconocerse el arbitraje como medio de solución de controversias y, en casos en los que las partes renunciaban por escrito a la apelación, se comenzaron a reconocer plenamente los laudos de los "jueces árbitros".

De vuelta al *common law*, en 1854 se aprobó la *Common Law Procedure Act* que estipulaba que todo conflicto se debía llevar ante las cortes a menos de que las partes decidieran hacerlo mediante arbitraje. En 1899, se aprobó la *Arbitration Act*, que le dio plena legalidad a la figura arbitral. La materia arbitral, por su parte, tuvo validez plena en los Estados Unidos de Norteamérica en 1925 con la *Federal Arbitration Act*.

### 3.2.1.2. Antecedentes nacionales e internacionales.

En México, en el artículo 1277, fracción XI, del Código Procesal Civil de 1872, se contempló oficialmente que los negocios civiles eran susceptibles de arbitraje y a partir de ahí se le comenzó a dar importancia práctica, legislativa y jurisprudencial.

La evolución de las leyes que contemplaban al arbitraje no fue mayor, se mencionó la figura en el Código de Comercio de 1889 y en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Posteriormente, se adjuntó a más leyes adjetivas.

El verdadero respeto por la institución surgió a raíz del auge internacional del arbitraje. Este comenzó con la creación de la Corte Internacional de Arbitraje para la Cámara de Comercio Internacional, en 1923.

No obstante lo anterior, lo que más influyó fue la Convención Sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras del 10 de junio de 1958 (en adelante, Convención de Nueva York) que exige que en todo órgano jurisdiccional de cualquier Estado contratante, cuando se conozca sobre una acción en donde exista acuerdo arbitral o cláusula compromisoria, se debe remitir el caso a arbitraje, asimismo, establece el deber del reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, salvo excepciones. En México, este Tratado entró en vigor el 13 de junio de 1971.

El 21 de julio de 1985, inició en su vigencia la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL, por sus siglas en inglés) sobre Arbitraje Comercial Internacional que sirvió como texto de referencia para la legislación sobre arbitraje en más de cuarenta países que formularon nuevas leyes independientes sobre arbitraje.

En el caso de México, se hizo casi una copia fiel de la Ley modelo de la UNCITRAL, esta es vigente desde el 22 de julio de 1993, cuando se incorporó al Código de Comercio en el vacante Título Cuarto del Libro Quinto. También reformaron los artículos 569, 570 y 571 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

### 3.2.2. Definición doctrinal.

Según el abogado español Luis Felipe Castresana, árbitro de la Corte Civil y Mercantil (CIMA) y de la Corte de Arbitraje de Madrid, “el arbitraje es un mecanismo privado para la solución de controversias en el que las partes optan de mutuo acuerdo (frente a la jurisdicción ordinaria u otros mecanismos de solución de controversias) por someter una o varias disputas surgidas de una relación jurídica a uno o varios terceros independientes (los árbitros), a los que se encarga la resolución de la controversia a través de una decisión (el laudo) que es definitiva, vinculante para las partes y que goza de fuerza ejecutiva.” [173]

El abogado Carlos Dante Román López, de la Escuela Libre de Derecho, en su obra *Arbitraje en Materia Sucesoria*, con base en las ideas del árbitro González de Cossío, menciona que, para definir al arbitraje, se deben incluir elementos tales como la existencia de una controversia y su heterocomposición dictada por un tercero extrajudicial nombrado por las partes cuya decisión debe ser final y vinculante para las partes.

Así pues, Román López da a entender que el arbitraje es una institución mediante la cual las partes, quienes pueden ser personas físicas o morales, dan solución a sus diferencias privadas acudiendo a un tercero ajeno a la judicatura del Estado cuya decisión es final y vinculante. “La persona o personas que se designan como árbitros normalmente son personas las cuales por su experiencia, trayectoria y desempeño laboral son considerados como especialistas en la materia y que pueden dedicar el tiempo necesario para el estudio de la problemática planteada, lo que garantiza a las partes que su conflicto será debidamente atendido por gente profesional y resuelto de la mejor manera.” [174]

---

[173] CASTRESANA, Luis Felipe, *Manual de Arbitraje*, p. 13.
[174] ROMÁN LÓPEZ, Carlos Dante, *Op. Cit.*, ver nota 144, p. 10.

El árbitro no tiene la facultad de *imperium* con la que gozan los juzgadores de la judicatura, ya que es, más bien, según la autora Jacqueline Rubellin-Devichi, en su obra *L'arbitrage, nature juridique*, mencionada en la obra de González de Cossío, un juez privado investido de una misión jurisdiccional de origen contractual.

El fallo del árbitro o del tribunal arbitral se denomina *laudo*, el cual no es ejecutable coactivamente mas que con el apoyo de un juez.

### 3.2.3. Definición judicial.

De entre las fuentes del Derecho, considero a la jurisprudencia la más completa, pues interpreta a las fuentes legislativas y aporta cuestiones de la doctrina y la costumbre en cada escrutinio.

Considero sumo importante explicar con bases jurisprudenciales qué es el arbitraje en México, con la finalidad romper con las falsas concepciones que se tiene en cuanto a esta institución jurídica. Asimismo, es sustancial tener en cuenta lo importante que es la judicatura del Estado para el arbitraje y cómo se complementan entre sí.

Sobre lo anterior, el Ministro en retiro José Ramón Cossío Díaz, en el prólogo de la obra del árbitro González de Cossío, *Arbitraje y judicatura*, invocando las ideas de Rousseau, declaró que si las leyes son el reflejo de la voluntad popular, las sentencias de los jueces actualizan esta voluntad popular, pero pone en tela de juicio ¿qué es lo verdaderamente relevante para el Estado en cuanto a la resolución de conflictos generados entre sus habitantes? y su respuesta es simplemente magistral: "El Estado lo es por su capacidad de entenderse con la diversidad de problemas generados por la sociedad y por su capacidad de respuesta a ellos. De este modo, 'permitir' que determinado grupo

de asuntos sean resueltos en instancias diversas a la jurisdicción nacional, no va en desdoro a la apuntada estatalidad, sino más bien constituye la aceptación de la diversidad de formas de resolución del conflicto que pueden abordarse en el Estado." [175]

Entendido esto, comenzaré con los precedentes judiciales sobre la noción de arbitraje.

El primero es una tesis aislada, de la quinta época, de la tercera sala civil de la SCJN, que resolvió el amparo civil en revisión 4660/31. Compañía Mexicana de Petróleo "El Aguila", S. A. el 26 de mayo de 1933. Se destaca lo siguiente:

**Tesis Aislada (civil), Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tercera Sala, Tomo XXXVIII, p.801.**

El arbitraje es una convención que la ley reconoce y que, por cuanto implica una renuncia al conocimiento de la controversia por la autoridad judicial, tiene una importancia procesal negativa. Ese contrato es el llamado de compromiso, y en virtud de él, las partes confían la decisión de sus conflictos a uno o más particulares; de ese modo, se sustituye el proceso con algo que es afín a él, en su figura lógica, supue0sto que en uno y otro casos, se define una contienda mediante un juicio ajeno; sin embargo, el árbitro no es funcionario del Estado, ni tiene jurisdicción propia o delegada; las facultades de que usa, se derivan de la voluntad de las partes, expresada de acuerdo con la ley, y aunque la sentencia o laudo arbitral, no puede revocarse por la voluntad de uno de los interesados, no es por sí misma ejecutiva. El laudo sólo puede convertirse en ejecutivo, por la mediación de un acto realizado por un órgano jurisdiccional, que, sin quitarle su naturaleza privada, asume su contenido; de suerte que, entonces, el laudo se equipara al acto jurisdiccional. El laudo sólo puede reputarse como una obra de lógica jurídica, que es acogida por el Estado, si se realizó en las materias y formas permitidas por la ley. El laudo es como los considerandos de la sentencia, en la que el elemento lógico, no tiene más valor que el de preparación del acto de voluntad, con el cual el Juez formula la voluntad de la ley, que es en lo que consiste el acto jurisdiccional de la sentencia. Esa preparación lógica no es por sí misma acto jurisdiccional, sino en cuanto se realiza por un órgano del Estado. El árbitro carece de imperio, puesto que no puede examinar coactivamente testigos ni practicar inspecciones oculares, etcétera; y sus laudos son actos privados, puesto que provienen de particulares, y son ejecutivos sólo cuando los órganos del Estado han añadido, a la materia lógica del laudo, la materia jurisdiccional de una sentencia. La función jurisdiccional compete al Estado y no puede ser conferida sino a los órganos del mismo; pero obrar en calidad de órgano del Estado, significa perseguir, con la propia voluntad, intereses públicos, lo que evidentemente no hacen las partes cuando comprometen en árbitros sus

[175] COSSÍO DÍAZ, José Ramón, Prólogo de: GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *El Arbitraje y la Judicatura*, p. XIII.

cuestiones, puesto que entonces persiguen fines exclusivamente privados; de modo que las relaciones entre las mismas partes y el árbitro son privadas y el laudo es juicio privado y no sentencia, y estando desprovisto, por lo mismo, del elemento jurisdiccional de un fallo judicial, no es ejecutable sino hasta que le preste su autoridad algún órgano del Estado que lo mande cumplir. El laudo y el exequatur, deben ser considerados como complementarios, son dos aspectos de un solo acto jurídico; uno, es el elemento lógico que prepara la declaración de la voluntad de la ley que ha de aplicarse en el caso concreto, y el otro, consiste precisamente, en esa voluntad, formulada por el funcionario provisto de jurisdicción.

No menos importante fue el Amparo directo 2474/48 del 14 de octubre de 1949 que, a la postre, fue un criterio constantemente reiterado en diversas ejecutorias de la quinta época. De este, se resalta lo siguiente:

… las funciones de los árbitros no son funciones públicas. En tal virtud, no pueden conceptuarse como autoridades del Estado, siendo improcedentes, por lo tanto, los amparos que se intentan contra la resolución que dicten, mientras no exista un mandamiento de ejecución que libre el juez competente, cuando es requerido por los árbitros para el cumplimiento del laudo; exequátur que es indispensable para que la resolución arbitral pueda causar algún perjuicio a las partes. El laudo, una vez que se decrete su cumplimiento, se eleva a la categoría de acto jurisdiccional, y es hasta entonces cuando el agraviado deberá ocurrir en demanda de amparo, ya sea porque en su concepto se hayan cometido violaciones a los términos del compromiso o porque se hayan desatendido los requisitos esenciales del procedimiento como la falta de recepción de pruebas, de audiencia, etc., o que se ataquen en el laudo dicho, disposiciones de estricto orden público.

De estos dos criterios, se rescata una primera definición y caracterización judicial del arbitraje en México, en cuanto a su función como un acto de particulares y encaminado a solucionar controversias de carácter hetero-compositivo y extrajudicial, cuyas determinaciones son improcedentes al juicio de amparo salvo cuando se solicita el exequátur judicial.

Criterios más recientes sobre arbitraje han otorgado una definición más apegada a su naturaleza jurídica y lo han caracterizado como sustancialmente diverso a la jurisdicción estatal. Asimismo, se le ha clasificado como voluntario, forzoso y mixto.

Del Amparo en revisión 131/2009. Talent Agency Unlimited, S.A. de C.V. 27 de mayo de 2009, se desprenden las siguientes tesis:

**Registro No. 166504, Novena Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, septiembre de 2009, p. 434. Tesis: 1a. CLXV/2009. Amparo en revisión 131/2009, 27 de mayo de 2009. Cinco votos.**

El concepto genérico de "arbitraje" (vocablo que proviene del latín adbiter, formado por la preposición ad, y arbiter, que significa "tercero que se dirige a dos litigantes para entender sobre su controversia") se refiere al proceso de solución de conflictos -distinto a la jurisdicción estatal- mediante el cual se dirimen controversias entre intereses particulares y surge de sus voluntades, las que se expresan en un compromiso por medio del cual prefieren concordar sus entredichos con base en el consejo o avenencia de otra persona de su confianza (física o colectiva) a la que regularmente se le llama "árbitro", "avenidor" o "arbitrador", en cuyas manos las partes eligen colocar voluntariamente la respuesta al problema que las enfrenta, buscando lograr así el esclarecimiento del conflicto con una decisión práctica y sustancialmente diversa de la jurisdicción, que proviene de la autodeterminación de las sociedades que deciden entregar al Estado la potestad pública de tutelar los conflictos intersubjetivos en juicios. Desde esta perspectiva, el arbitraje, en principio, no supone la solución de diferencias mediante el proceso jurisdiccional sino a partir de la voluntad, destacando que aun cuando la competencia de los tribunales arbitrales no está determinada por la ley, finalmente así debe estimarse indirectamente en la medida en que el acuerdo para comprometer en árbitros una problemática tendrá que hacerse mediante un compromiso que deberá ajustarse a las leyes aplicables, por lo que la competencia arbitral tiene en cierta forma un origen legal y, por ende, está supeditada a la legalidad y en última instancia, a través de ésta, a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

**Registro No. 166502, Novena Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, septiembre de 2009, p. 434. Tesis: 1a. CLXV/2009. Amparo en revisión 131/2009, 27 de mayo de 2009. Cinco votos.**

Para la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, desde una perspectiva procesal los mecanismos para la solución de conflictos se clasifican en autocompositivos (como el desistimiento, el allanamiento, la transacción y en general el convenio) y heterocompositivos (donde interviene un tercero como la jurisdicción, la conciliación y algunas formas de arbitraje); de manera que los primeros se caracterizan porque las partes buscan sanear la discordia evitando el conflicto por sus decisiones personales y por ello no existe interés o motivo suficiente para litigar, no existe controversia directa pues el proceso se resuelve con base en mera pacificación; en cambio, los segundos presuponen el nacimiento de un proceso judicial o jurisdiccional o la posibilidad de remitir la respuesta al conflicto a un tercero distinto de un juez o autoridad judicial con competencia establecida estatalmente (como las Juntas de Conciliación y Arbitraje o la Comisión de Arbitraje Médico). Así, resulta inconcuso que el arbitraje es autocompositivo si se basa únicamente en la voluntad de las partes y en la contractualidad; y heterocompositivo cuando el árbitro, más que intervenir por voluntad de los contratantes, tiene una actuación determinada por la ley. Por ello, si el arbitraje se presenta por una decisión voluntaria, libre y concertada (como ocurre en los arbitrajes privados civiles o comerciales puros) sus fundamentos tendrán naturaleza meramente contractual; y, por otra parte, quienes solucionen sus conflictos mediante arbitrajes regidos por disposiciones estatales preestablecidas, componen sus diferencias a través de procedimientos arbitrales pero con una naturaleza casi jurisdiccional o al menos próximos a ésta, aunque mediante su voluntad, las partes también pueden acudir a autoridades estatales para que funjan como árbitros y las leyes en ocasiones facultan a estas entidades para actuar como tales, conformando verdaderos arbitrajes intermedios entre el contractualmente establecido y el estatalmente erigido, por lo que se advierte que básicamente existen tres clases de arbitrajes: a) el voluntario o contractual, b) el forzoso o necesario, y c) el intermedio.

La distinción jurisprudencial entabla una clasificación entre un “arbitraje” llevado por un tercero ajeno a la judicatura, pero con competencia establecida estatalmente, y; arbitraje llevado por un tercero o terceros particulares. A este fenómeno, González de Cossío le denomina “promiscuidad legislativa de la utilización de la palabra ‘arbitraje’”, ya que, en México, existen instituciones del Estado que llevan la palabra “arbitraje” en su nombre sin ser un arbitraje *per se*. En la jurisprudencia citada, resaltan las Juntas de Conciliación y Arbitraje, cuya existencia, afortunadamente, tiene los días contados, y; la Comisión Nacional de Arbitraje Médico. La primera se trata de un litigio laboral llevado ante una autoridad representativa del poder ejecutivo y, la segunda, de una institución administrativa que conoce de quejas en materia médica.

Además de la diferencia sustancial entre lo que es un arbitraje *per se* y estas falsas denominaciones que tampoco encuadran en lo que yo llamo *paraarbitraje*, la disimilitud más notoria es que un juicio de amparo sí procede en contra de laudos y árbitros de la JCA y la CONAMED, pero no en contra de “arbitrajes privados civiles o comerciales puros” como los denomina la jurisprudencia.

En cuanto a la clasificación que hace la Corte entre arbitraje voluntario, forzoso o mixto, resalta la siguiente tesis:

**Registro No. 166501, Novena Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, septiembre de 2009, p. 434. Tesis: 1a. CLXV/2009. Amparo en revisión 131/2009, 27 de mayo de 2009. Cinco votos.**

El arbitraje voluntario o contractual se determina por la libre voluntad con que se fija al árbitro o árbitros, a las reglas procesales para la solución del conflicto y en ocasiones el derecho sustantivo aplicable al caso; a diferencia del forzoso, donde el árbitro, el proceso y el derecho sustantivo son regulados de antemano por las normas estatales. Ahora bien, el arbitraje voluntario tiene origen en el compromiso arbitral o "cláusula compromisoria" que se instala en el momento de la concertación, la cual implica renuncia al conocimiento de una controversia por la autoridad judicial, a grado tal que si una de las partes citase a la otra ante el juez, la demandada podría solicitar que éste se abstenga del estudio de fondo en virtud de la "excepción de compromiso en árbitros", que no es de incompetencia o litispendencia, sino materialmente de renuncia pactada al procedimiento judicial, de manera que las partes prácticamente sustituyen

al proceso y optan por arreglarse conforme a la decisión de un árbitro, quien no será funcionario del Estado ni tendrá jurisdicción propia o delegada, sino que sus facultades derivarán de la voluntad de las partes expresadas "de conformidad" con la ley; su decisión será irrevocable por voluntad, pero no ejecutiva por no ser públicamente exigible hasta en tanto no sea homologada por la autoridad judicial. Así, la exclusión del juez en la arbitración puramente voluntaria representa una consecuencia importante porque la resolución que dirime el conflicto no será una sentencia sino un acto privado denominado laudo, el cual intrínsecamente no compromete al derecho subjetivo o las acciones judiciales, pues aun con el laudo dictado, las partes podrían convenir el sometimiento con reservas e insistir en la promoción del problema ante la justicia estatal, siendo ésta una peculiaridad que evita caer en el equívoco de que el arbitraje permite integrar la voluntad privada en los aspectos que no fueron tenidos en cuenta al convenir, ni tampoco implica que la voluntad de un tercero concurra para determinar la voluntad privada, ya que la única relevante en una decisión arbitral será la proveniente de las partes, quienes se arreglarán mediante resolución adoptada por ellas mismas a través de su propio representante, es decir, el árbitro o tribunal arbitral. Resulta importante señalar también que los árbitros deben resolver imparcialmente las cuestiones sometidas a su potestad y no deben derivar u orientar sus funciones ni sus decisiones por el común consentimiento de las partes (salvo que se exprese como transacción para finiquitar el proceso arbitral), porque dicho consentimiento sólo opera en el momento inicial del arbitraje -que es el compromiso- pero después será irrelevante; tan es así que incluso el procedimiento puede ser revisado posteriormente por la autoridad jurisdiccional a fin de corroborar la imparcialidad del árbitro, de ahí que sea válido afirmar que los árbitros poseen "autoridad" pero les falta "potestad", la cual es atributo exclusivo del Estado y por ello podrán realizar todos aquellos actos para los que baste la simple autoridad, y deberán solicitar la cooperación de los tribunales respecto de aquellos otros que requieran la potestad, como ocurre por ejemplo en materia de medidas o providencias cautelares y de ejecución en donde se requiere del auxilio de la jurisdicción estatal para lograr dichas medidas mediante procedimientos que (por la forma como se debatirán los intereses) serán contenciosos. Los árbitros voluntarios no integran organización estatal alguna pues no son auxiliares de la justicia ni servidores públicos, ya que la posibilidad del arbitraje se materializa por el principio de libertad y disposición de las partes para elegir la vía para resolver sus diferencias y conflictos. Asimismo, cabe agregar que el arbitraje voluntario puede dar origen al denominado arbitraje ad hoc o casuístico, en donde las partes someten la decisión a una tercera persona con base en un procedimiento elaborado por ellas mismas para el caso concreto. El arbitraje privado en ocasiones puede ser institucional, el cual es una submodalidad del arbitraje voluntario en donde las partes someten la controversia mediante libre compromiso ante una institución especializada -nacional o internacional, pública o privada- que organiza y asiste en la conducción del procedimiento arbitral, el cual puede realizarse según sus propias reglas.

A la lectura de la tesis, se destaca el origen contractual del arbitraje, precisamente de una cláusula arbitral o compromisoria que significa la renuncia a la jurisdicción judicial ante cualquier desavenencia entre las partes de un contrato, a tal grado que, si una de las partes acciona una demanda judicial en contra de la otra, la demanda quedaría sin efectos tan solo con la presentación de la cláusula arbitral ante el juez.

La primera sala también retomó la naturaleza privada del árbitro o tribunal arbitral, al afirmar que este sí posee autoridad, pero no potestad (o *imperium*) estatal, asimismo, menciona el deber de imparcialidad del árbitro so revisión, a petición de parte, judicial del procedimiento arbitral. Por esta misma razón, se dijo que los laudos, al no ser actos de autoridad estatal, no son ejecutables sin que se realice previamente el exequátur judicial.

Sobre esta línea discursiva, se consideró que el árbitro o tribunal arbitral, al carecer de potestad, para llevar a cabo medidas cautelares o de ejecución derivadas de la naturaleza contenciosa de alguno de los casos bajo su conocimiento, puede solicitar la cooperación judicial.

La Primera Sala, encuadrándola dentro del margen del arbitraje voluntario, aportó la diferencia doctrinal y práctica más sustancial de la institución del arbitraje, me refiero al arbitraje *ad hoc* e institucional.

Para definir el primero, menciona que las partes que se someten a arbitraje elaboran un procedimiento específico para el caso en concreto y lo confían a un tercero al cual le otorgan autoridad de decisión.

Sobre el institucional, la Corte alude a que las partes se someten a arbitraje bajo la dirección de una institución arbitral, pública o privada, nacional o internacional. La doctrina, práctica y algunas legislaciones establecen que el arbitraje institucional se puede llevar a cabo bajo reglas adjetivas preestablecidas, esto no obsta que el arbitraje institucional se lleve a cabo con regulación *ad hoc*.

En cuanto al forzoso y mixto, la Corte ha considerado que:

**Registro No. 166506, Novena Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, septiembre de 2009, p. 434. Tesis: 1a. CLXV/2009. Amparo en revisión 131/2009, 27 de mayo de 2009. Cinco votos.**

El arbitraje forzoso es aquel donde la ley expresamente reserva la solución de ciertos conflictos a un árbitro cuyo nombramiento está determinado por la ley aplicable que es un tercero discernido que no representa a las partes y es imparcial respecto del objeto debatido, de lo que se sigue que en esta modalidad el Estado tiene interés en auspiciar su labor de gestión y procura la pacificación; por ello, al emitirse el laudo en esta variante del arbitraje, el árbitro no representa voluntad alguna de las partes más que la propia, de manera que su decisión está revestida de un sentido de justicia suficiente como para darle una razón jurisdiccional y, por ende, puede sostenerse que en esta modalidad los árbitros gozan de jurisdicción derivada del Estado, mas no de las partes, por lo que se trata de jurisdicciones complementarias (como en los procedimientos seguidos ante las Juntas de Conciliación y Arbitraje).

**Registro No. 166505, Novena Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXX, septiembre de 2009, p. 434. Tesis: 1a. CLXV/2009. Amparo en revisión 131/2009, 27 de mayo de 2009. Cinco votos.**

Considerando que el arbitraje voluntario o contractual se determina por la libre voluntad de las partes mediante la cual fijan al árbitro o árbitros, reglas procesales y/o (sic) el derecho sustantivo, y que el arbitraje forzoso o necesario es aquel donde la resolución de los conflictos se regula por normas estatales, resulta inconcuso que el arbitraje intermedio es el que tiene características de ambos. En efecto, por voluntad y regulación aplicable puede haber arbitraje intermedio, si se pacta el procedimiento remitiendo a leyes existentes o se fija el derecho sustantivo, ya sea que esto se acuerde respecto de alguno de tales aspectos o de los tres (árbitro, proceso y derecho sustantivo), pero considerándolo como una institución práctica que pretende descongestionar la intensa labor de los tribunales mediante un mecanismo alternativo que no es aplicable a todas las materias, sino solamente a las que se identifican con derechos libremente transigibles.

La SCJN determinó que el arbitraje forzoso es el que deriva de la voluntad del Estado, por ende, no de las partes, y en el que genuinamente participa una autoridad del Estado. En otras palabras, y lo menciona la Corte, el arbitraje forzoso es auspiciado por el Estado y se lleva con base en la legislación sustantiva del mismo.

El intermedio es el que surge de la voluntad de las partes, pero se desahoga atendiendo a las leyes sustantivas, como el forzoso. Esto, con la finalidad de aminorar la carga de trabajo de los tribunales.

Para concluir con el apartado, aunque no he mencionado todas las determinaciones trascendentales de la SCJN o de los TCC, destaco el siguiente criterio del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito sobre

el Amparo en Revisión 195/2010. Maquinaria Igsa S.A. de C.V. y otra del 7 de octubre de 2010:

> La Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, publicada en el Diario Oficial de la Federación el veintidós de junio de mil novecientos setenta y uno, en su artículo II. 1, define al arbitraje como el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obligan a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje. De lo expuesto, derivan los siguientes elementos del acuerdo de arbitraje: a. Consentimiento por escrito de las partes de obligarse a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias. b. Las diferencias entre las partes provienen de una relación jurídica, contractual o extracontractual; y, c. La controversia sea arbitrable; en este caso, rige el principio de reserva y de cláusula expresa, porque la cláusula arbitral constituye la base del arbitraje y es la que precisa cuáles son las diferencias y relación jurídica que debe resolverse mediante un tercero al que le confieren el poder de resolver la controversia; es el acuerdo expreso el que contiene los límites del arbitraje que deba desplegarse en el presente o futuro de una relación jurídica, cualquiera que sea su origen, de modo que sólo podrán ser resueltas las diferencias comprendidas en ese acuerdo. Así las cosas, las facultades del árbitro y la materia de su conocimiento derivarán de la voluntad de las partes expresadas de conformidad con la ley. De lo expuesto, se advierte que la cláusula arbitral contiene para un tercero la obligación de hacer, personalísima e infungible, de resolver una controversia, y para las partes obligaciones complejas de hacer y poner las medidas necesarias para que el arbitraje se lleve a cabo.

### 3.2.4. Definición legal.

Hablar de una definición legal mexicana de arbitraje y de la tergiversación dolosa de la ley es casi lo mismo, el desamparo legal a esta institución es evidente y muestra dos posibilidades: una notoria intención de deslegitimar al arbitraje o la renuencia a normatizarlo correctamente por el desconocimiento de sus virtudes. Ciertamente, la doctrina estatista, más que nacionalista, aún prima en el pensamiento colectivo del legislador.

Sobre esto, González de Cossío, tras una comparación tácita con el arbitraje en Estados Unidos o Europa, afirma que la figura es subutilizada y vilipendiada en América Latina. Hay una resistencia sistémica al arbitraje —y a los MASC, en general—, y en México, la letargosamente incipiente regulación nacional es un claro ejemplo.

En 1993, cuando México adoptó la Ley modelo de la UNCITRAL sobre arbitraje, el gremio jurídico y el Poder Legislativo demostró una enorme apatía, aunque no mucha indiferencia, a abundar en la materia. México adoptó, pero no definió a cabalidad las pautas del arbitraje, vertió la Ley modelo en el Código de Comercio y no se abocó a más.

Sólo basta con leer la Ley modelo y el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio. Es una cuasi copia.

La Ley de la UNCITRAL recibe el mote de "modelo" con la intención de que las legislaciones que se basen en ella la tomen como *modelo* al definir nacionalmente al arbitraje.

La definición de arbitraje *per se* en la legislación mexicana no existe. Únicamente se tiene la definición de arbitraje comercial en el Código de Comercio. Lo salva la definición de acuerdo arbitral, que es una norma tácita que aporta una definición legal putativa:

> Artículo 1416.- Para los efectos del presente título se entenderá por:
>
> I.- Acuerdo de arbitraje, el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente;
>
> II.- Arbitraje, cualquier procedimiento arbitral de carácter comercial, con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente ante la que se lleve a cabo;

La ley mexicana también menciona los pormenores del arbitraje internacional, del principio de no intervención judicial y de los casos en los que se requiere la cooperación judicial, destaca lo siguiente:

Artículo 1416.- Para los efectos del presente título se entenderá por:

...

III.- Arbitraje internacional, aquél en el que: a) Las partes al momento de la celebración del acuerdo de arbitraje, tengan sus establecimientos en países diferentes; o b) El lugar de arbitraje, determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al misma, el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del país en el que las partes tienen su establecimiento. Para los efectos de esta fracción, si alguna de las partes tienen más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje; y si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual;

Artículo 1421.- Salvo disposición en contrario, en los asuntos que se rijan por el presente título, no se requerirá intervención judicial.

Cuando se requiera la intervención judicial será competente para conocer el juez de primera instancia federal o del orden común del lugar donde se lleve a cabo el arbitraje. Cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera del territorio nacional, conocerá del reconocimiento y de la ejecución del laudo el juez de primera instancia federal o del orden común competente, del domicilio del ejecutado o, en su defecto, el de la ubicación de los bienes.

Artículo 1461.- Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que haya sido dictado, será reconocido como vinculante y, después de la presentación de una petición por escrito al juez, será ejecutado de conformidad con las disposiciones de este capítulo.

Sobre el exequátur y la ejecución del laudo arbitral, son los códigos procedimentales civiles, Federal y estatales, los que abarcan la normatividad pertinente.

**Código Federal de Procedimientos Civiles:**

Artículo 569.- Las sentencias, los laudos arbitrales privados de carácter no comercial y demás resoluciones jurisdiccionales extranjeros tendrán eficacia y serán reconocidos en la República en todo lo que no sea contrario al orden público interno en los términos de este código y demás leyes aplicables, salvo lo dispuesto por los tratados y convenciones de los que México sea parte

Artículo 570.- Las sentencias, laudos arbitrales privados de carácter no comercial y resoluciones jurisdiccionales extranjeros se cumplirán coactivamente en la República, mediante homologación en los términos de este código y demás leyes aplicables, salvo lo dispuesto por los tratados y convenciones de los que México sea parte.

**Código de Procedimientos Civiles Para el Estado de Michoacán:**

Artículo 949. Es competente para todos los actos relativos al juicio arbitral, en lo que se refiere a la jurisdicción que no tenga el árbitro, y para la ejecución de la sentencia y admisión de

recursos, el Juez designado en el compromiso; a falta de éste, el del lugar del tribunal de arbitraje y si hubiere varios jueces, el de número más bajo.

Así como muchos otros doctrinarios, secundo la idea de descodificar la materia arbitral comercial del Código de Comercio.

El arbitraje comercial se utilizó para abarcar el espacio que dejó la descodificación del procedimiento especial de las quiebras que, antes de la promulgación de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, en 1943, se ubicaba en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio.

Previo a la adopción de la Ley modelo de la UNCITRAL del año 1993, en 1989, hubo una reforma sobre arbitraje comercial al Código de Comercio en la que se establecieron los requisitos de forma que debía tener el acuerdo arbitral. Se abrogó la obligación de celebrar, mediante escritura pública, los arbitrajes locales, aunque en el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Michoacán aún se observe. También, se hizo una distinción formal al arbitraje nacional e internacional, se facultó expresamente a las partes en cuanto a su decisión de someterse a reglas procedimentales arbitrales de instituciones privadas que priman sobre lo dispuesto por los códigos del Estado (CCo y CFPC), así como se dejó a la voluntad de las partes la decisión del derecho subjetivo aplicable a su controversia en particular y se reforzó la autonomía de las partes en cuanto a la no intervención judicial en los procedimientos arbitrales.

La reforma del 93’ se debió a la apertura comercial derivada del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, subsanó varios defectos de origen de la del 89’. Destacan la determinación voluntaria del número de árbitros, la libre elección del procedimiento para elegirlo y la libre elección del foro.

Así pues, desde 1989, se definió paulatina- y legalmente lo relativo al acuerdo arbitral, su procedimiento, laudo, ejecución del laudo y exequátur del

laudo. Sin embargo, hay un problema de origen. Haber codificado al arbitraje en el Código de Comercio ha provocado malas interpretaciones de la figura: se considera mercantil o comercial cuando no es su único ámbito de aplicación. Lo mejor sería promulgar una Ley Mexicana de Arbitraje, descodificada, autónoma, que reúna las normas sobre arbitraje de las distintas leyes nacionales y que proporcione una lista adecuada de materias susceptibles de arbitraje.

### 3.2.5. ¿Qué sí es arbitraje?

#### 3.2.5.1. Arbitraje: definición propia.

Hasta el momento, la definición doctrinal, legal y jurisprudencial de arbitraje han arrojado que este es un MASC heterocompositivo y extrajudicial de carácter privado en el que las partes, ya sean personas físicas o morales, previo acuerdo contractual o extracontractual, someten una controversia surgida de una situación estrictamente privada a un tercero llamado árbitro, o en su defecto, a un cuerpo colegiado de árbitros llamado tribunal arbitral, esto para llevar a cabo un procedimiento adversarial denominado proceso arbitral.

La construcción de esta definición se hará con lo analizado anteriormente y con base en lo dispuesto en la ley arbitral mexicana (CCo).

El arbitraje *per se* es voluntario (CCo: Artículo 1416), las partes tienen autonomía para decidir el número de árbitros que conocerán sobre su controversia (CCo: Artículo 1426), el lugar (CCo: Artículo 1436) e idioma (CCo: Artículo 1438) del mecanismo y bajo qué normas procedimentales se ha de llevar el proceso, ya sea mediante normas creadas *ex profeso* (a este se le llama arbitraje *ad hoc*), normas de alguna institución arbitral (llamado arbitraje institucional) o leyes adjetivas (llamado arbitraje mixto).

El fallo del árbitro o del tribunal arbitral se llama laudo y es reconocible y ejecutable por la autoridad judicial nacional o internacional (CCo: Artículo 1461).

### 3.2.5.2. Características del arbitraje.

Las características del arbitraje son muchas y muy variadas, se pueden estudiar desde distintos puntos de vista y objetivos. Es contundente para esta investigación abundar cuáles son las razones por las cuales los agentes de la institución arbitral (abogados, partes que se han sometido a arbitraje y árbitros) afirman que, cuando es necesario, el proceso arbitral es más laudable que el proceso jurisdiccional del Estado.

La *2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration* (Encuesta de arbitraje internacional de 2018: la evolución del arbitraje internacional) de la *School of International Arbitration at Queen Mary University of London,* en colaboración con la firma *White & Case LLP,* es la última de las encuestas publicadas por esta Universidad, las cuales son reconocidas en el mundo del arbitraje internacional como una contribución esencial de la definición del *statu quo* de la materia.

#### 3.2.5.2.1. Características positivas del arbitraje.

En la encuesta se puede leer la pregunta ¿cuáles son las tres características más valiosas del arbitraje internacional? Los resultados arrojados sugirieron que la más valiosa es la fuerza ejecutiva de los laudos, seguida de la evitación de sistemas legales específicos y judicaturas nacionales, la flexibilidad, la capacidad que tienen las partes para elegir árbitros, la neutralidad, la confidencialidad y privacidad y, la rapidez del proceso, entre otros. De estas características mencionadas por los encuestados, se destacan y conjuntan las características positivas a mencionar:

I. Fuerza ejecutiva del laudo. De acuerdo con la comunidad arbitral, la característica más loable del arbitraje es la *enforceability of awards*, es decir, la ejecutabilidad o fuerza ejecutiva del laudo.

Por su parte, cabe mencionar que las características de un laudo son: i) su fuerza ejecutiva y su equiparación a la cosa juzgada; ii) es vinculante para las partes, y; iii) es definitivo porque, salvo excepciones, no admite recurso en contra.

II. Neutralidad en conjunto con la evitación de sistemas legales específicos y judicaturas nacionales. Sobre esto, Luis Felipe Castresana menciona que, a diferencia de lo que ocurre en la jurisdicción estatal, en el arbitraje "son las partes las que determinan del Derecho aplicable, eligen el idioma del arbitraje y el lugar en el que el mismo se celebra. Esto evita que una de las partes juegue con ventaja frente a la otra."[176] Más cuando las partes son de diferentes sitios, así se homologan las mismas formalidades procesales.

III. Flexibilidad. El proceso arbitral es flexible porque las partes pueden elegir a los árbitros y les permite "estructurar el procedimiento de acuerdo con necesidades y con las características de la disputa. Así, pueden acordar que la fase de alegaciones sustantivas sea consecutiva —demanda y contestación—, con una o dos rondas —réplica y dúplica—, o simultánea —primeras y segundas alegaciones—, determinar los plazos para su presentación, etc. También es más flexible la reconvención, que puede plantearse habitualmente desde el momento de contestar la solicitud de arbitraje, convirtiendo automáticamente a cada parte arbitral en demandante y demandada de las discrepancias sometidas al arbitraje en cuestión. Además, en el arbitraje los requisitos de forma y contenido de las alegaciones son mínimos, no entran en juego las reglas propias de los procedimientos judiciales en cuanto al contenido de los escritos, los documentos que los acompañan, la preclusión, etc. Esta

[176] CASTRESANA, Luis Felipe, *Op. Cit.*, ver nota 173, p. 15.

flexibilidad continúa también a lo largo del procedimiento con la celebración de comparecencias para organizar con las partes la audiencia de prueba (fecha y horario de las audiencias, orden y mecánica de intervención de testigos y peritos, necesidad de traducción, intervención por videoconferencia, etc.), la posibilidad de hacer conclusiones orales o escritas, etc." [177]

IV. Confidencialidad y privacidad. Las partes pueden decidir no publicitar sus controversias, sin embargo, Luis Felipe Castresana se pregunta si esto es beneficioso para la mejor práctica del arbitraje, pues considera que podría ser utilitario crear un cuerpo firme de precedentes arbitrales.

V. Rapidez. Para mi, esta es una de las características más importantes en cuanto a la posible aplicación del arbitraje en materia sucesoria. En la práctica arbitral prima la eficacia y lo expeditivo, los procesos suelen durar entre seis y ocho meses, aunque existen procedimientos abreviados que se prolongan entre dos y cuatro meses en total.

Además, en alusión a la flexibilidad del arbitraje, las partes pueden optar por medios electrónicos para llevar el arbitraje y sus notificaciones, lo cual puede ser aprovechado para acelerar el proceso.

**3.2.5.2.2. Características negativas del arbitraje.**

En cuanto a las características negativas, en respuesta a la pregunta ¿cuáles son las tres peores características del arbitraje internacional?, la comunidad arbitral se pronunció, en primer lugar, descontenta por el alto costo de los procesos, después por la falta de sanciones efectivas durante el proceso arbitral y también el hecho de que el arbitraje sea uniinstancial.

[177] *Ibidem*, p. 16.

I. Costo elevado del arbitraje. Para mitigar los costos del arbitraje, las partes suelen optar por llevar MASC autocompositivos previos al arbitraje, el 49% de los encuestados dijeron no utilizar al arbitraje como medio independiente sino como la culminación de los fallidos intentos autocompositivos.

II. Falta de sanciones efectivas durante el proceso arbitral. La comunidad arbitral considera que las instituciones arbitrales deben incluir nuevos mecanismos más desarrollados que sancionen las prácticas o tácticas principalmente dilatorias empleadas por los abogados.

III. El arbitraje es uniinstancial. Considerada por la doctrina como una de las características más importantes del arbitraje, esto puede resultar favorable para la rapidez en la que se resuelve un caso, de hecho, la práctica arbitral ha demostrado una gran pericia en cuanto a la buena administración de justicia plasmada en los laudos, resultado de un buen proceso.

### 3.2.5.3. Principios del arbitraje.

De acuerdo con Roberto Islas Montes, de la Universidad Autónoma de Querétaro, “desde un punto de vista etimológico, *principio jurídico* es la relación razonada que correlaciona un estándar establecido como relevante para el derecho con aquello que se deba relacionar, siendo la relación razonada el elemento determinante del principio jurídico, y el estándar, su esencia.”[178] El jurista y filósofo español, Manuel Atienza, considera que los principios jurídicos son una suerte de normas de carácter muy general con el propósito de delimitar ciertas áreas del Derecho.

[178] ISLAS MONTES, Roberto, *Principios jurídicos*, en: *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, [en línea], <https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=3817e4fa-c150-0e3b-dd73-c0d096e10d95&groupId=252038>, p. 397, [Fecha de consulta: 11 de junio de 2020].

En cuanto al arbitraje, sus principios delimitan su naturaleza jurídica, así como sus posibilidades jurídicas. Para ello, considero importante estudiar por separado sus principios rectores, inherentes a la naturaleza jurídica del arbitraje, y; sus principios derivados, que fundamentan las posibilidades jurídicas del arbitraje.

**3.2.5.3.1. Principios rectores del arbitraje.**

I. Autonomía de la voluntad de las partes.

II. Separabilidad. El arbitraje es extrajudicial (CCo: Artículo 1421) y representa la autonomía del acuerdo arbitral frente al contrato. Es decir, si el contrato en el que se encuentra inserta la cláusula arbitral resulta nulo, la cláusula subsiste (CCo: Artículo 1432).

III. Igualdad. Dice González de Cossío que, "este principio implica que durante todo el procedimiento arbitral, y no importando el paso o etapa de que se trate, las partes deben enfrentarse el uno ante el otro en un plano que no represente situaciones que beneficien a una de las partes u obstaculicen a la otra. El tribunal no puede dar ventajas a una parte sobre la otra. Ello supondría inequidad procesal, que no sólo de desprestigiar la institución arbitral sino que vician el procedimiento al grado de poder llegar a la nulidad o no reconocimiento ni ejecución del laudo."[179]

Bajo esta tesitura de González de Cossío, resaltan los efectos prácticos que el principio de igualdad implica: igualdad de condiciones en las audiencias y en el desahogo probatorio e igualdad de plazos procesales para las partes e imparcialidad en el laudo.

[179] GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Op. Cit.*, ver nota 138, p. 625.

IV. Economía procesal. El proceso arbitral destaca por su economía temporal, la concentración ejecutiva de las actuaciones arbitrales y la reducción de costas que generaría un proceso jurisdiccional cuya larga duración es indeseable por las partes.

V. Inmediación. La inmediación comporta comunicación entre las partes y el árbitro. En un arbitraje en el que se pretenden gestionar conflictos familiares, la inmediación les permite a las partes tener convicción plena de lo sucedido en el proceso.

La inmediación es aún más importante en la negociación, mediación o conciliación previa al arbitraje, es un puente emocional en el cual los sujetos en conflicto desahogan sus pretensiones sin formalismos, esto logra, con la ayuda de un facilitador, abrir canales de empatía que permitan llegar a un acuerdo de suma positiva y evitar la heterocomposición adversarial.

VI. Contradicción. Las partes son oídas por el árbitro, ellas le relatan sus pretensiones, una vencerá a la otra en equidad de armas. El arbitraje es un juego de suma cero.

VII. Privacidad. Principio observado por el artículo 1434 del Código de Comercio. Este, "se refiere al derecho de exigir que personas distintas a aquellas involucradas en el arbitraje (vgr. las partes, los árbitros, los representantes legales, testigos y peritos) no asistan a las audiencias o conozcan del arbitraje. Las audiencias arbitrales se conducen en privado por lo que, en ausencia de autorización de ambas partes, los terceros se verán imposibilitados a estar presentes. Lo anterior se distingue de los tribunales ordinarios en que éstos son públicos y cualquiera puede comparecer."[180]

[180] *Ibidem*, p. 732.

VIII. Independencia e imparcialidad del árbitro o árbitros. Principio observado por los artículos 1428 al 1431 del Código de Comercio.

IX. Legalidad. La legalidad es seguridad jurídica y protege a las partes de la arbitrariedad del árbitro o de los árbitros.

**3.2.5.3.2. Principios derivados del arbitraje.**

I. Representación. Las partes tienen derecho a ser representadas o acompañadas en la instancia arbitral.

II. Motivación. Fundamentación y notificación de actuaciones del árbitro, ampliación del principio rector de *legalidad*.

III. *Kompetenz-kompetenz*. Principio observado en el artículo 1432 del Código de Comercio. El árbitro o tribunal arbitral tiene la facultad de decidir en cuanto a su propia competencia.

IV. Confidencialidad. Además de ser característica, este principio destaca el deber del respeto al secreto profesional del árbitro como prestador privado de servicios profesionales. Según el estudio de González de Cossío, el arbitraje es eminentemente privado, pero no siempre confidencial. La confidencialidad se tiene que pactar y se rompe *ex officio* en los procesos de nulidad, exequátur y ejecución del laudo:

La confidencialidad “implica la obligación jurídicamente exigible de abstenerse de divulgar o dar información relacionada con el contenido del procedimiento, pruebas, documentos, datos, transcripciones de las audiencias o

el laudo. La confidencialidad se extiende únicamente a los árbitros y la institución arbitral." [181]

V. Eficacia. El estatus de cosa juzgada del laudo.

VI. Flexibilidad. Principio observado en el artículo 1435 del Código de Comercio.

VII. Idoneidad. "En el arbitraje, las partes pueden designar como árbitros a expertos de un determinado ámbito de especialidad que cuenten con la formación, los conocimientos y la experiencia que requiere el caso concreto objeto de la controversia, con el fin de garantizar la calidad del fallo." [182]

### 3.2.5.4. Naturaleza jurídica del arbitraje.

El arbitraje *per se* es inherente al Derecho Privado, es civilista y de ahí que se vea como mercantilista. El arbitraje es procedimental, adjetivo. Todo aquel procedimiento similar al arbitraje pero que se atenga mayoritariamente al orden público y a las relaciones con el Estado como ente soberano, no es arbitraje.

Existen diversas teorías sobre la naturaleza jurídica del arbitraje: de acuerdo con la compilación de teorías de González de Cossío, la teoría jurisdiccional afirma que el arbitraje es mero coadyuvante del Estado y este tiene la potestad de regular todos los arbitrajes acaecidos en su territorio; la teoría contractual habla de la naturaleza contractual del arbitraje, de que su origen, existencia y regulación depende de la voluntad de las partes y no del

[181] *Ídem*.
[182] VILALTA NICUESA, Aura Esther, *Op. Cit.*, ver nota 164, p. 157.

Estado; la teoría mixta, del profesor Sauser-Hall, confirma que la naturaleza del nacimiento, existencia y regulación *ex profeso* de un proceso arbitral es contractual pero que el Derecho debe "determinar la validez de la sumisión al arbitraje y ejecutabilidad del laudo."[183] Esta propone la interrelación contractual y jurisdiccional del arbitraje; Rubellin-Devichi formuló la teoría autónoma del arbitraje, una concepción más allá de lo jurisdiccional, contractual o híbrido, una observación de la consecución armónica del arbitraje *per se*. En sí, la teoría autónoma es un enriquecimiento a la teoría mixta que enfoca su atención en el medio del objeto del arbitraje, precisamente en la atención primaria a las necesidades y expectativas de los usuarios del arbitraje, en la práctica, es la teoría aplicable.

González de Cossío considera que las judicaturas locales deben comprender la naturaleza autónoma y compositiva del arbitraje, que este no debe ser considerado un fin sino "un medio para lograr un fin… un camino que tiene al final una meta. Cuando los fines de un proceso se agotan en sí mismo o se le da más importancia a un aspecto procesal que el objetivo que busca lograr, el mismo cobra vida propia y se aparta del fin que lo motivó. Es decir, el medio se convierte en un fin."[184]

Coincido con González de Cossío en cuanto a la relación entre el arbitraje y su teoría de la naturaleza diversa de las controversias, cuando las circunstancias lo permiten, es preferible considerar el costo-oportunidad de llevar una controversia a arbitraje que permitir que las pretensiones de las partes se conviertan en algo secundario y que el proceso *per se* acapare la atención de todos, ello sólo dilatará y reducirá la ganancia perseguida por las partes.

[183] GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Op. Cit.*, ver nota 138, p. 148.
[184] *Ibidem*, p. 151.

Considero que los principios rectores anteriormente propuestos se concatenan perfectamente con la teoría autónoma de la naturaleza jurídica del arbitraje y propongo una conclusión: a necesidades diferentes soluciones diferentes, si las necesidades surgidas en una controversia pueden ser resueltas con base en lo propuesto por los principios rectores y derivados del arbitraje, la controversia es arbitrable.

Por ejemplo, en el caso de una controversia derivada de la sucesión *mortis causa*, donde generalmente existe un conflicto de intereses y de poder, se desea que el otro claudique en sus pretensiones. En la cultura mexicana, se daría por hecho que es necesario un proceso judicial para decidir qué sucederá con la masa hereditaria en conflicto, sin embargo, si es la voluntad del *de cujus*, o de los interesados, se puede arbitrar el conflicto conforme a todos los principios rectores y derivados del arbitraje, ya que, de acuerdo con la aplicación práctica de estos y con la naturaleza jurídica autónoma del arbitraje, la materia sucesoria testamentaria es arbitrable y, a la postre, esto resultará más beneficioso para los sucesores en conflicto pues el laudo se dictará dentro del tiempo acordado por las partes, habrá inmediación en todo momento y ello podría conducir a una transacción.

Además, la idoneidad del árbitro o árbitros permitirá a las partes tener seguridad del expertise de quien conoce el fondo de su asunto y de que sus necesidades específicas se primarán frente al proceso en sí gracias a la flexibilidad del arbitraje.

Por último, las partes en conflicto estarán seguros de la eficacia del proceso arbitral gracias a la ejecutabilidad del laudo.

### 3.2.5.5. Principales diferencias y semejanzas entre el arbitraje y el proceso judicial.

De ambos procesos heterocompositivos destacan:

I. Los dos son un sistema de resolución de conflictos; el arbitraje es extrajudicial.

II. Se presupone la intervención de la judicatura en el proceso judicial; en el arbitraje se puede pedir colaboración para ejercer *imperium* sobre las partes en casos necesarios como adopción de medidas cautelares (CCo: Artículo 1425), desahogo de pruebas (CCo: Artículo 1444), exequátur o ejecución del laudo.

III. La persona encargada de resolver el proceso judicial es el juez (en primera instancia); en el arbitraje es el árbitro por sí mismo o en conjunto con otros.

IV. El tiempo de resolución del proceso jurisdiccional en primera instancia varía, depende del juzgado y del asunto; generalmente un arbitraje dura entre seis y ocho meses.

V. El lugar del proceso judicial es establecido por la ley o por el contrato; el del arbitraje se hace flexiblemente de acuerdo a la voluntad de las partes.

VI. El documento decisorio del proceso judicial es la sentencia definitiva; el del arbitraje es el laudo. Ambos tienen carácter de cosa juzgada.

### 3.2.6. ¿Qué no es arbitraje?

Al hablar sobre qué no es arbitraje, me refiero a las figuras que no son arbitraje *per se*, como ya se leyó, las figuras heterocompositivas que no cumplen con los principios del arbitraje no se pueden considerar arbitrajes. Me remitiré a la apreciación de González de Cossío para formular el siguiente discernimiento:

La conciliación (autocomposición) comporta una sugerencia emitida por un tercero, no una determinación; no es arbitraje. El *private judge* o *private trial*, por su falta de regulación formal; no es arbitraje. El mandatario es una figura extrajudicial de resolución de conflictos en el que las partes le encomiendan a un tercero resolver una controversia específica y cómo hacer su determinación, ya que en el arbitraje no se le puede decir al árbitro cómo elaborar su laudo; no es arbitraje (v. gr, la figura del *arbitrato irrituale* en Italia). El contrato de transacción es vinculante para las partes y es ejecutable como cosa juzgada, pero no conlleva una renuncia a la jurisdicción de la judicatura, no hay un tercero componedor y es un juego de suma positiva; no es arbitraje.

El *expertise* es un medio pericial en el que un tercero emite una opinión técnica sobre una cuestión de hecho —y no forzosamente de derecho— específica, no necesariamente debe existir un conflicto. González de Cossío lo diferencia del arbitraje de acuerdo con los siguientes tres elementos:

"*Sujeto*: El árbitro es un juzgador, el experto simplemente un tercero conocedor de una disciplina particular.

*Facultades/Objeto*: El árbitro emite un laudo que vincula a las partes por tener fuerza de cosa juzgada, el experto emite una opinión que (en principio) no

vincula a las partes. Y aunque vincule contractualmente no trae aparejada fuerza de cosa juzgada. Confundirlos sería escencia confundir con opinar.

*Resultado/Producto*: El árbitro resuelve un litigio que involucra una pretensión jurídica, el experto emite una opinión sobre un hecho. Es decir, mientras que el árbitro *evalúa*, el perito *opina*, dos ejercicios *in natura* disatintos (sic)." [185]

En resumen, el *expertise per se* no es un arbitraje *per se*, aunque existan híbridos que en su caso podrían ser considerados arbitraje. Un ejemplo es la figura del *Schiedsgutachten* en el Derecho alemán, el cual es un híbrido expertise-arbitraje en el que un experto, con base en un peritaje, "hace determinaciones de hecho que vinculan a las partes… su distinción depende de la función que las partes le confíen al tercero." [186]

La extrajudicialidad del arbitraje *per se* implica también una extraestatalidad, es decir, no se está ante una autoridad del Estado y, por ende, las resoluciones del árbitro o los árbitros no proceden a juicio de amparo. Esta es la razón por la que los arbitrajes que la Primera Sala de la SCJN denomina como forzosos no son arbitrajes *per se*.

A parte de los arbitrajes no *per se* de la JCA y la CONAMED, tampoco lo son aquellos en los que la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF); la Procuraduría Federal de Protección del Consumidor (PROFECO), o; en materia de seguros y fianzas, la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (CNSF) actúan como árbitros; ni los procedimientos llevados ante la Comisión de Apelación y Arbitraje del Deporte (CAAD), órgano desconcentrado de la Secretaría de Educación Pública (SEP), o; ante la Procuraduría Agraria.

---

[185] GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Op. Cit.* ver nota 138, p. 117.
[186] *Ibidem*, p. 122.

### 3.2.7. ¿Qué sí y qué no es arbitraje *per se*?

#### 3.2.7.1. Los elementos del arbitraje y la Teoría de Binomios de Jarrosson para el discernimiento de arbitrajes *per se* y no *per se*.

El árbitro González de Cossío ubica pertinentemente esta teoría en su obra *Arbitraje*, esto, atendiendo a errores comunes que ha detectado en la práctica arbitral tras observar la mezcolanza de instituciones o figuras difusas y confundibles con el arbitraje cuando se quiere tener la idea de llevar un arbitraje *per se*. Si bien es cierto que se pueden llevar a cabo métodos variopintos previos al arbitraje, es preciso plasmar esta idea en cláusulas contractuales que evoquen acuerdos arbitrales escalonados, mismos que permitan la celebración de métodos no adversariales como la negociación, expertise, mediación o conciliación preliminares al arbitraje formal. Para no caer en errores, el abogado debe conocer los principios y elementos circunscritos del arbitraje.

Charles Jarrosson, en su obra *La Notion d'Arbitrage* disemina su teoría de binomios y para su comprensión fundamental ubica los tres elementos principales del arbitraje *per se* y los contrasta con los elementos que un arbitraje no *per se* posee:

Gráfico 8. Elementos del arbitraje *per se* y su contraposición con otras figuras afines.

| | | |
|---|---|---|
| A = Árbitro, juez privado | ≠ | a = Experto |
| B = Litigio relativo a una pretensión jurídica | ≠ | b = Problema técnico (de hecho) |
| C = Laudo Obligatorio entre las partes | ≠ | c = Opinión no vinculatoria |

Fuente: GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, p. 119.

Dice González de Cossío que, según Jarrosson, "la naturaleza del pacto de las partes dependerá de la conjugación *in casu* de estos elementos."[187] Asimismo, propone observarlos desde el punto de vista (metafórico) de la química: "Cada uno es un elemento distinto, y de su mezcla con otros tendremos compuestos distintos, con propiedades jurídicas diversas."[188]

Gráfico 9. Tabla periódica de elementos - arbitral.

| Sustancia Compuesto | Propiedades físicas | Propiedades químico-jurídicas | Ejemplo |
|---|---|---|---|
| ABC = | Arbitraje en su estado puro. | Existirá la obligación de acudir al arbitraje, siguiendo un procedimiento adversarial, y concluyendo con un laudo que es obligatorio a las partes. | Arbitraje *per se*. |
| abc = | En este caso, un experto el que emite una opinión sobre una cuestión de hecho. | Es el opuesto total al arbitraje. No necesariamente existe una obligación de acudir a ello (a menos que las partes así lo plasmen), no tiene que seguirse un procedimiento adversarial, y concluye con una opinión de hecho sobre un tema técnico que puede o no ser jurídico. | Expertise *per se*. |
| ABc = | Un árbitro resuelve un problema jurídico emitiendo una opinión. | Dicha opinión carece de fuerza obligatoria y no es cosa juzgada, (Es raro, pero sucede). | Conciliación gestionada por un árbitro. |
| abC = | Un experto resuelve un problema de hecho mediante un laudo y siguiendo un procedimiento arbitral. | De nuevo, es algo raro. Tiene todos los elementos de arbitraje. El que sea una litis fáctica no cambia el efecto, aunque la diferencia más importante es en el cómo: el procedimiento no es adversarial. | *Fact finding*. |

[187] *Ibidem*, p. 119.
[188] *Idem*.

| | | | |
|---|---|---|---|
| Abc = | Un tercero llamado árbitro por las partes es llamado a dar una opinión de hecho que no será ley entre las partes. | No se está en presencia de arbitraje. La forma en las que las partes llamen al dicho tercero es irrelevante. | *Schiedsgutachten* expertise o de peritaje. |
| aBc = | Un experto emite una opinión sobre una disputa relacionada con una pretensión jurídica. | No es arbitraje. No hay delegación de poderes de juzgador (facultades jurisdiccionales). No vincula a las partes. | Mandatario. |
| AbC= | Un árbitro resuelve un problema de hecho mediante un laudo. | Esto es arbitraje. Podría denominarse 'arbitraje fáctico'. El que verse sólo sobre hechos (y no derecho) no muta su naturaleza. El laudo es obligatorio y tiene fuerza de cosa juzgada. | *Schiedsgutachten* arbitral. |

Fuente: GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, p. 120.
Con ejemplos añadidos.

### 3.2.8. Acuerdos y procedimientos arbitrales.

Comulgo con González de Cossío, quien considera que "el acuerdo arbitral es la piedra angular de todo arbitraje. Es la semilla de la que florecerá la planta del procedimiento arbitral y que eventualmente dará como fruto un laudo arbitral. De desearse que la planta crezca sin problemas, el fruto sea adecuado y no presente problema alguno, será necesario cerciorarse que la semilla que le da origen sea propiamente sembrada."[189] El autor y árbitro consideró pertinente la presente metáfora basado en su experiencia, él indica que en México todos los laudos que presentan problemas en la ejecución los tienen gracias a un acuerdo arbitral defectuoso. Son problemas de origen y su explicación es sencilla: la redacción de los acuerdos es defectuosa, muy extensa, poco ejecutiva y, generalmente, tan técnica que en ocasiones resulta contradictoria. Salvo excepciones, se recomienda copiar y pegar las cláusulas arbitrales

[189] *Ibidem*, p. 193.

propuestas en los diferentes reglamentos arbitrales institucionales, que para eso son.

### 3.2.8.1. El acuerdo arbitral.

Recuérdese la definición legislativa o legal mexicana putativa de arbitraje, la disposición del Código de Comercio sobre el acuerdo de arbitraje:

> Artículo 1416.- Para los efectos del presente título se entenderá por:
>
> I.- Acuerdo de arbitraje, el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente;
>
> …

El acuerdo arbitral es la relación jurídica génesis del arbitraje, es un acuerdo de voluntades "por virtud del cual dos o más partes acuerdan que una controversia, ya sea presente o futura, se resolverá mediante arbitraje."[190] Es un contrato cuya característica más importante es que, aunque su nacimiento se deba a una controversia contractual, es independiente de cualquier otra relación contractual, esto de acuerdo con el principio rector de separabilidad del arbitraje contenido en nuestra ley arbitral:

> Artículo 1432.- El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, la cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión de un tribunal arbitral declarando nulo un contrato, no entrañará por ese solo hecho la nulidad de la cláusula compromisoria.

Esta afirmación es necesaria en caso de que el acuerdo arbitral esté contenido en una cláusula compromisoria dentro de un contrato, no obstante

[190] *Ibidem*, p.195.

esto, pueden existir acuerdos totalmente independientes del clausulado contractual e incluso, mientras la ley no lo prohíba expresamente, es posible remitir a arbitraje cualquier controversia no contractual —o contractual—.

La ley adjetiva michoacana, que regula los arbitrajes celebrados en nuestra entidad, da el nombre de compromisos a los acuerdos arbitrales, los cuales, de acuerdo con el artículo 923 (CPCEM), deben celebrarse por medio de escritura pública cuando el valor del negocio rebase las doscientas Unidades de Medida y Actualización

#### 3.2.8.1.1. Requisitos de existencia y validez del acuerdo arbitral.

Para que un acuerdo arbitral sea válido, debe hacerse en torno a una controversia arbitrable y deben cumplirse sus requisitos de existencia y de validez: En cuanto a los de existencia, ellos son el consentimiento y el objeto de la controversia; los de validez son la capacidad de las partes para someterse a arbitraje, la ausencia de vicios de la voluntad y la forma.

El consentimiento debe comportar la constancia de manera expresa e indubitable la voluntad de las partes de celebrar el arbitraje, la ley arbitral mexicana lo establece de la siguiente manera:

> Artículo 1423.- El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito, y consignarse en documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas, facsímil u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria, constituirá acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

El objeto debe versar sobre una relación jurídica específica, un acuerdo que diga que tiene por objeto ventilar todas las controversias surgidas entre los

firmantes en arbitraje, es nulo. Se requiere, para cada relación jurídica, un acuerdo particular, aunque las partes sean las mismas.

La capacidad para suscribir un acuerdo arbitral es la capacidad de ejercicio con todas las normas sustantivas que esta supone para personas físicas o morales.

La ausencia de vicios adopta la forma clásica, el consentimiento de las partes no es válido si se da en situaciones de violencia, error o dolo.

La forma del acuerdo arbitral está aparejada con la norma del consentimiento del acuerdo de arbitraje ubicada en el Artículo 1423 del Código de Comercio.

Por su parte, el artículo 1424 del Código de Comercio dispone que la nulidad, ineficacia e inoperabilidad (o ejecución imposible) son generadores de la invalidez del acuerdo arbitral.

De acuerdo con el estudio de González de Cossío, esto obedece a la adaptación escalonada de la norma reguladora de los requisitos de validez del acuerdo arbitral, primeramente, de la Convención de Nueva York, posteriormente, de la Ley Modelo de la UNCITRAL en el Código de Comercio. Por esta razón, la interpretación lingüística de estos conceptos de invalidez debe hacerse desde su significado en inglés *null and void, inoperative or incapable of being performed*: *null and void*, que fue traducido como “nulo”, es un término tautológico que engloba un vicio del acto jurídico que se presenta desde el inicio; *inoperative* o ineficaz es una palabra que “busca comprender aquellos casos en los cuales el acuerdo arbitral, habiendo nacido válido, ha dejado de tener efecto…

Por ejemplo, en caso que las partes hayan implícita o explícitamente revocado el acuerdo arbitral, que la controversia se haya ya decidido (en arbitraje o mediante un litigio) y por ende sea *res judicata*, que se haya

transigido la controversia, y que la controversia ya no pueda resolverse por arbitraje debido a que ha prescrito el plazo para entablar la reclamación."[191]

Sobre los casos de ineficacia del acuerdo arbitral, es importante el siguiente criterio judicial:

**Registro 176595, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXII, diciembre de 2005, p. 2623. Tesis: I.3º.C.521. Amparo directo 465/2005. Servicios Administrativos de Emergencia, S.A. de C.V. 2 de septiembre de 2005. Unanimidad de votos. Ponente Neófito López Ramos. Secretario: Raúl Alfaro Telpalo.**

Un acuerdo de arbitraje es ineficaz cuando hay algún motivo por el cual no puede producir efectos, por lo que son causas de ineficacia del acuerdo arbitral aquellas que impiden que se produzcan sus efectos, positivos o negativos, ya sea porque las partes no están facultadas y obligadas a someterse al arbitraje, o debido a que es imposible plantear la diferencia ante un tribunal estatal. Así, no podrán generarse los efectos del arbitraje si existe una renuncia de ambas partes al mismo, dado que esa voluntad es prioritaria en la conformación del acuerdo y debe atenderse a ella, como se tiene que respetar en el caso opuesto, esto es, cuando se pacte el convenio arbitral, en atención a que la voluntad de las partes es la base toral de las convenciones mercantiles. Desde luego, esa renuncia deberá constar de manera expresa e indubitable, porque de esa misma forma tiene que obrar el acuerdo arbitral en aras de la certeza y de la constatación del efectivo consentimiento en comprometer, y la exigencia que para ese acuerdo se impone debe también, por identidad de razón, regir en cuanto a la dimisión al compromiso. Tampoco podrán surtirse los efectos del arbitraje si hay una novación de la cláusula arbitral, pues en tal caso se sustituirá el compromiso de someterse al arbitraje por el pacto de sujetarse a la jurisdicción estatal, es decir, una obligación primigenia por una posterior, acorde a la naturaleza de esa figura que se regula en el artículo 2213 del Código Civil Federal. De la misma forma, si el plazo en que debía acudirse al arbitraje, en caso de existir pacto sobre esa vigencia temporal o aplicarse el previsto legalmente de manera genérica, ha fenecido, porque en tal caso opera la prescripción en su vertiente negativa, liberadora de obligaciones, conforme a los artículos 1135 y 1158 del Código Civil Federal, en relación con los artículos 1038 y 1047 del Código de Comercio. Similar imposibilidad de producción de efectos del pacto arbitral se dará si un tribunal estatal resolvió la controversia sin oposición de las partes, o cuando la sentencia judicial ha causado ejecutoria, dada la firmeza que ello produce y el respeto que debe darse a la cosa juzgada, lo cual impedirá a las partes someter al arbitraje una cuestión ya fallada por un órgano del Estado, quien tampoco podrá hacer la remisión correspondiente. La muerte o incapacidad de los árbitros, en caso de que hayan sido designados nominalmente en el convenio arbitral y no se haya previsto en este último la posibilidad de sustituirlos, también provoca que no pueda producir efectos dicho pacto, dado que no habrá tribunal arbitral que conozca del asunto y al cual deba remitir la autoridad judicial. Los anteriores supuestos relacionados con la falta de capacidad para que el acuerdo de arbitraje surta sus efectos, esto es, con su ineficacia, son enunciativos y no limitativos, ciertamente, pero revelan que el juzgador que se pronuncia sobre esa cuestión debe constreñirse a verificar si existe un motivo que impida que los referidos efectos se produzcan.

[191] Ibidem, p. 256.

El hecho de que un acuerdo arbitral sea de imposible ejecución o *inoperative or incapable of being performed* "se refiere a los casos en los que aún y cuando el acuerdo arbitral es válido y obligatorio, existe una imposibilidad *fáctica* de cumplir con el mismo por razones, como pueden ser, que el acuerdo carece de claridad, no es inteligible o no puede ser cumplido. Es decir, el acuerdo arbitral carece de los requisitos prácticos necesarios para que sea posible su ejecución." [192]

### 3.2.9. Arbitrabilidad.

Al afirmar que, mientras la ley no lo prohíba expresamente, es posible remitir a arbitraje cualquier controversia no contractual o contractual, y; que para que un acuerdo arbitral sea válido, debe hacerse en torno a una controversia arbitrable, me referí a que el acuerdo arbitral debe ser lícito en cuanto a la susceptibilidad que la materia fuente de la controversia debe tener para poder ser ventilada en arbitraje.

La arbitrabilidad es la susceptibilidad de una controversia a ser gestionada o dirimida en arbitraje, surge al momento de redactar el acuerdo arbitral otorgándole licitud, existencia y validez conforme a la ley y se comprueba al ejecutarlo judicialmente o en la ejecución del laudo:

I. Ejecución del acuerdo arbitral. Cuando un asunto es objeto de un acuerdo de arbitraje y se somete a litigio ante la judicatura, a petición de parte, el juez deberá remitir a las partes al arbitraje cuando se compruebe que el acuerdo no es nulo, ineficaz o de ejecución imposible (CCo: Artículo 1424).

III. Ejecución del laudo. El laudo es ejecutable cuando se comprueba que el acuerdo no es susceptible de declararse nulo (CCo: Artículo 1457, fracción I,

[192] *Ibidem*, p. 259.

inciso “a”) y es reconocible y ejecutable por resultar válido en virtud de la ley a la que las partes lo han sometido (CCo: Artículo 1462, fracción I, inciso “a”).

De acuerdo con Carlos Dante Román López “La arbitrabilidad de las materias depende de cada Estado, pues cada uno de ellos establece, dependiendo de la importancia de la materia, si la solución de controversias corresponde únicamente a un órgano jurisdiccional estatal o puede ser sujeta a arbitraje. La selección de las materias no arbitrales no sólo depende de los intereses que se presenten dentro de los conflictos, sino que dependen de un tema de orden público, además de la tradición jurídica y las políticas sociales y económicas de cada país… Las materias que no pueden ser arbitrables deben reunir con ciertas características que resultan del derecho y de las consideraciones políticas y legislativas de cada estado.”[193] No obstante lo anterior, ciertas materias que son consideradas como no arbitrables en la arena nacional lo son cada vez más en el ámbito internacional.

Para determinar la arbitrabilidad en una controversia, deben comprenderse dos factores fundamentales: el que la materia sea arbitrable (arbitrabilidad objetiva) y que las partes estén autorizadas por la ley para someter su controversia a arbitraje (arbitrabilidad subjetiva).

### 3.2.9.1. Arbitrabilidad objetiva.

La ley mexicana determina la arbitrabilidad objetiva de la siguiente manera:

Una controversia puede someterse a arbitraje sólo cuando:

[193] ROMÁN LÓPEZ, Carlos Dante, *Op. Cit.*, ver nota 144, p. 15.

I. La ley no indique expresamente que una materia no es arbitrable. Como se muestra en la siguiente tabla:

Gráfico 10. Materias no arbitrables.

| Áreas, casos y materias expresamente inarbitrables. | Fundamento legal. |
|---|---|
| Asuntos relacionados con las tierras y aguas localizadas en territorio nacional. | Código Federal de Procedimientos Civiles: Artículo 568. |
| Asuntos relacionados con los recursos de la zona económica exclusiva marítima. | |
| Asuntos relacionados con actos de autoridad o atinentes al régimen interno del Estado y las dependencias de la Federación, de los Estados o de las embajadas y consulados de México en el extranjero. | |
| Derecho de recibir alimentos. | Materias reservadas a las legislaturas de los Estados.<br>En Michoacán:<br>Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Michoacán: Art. 928. |
| Los divorcios, excepto en cuanto a la separación de bienes y a las demás diferencias puramente pecuniarias. | |
| Las acciones de nulidad de matrimonio. | |
| Las concernientes al estado civil de las personas, con excepción de los derechos pecuniarios que de la filiación legalmente declarada pudieran deducirse. | |
| Los ascendientes y los tutores no pueden transigir, y por ende tampoco someter a arbitraje, derechos en nombre de las personas que tienen bajo su potestad o bajo su guarda, a no ser que la transacción sea necesaria o útil para los intereses de los incapacitados y previa autorización judicial.<br><br>En Michoacán, los tutores no pueden comprometer los negocios de los incapacitados, ni nombrar árbitros sino con aprobación judicial, salvo el caso en que dichos incapacitados fueren herederos de quien celebró el compromiso o estableció cláusula compromisoria. Si no hubiere designación de árbitro se hará siempre con intervención judicial, en los términos de este capítulo. | Código Civil Federal Artículo: 2946.<br><br>Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Michoacán Artículo: 925 |
| No se puede transigir, y por ende tampoco someter a arbitraje, lo relacionado sobre el estado civil de las personas ni sobre la validez del matrimonio. | Código Civil Federal Artículo: 2947. |

| | |
|---|---|
| Sobre delito, dolo y culpa futuros. | Código Civil Federal<br>Artículo: 2950. |
| Sobre la acción civil que nazca de un delito o culpa futuros. | |
| Sobre sucesión futura. | |
| Sobre una herencia, antes de visto el testamento, si lo hay. | |
| Sobre el derecho de recibir alimentos. | |
| Propiedad industrial únicamente en controversias suscitadas entre particulares y autoridades. | Ley de Propiedad Industrial<br>Artículo: 227. |
| Derechos de autor únicamente en controversias suscitadas entre particulares y autoridades; existe un régimen arbitral especial para la materia. | Ley Federal del Derecho de Autor<br>Artículos: 219 a 228.<br><br>Reglamento de la Ley Federal del Derecho de Autor<br>Artículos: 142 a 155. |
| Algunas controversias en materia de telecomunicaciones. | Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión<br>Artículo: 7. |
| La materia laboral es de competencia exclusiva de las juntas o tribunales locales o federales de conciliación y arbitraje. | |
| La materia fiscal no es arbitrable, las controversias sobre ella suscitadas son ventiladas a través del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa y demás tribunales de la judicatura federal. | Código Fiscal de la Federación<br>Artículo: 125. |

Fuente: Autoría propia.

II. No se base sobre derechos de libre disposición.

Sobre esto, González de Cossío considera que, en lo general, el paradigma es que son arbitrables aquellos derechos que son renunciables y disponibles. También, es la disponibilidad de un derecho lo que lo hace susceptible de someterse a una autocomposición extrajudicial.

Salvo excepciones a explicarse más adelante, un derecho irrenunciable es intransigible, y por ende no es susceptible de arbitrabilidad. Un ejemplo es recibir alimentos.

Irrenunciable e indisponible son cuestiones distintas. La disponibilidad de un derecho atiende a su apreciación en normas dispositivas que determinan, por su naturaleza, cuáles son aquellos derechos disponibles y para quien lo son. Un ejemplo son los lineamientos ofrecidos por Eduardo García Maynez sobre derecho dispositivo y resaltados por González de Cossío para determinar la arbitrabilidad:

Son derechos disponibles, y por ende susceptibles de arbitraje los siguientes:

i. Los de carácter patrimonial que poseen un valor económico y satisfacen una necesidad.

ii. Los derechos de fácil disposición encontrados en el comercio.

iii. Aquellos que son enajenables *inter vivos* o *mortis causa*.

iv. Los que son objeto de regulación por su valor económico.

v. Los que se pueden dar o dejar en prenda y adquirir por usucapión.

vi. Los que son susceptibles de conciliación y negociación.

vii. Los de libre voluntad para suscribir contratos y convenios.

viii. Los que son susceptibles de embargo, enajenación o subrogación.

ix. Los transmisibles por herencia.

x. Los susceptibles de caducidad y prescripción.

Sostiene García Maynez, que los derechos indisponibles son los que a su vez son inalienables *inter vivos* e intransmisibles *mortis causa* y que, por ende, son irrenunciables, impignorables e inusucapibles, y; por su parte, los que actualmente tiene una persona y puede malear o extinguir por la libre voluntad de sus titulares y con sujeción a la ley, son derechos disponibles.

Es decir, la maleabilidad de un derecho disponible es su susceptibilidad de poder ser transformado en su contenido, es un derecho dúctil *per se*, sus titulares pueden regularlo, comerciarlo y expandir o limitar su alcance atendiendo a un interés legal y con base en el consentimiento de todos sus propietarios.

"'Disponibilidad' no necesariamente significa 'arbitrabilidad'. Y viceversa… Existen derechos que no son renunciables, pero sí arbitrables" [194] El siguiente es un claro ejemplo atinente a la presente investigación:

**Código Civil Federal**
**CAPÍTULO III**
**De la Aceptación y de la Repudiación de la Herencia**

Artículo 1653.- Pueden aceptar o repudiar la herencia todos los que tienen la libre disposición de sus bienes.

…

Artículo 1666.- Nadie puede aceptar ni repudiar sin estar cierto de la muerte de aquel de cuya herencia se trate.

Artículo 1667.- Conocida la muerte de aquel a quien se hereda, se puede renunciar la herencia dejada bajo condición, aunque ésta no se haya cumplido.

[194] GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Op.Cit.*, ver nota 138, p. 283.

…

Artículo 1671.- El heredero puede revocar la aceptación o la repudiación, cuando por un testamento desconocido, al tiempo de hacerla, se altera la cantidad o calidad de la herencia.

La herencia es un derecho disponible, cumple con los requisitos de disponibilidad. El heredero puede renunciar a ella siempre y cuando se esté en lo cierto de que el *de cujus* ha muerto, o si se ha declarado la presunción de su muerte. Además, el sucesor sepa de su institución, no se puede renunciar a algo que no se conoce. El hecho de que se pueda aceptar o repudiar la herencia y que se pueda revocar tal aceptación o repudio da cuenta de que se trata de un derecho dúctil.

En este caso es diferente la irrenunciabilidad y la no renunciabilidad. Me explico. La irrenunciabilidad comporta la imposibilidad a renunciar al derecho a heredar por las razones ya comentadas. La no renunciabilidad es, en sí, el repudio de la sucesión. Esto no implica que se convierta en inarbitrable.

En resumen, la herencia es, en un principio, no renunciable, pero al cambiar su estatus a “renunciable”, cuando se abre la sucesión, se convierte automáticamente en arbitrable.

III. No afecte al interés y orden público.

“Existen materias cuya naturaleza proscribe que sean resueltas mediante un método eminentemente privado como el arbitraje… (cuando) afectan no sólo a las partes involucradas sino a terceros.”[195] Además, aplica esto al interés público en sí, ejemplo: las externalidades en materia de competencia económica o el Derecho Penal.

[195] *Ibidem,* p. 286.

IV. No involucre el derecho de terceros.

"La naturaleza contractual del arbitraje exige que, para poder requerir que alguien acuda a arbitraje, se haya previamente comprometido al mismo mediante un acuerdo arbitral. En caso que la controversia verse sobre derechos de tercero, deberá recabarse la autorización de dicho tercero, so pena de ser improcedente el arbitraje. Lo anterior es una aplicación natural del principio de Derecho Contractual '*res inter alios acta*' (los contratos surten efectos únicamente entre las partes)." [196]

En conclusión, una materia es arbitrable cuando no hay disposición expresa de su inarbitrabilidad y cuando no exista jurisdicción exclusiva para ventilar las controversias que sobre ella surjan. "No basta con que el derecho sea intransmisible o irrenunciable para que el mismo sea imposible de solución por medio de arbitraje. Deberá existir una prohibición adicional o ser indisponible." [197] Así lo dispone el siguiente criterio:

**Registro 162087, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXXIII, mayo de 2011, p. 1217. Tesis: I.3º.C.950.C. Amparo directo 195/2010. 7 de octubre de 2010. Unanimidad de votos.**

**MATERIA DE ARBITRAJE. LÍMITES INTRÍNSECOS Y EXTRÍNSECOS A LA AUTONOMÍA PRIVADA PARA ESTABLECERLA.** La autonomía privada de los particulares y su relación con las materias de libre disposición susceptibles de arbitraje se encuentra supeditada a ciertos límites intrínsecos y extrínsecos. Los intrínsecos se refieren al reconocimiento de que la autonomía privada en la medida del interés que pretende ejercerse o realizarse a través de las normas que los particulares fijan para obtener un objetivo concreto se limita para hacerla compatible con las demás. Los límites extrínsecos provienen del exterior, actúan fuera de la voluntad del individuo y se plasman, por regla general, en una norma jurídica, como las que se refieren a la moralidad, como las buenas costumbres y el orden público, por ejemplo, y las atinentes a la legalidad, como son las normas imperativas y prohibitivas. Además, debe destacarse que el legislador de modo ordinario establece las normas con arreglo a las cuales los individuos crean y disciplinan las relaciones y situaciones jurídicas que les interesan, a fin de garantizar certeza jurídica y paz social. Estas normas pueden tener el carácter de derogables o supletorias o bien, son inderogables. Las normas derogables o supletorias sirven y auxilian a los particulares para que un determinado negocio sea efectivo y estén conscientes de que una vez realizados los supuestos que las mismas prevén sus consecuencias se apliquen,

[196] *ídem*.
[197] *Ibidem,* p. 285.

como lo prevé el mismo ordenamiento. Las normas inderogables se refieren a aquellas que tienen la naturaleza de imperativas y las prohibitivas, que se establecen por el legislador para tutelar intereses públicos y son un límite a la autonomía privada y, cuando se inobservan, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 8o. del Código Civil Federal, de aplicación supletoria al Código de Comercio, son nulas, salvo cuando la ley ordene lo contrario. De esa manera el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje cuando así lo dispone la ley o se trata de cuestiones reguladas por normas imperativas o prohibitivas, porque constituye un límite al ejercicio de la autonomía privada. Entonces, no debe desconocerse que el laudo como expresión de la potestad de disposición de las partes sobre un derecho y la forma en que cualquier controversia relacionada con el mismo se resuelve por voluntad de aquéllas, es la expresión de la intangibilidad de los derechos privados pero sujeta al respeto del orden público del Estado Mexicano, como lo previene el artículo 1457, fracción II, del Código de Comercio.

El arbitraje es aplicable con base en cuatro cuerpos normativos: en el Derecho Arbitral; el reglamento arbitral; el derecho sustantivo, y; el Derecho Procesal.

El Derecho Arbitral es, *per se*, la legislación nacional que regula al arbitraje, "regula el acuerdo arbitral, la composición y competencia del tribunal arbitral, el procedimiento arbitral y la asistencia judicial estatal al mismo, el laudo y sus requisitos, los recursos disponibles ante el laudo y la forma de reconocer y ejecutar el laudo."[198] Las partes deciden a qué Derecho Arbitral nacional ceñirse al firmar el acuerdo arbitral. "En México, el Derecho Arbitral es el Título IV, Libro Quinto, del Código de Comercio, la Convención de Nueva York y la Convención de Panamá. Y dicho derecho es un sistema autocontenido. Hermético. No requiere de suplencia para llenar lagunas. En ausencia de disposición expresa, le corresponde al tribunal arbitral decidir cómo manejarlo."[199]

El reglamento arbitral es la regulación de cada proceso arbitral. Las partes lo elaboran y lo adecúan a su caso en específico en los arbitrajes *ad hoc*, también pueden seguir reglamentos aportados por instituciones arbitrales o por el Derecho Arbitral, que sirve como base.

[198] *Ibidem,* p. 618.
[199] *ídem*.

El derecho sustantivo es el que rige el fondo del asunto.

El Derecho Procesal o adjetivo es aplicable al arbitraje cuando la ley arbitral se remita a él. No es de aplicación supletoria.

De esto, González de Cossío muestra como ejemplos el artículo 1463 del Código de Comercio que expresamente establece que la ejecución del laudo se realizará de conformidad con el artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles, y; el artículo 1425 del Código de Comercio que establece la facultad del juez mexicano competente de emitir medidas precautorias en apoyo al arbitraje.

**3.2.9.1.1. Normas de conflicto de arbitrabilidad objetiva.**

Las materias arbitrables no dependen del Derecho Arbitral, sino del derecho sustantivo aplicable, sea local o federal, dependiendo del caso en particular. "Las complicaciones surgen frecuentemente cuando las partes provienen de diferentes Estados (tanto federados como Estados nación), con diferentes criterios en cuanto a la arbitrabilidad de una materia."[200] Se da el caso, entonces, de una norma de conflicto y sus puntos de conexión son los siguientes (al no existir un criterio establecido por la ley sobre normas de conflicto de arbitrabilidad, se tiende a acudir a la doctrina):

I. *Lex Fori*. "La arbitrabilidad debe ser determinada bajo el foro del juez que le corresponde decidir sobre la misma, ya que las cortes derivan la competencia de su derecho y las cortes deben evitar ponerles límites a las reglas extranjeras de arbitrabilidad, por lo que al incorporarlas al Derecho Positivo lo han hecho con las competencias que en realidad le corresponden al

[200] ROMÁN LÓPEZ, Carlos Dante, *Op. Cit.*, ver nota 144, p. 16.

Estado."[201] Un ejemplo es la materia de inmuebles, cuya competencia es atinente al Estado, por lo tanto, será aplicable el derecho de donde se encuentre el inmueble (*lex rei sitae*).

En cuanto a la determinación de que si la ley aplicable al asunto es la *lex fori*, se debe observar lo siguiente: a) la ley aplicable al fondo del asunto; b) la *lex loci arbitri*, es decir, la ley del sitio en donde se desarrolla el arbitraje, y; c) la ley del lugar de ejecución del laudo o *lex loci executionis*.

II. El derecho del acuerdo arbitral. Algunos autores argumentan que, en caso de conflicto de leyes, el único punto de conexión debe ser el derecho aplicable correspondiente al acuerdo arbitral. Ello me parece una propuesta con poco contenido.

III. *Lex fori mehr Schiedsgerichtsbarkeit* (*lex fori* + Derecho del acuerdo arbitral). Autores alemanes como Peter Schlosser y K.H. Schwab proponen que se establezcan los puntos de conexión basándose en la *lex fori* y en el Derecho del acuerdo arbitral.

IV. Orden público internacional. Los árbitros no tienen un foro establecido, por lo que deben aplicar, en caso de conflicto de leyes, los requisitos del orden público internacional.

Un juez mexicano, naturalmente, atendería a la *lex fori* para determinar si un laudo es ejecutable o anulable atendiendo a la arbitrabilidad de la materia sobre la cual versó el arbitraje.

---

[201] *Ídem*.

### 3.2.9.2. Arbitrabilidad subjetiva.

La arbitrabilidad subjetiva es la "posibilidad de que ciertas personas se comprometan a ventilar sus controversias mediante arbitraje."[202] En México no está permitido que organismos públicos sometan sus controversias a arbitraje aún y cuando sean sobre materias arbitrables.

En cuanto a este tema, González de Cossío observa que, "un problema que suele presentarse una vez iniciado el arbitraje, es el que se refiere a materias conexas, concretamente cuando una de ellas no es arbitrable. Cuando se presenta este tipo de casos se puede (i) separar la materia arbitrable de la que no lo es y, por consiguiente, resolver solamente la primera, dejando que la materia que no es arbitrable sea resuelta por los tribunales correspondientes, y; (ii) en caso de que no se pueda hacer la distinción de las materias, la controversia no podrá ser sometida a arbitraje." [203]

### 3.2.9.3. Propuesta de arbitrabilidad en México.

El derecho sustantivo en México está diseminado en todas las materias del orden jurídico mexicano, por ejemplo, existen normas penales contenidas en otros códigos y leyes cuya naturaleza, evidentemente, no es penal. Lo mismo pasa con el arbitraje, las partes, al suscribir un contrato, se encuentran con un desorden normativo que les impide saber con claridad si les es posible elaborar un acuerdo arbitral lícito y apegado a una materia arbitrable. También esto sucede con un testamento, dada la renuencia a legislar y practicar correctamente el arbitraje, es lógico que el autor de la sucesión no tenga conocimiento de que la sucesión testamentaria es efectivamente materia

[202] GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Op. Cit.*, ver nota 138, p. 287.
[203] ROMÁN LÓPEZ, Carlos Dante, *Op. Cit.*, ver nota 144, p. 18.

arbitrable (CCF: Artículo 1720) y que ello puede ahorrarles a sus herederos la dilación jurídica de un eventual litigio en torno a la masa hereditaria.

Esto se resuelve, teóricamente, de una manera muy sencilla. Falta ponerse de acuerdo. Elaborar una ley autónoma, descodificada, detallada y eficaz sobre arbitraje que rija el Derecho Arbitral en México. La moderna ley española 60/2003 de Arbitraje es un claro ejemplo de lo que sí se debe hacer. Esta ley, además de determinar el Derecho Arbitral y el proceso arbitral, menciona expresamente cuáles son las materias susceptibles de someter a arbitraje.

### 3.2.10. El tribunal arbitral.

Después de que el acuerdo arbitral está adecuadamente redactado, al surgir una controversia, es fundamental elegir correctamente quién o quiénes serán los árbitros. Los expertos en la materia concuerdan con que esto es lo más importante del arbitraje y recomiendan tomar en cuenta a las características profesionales y personales de los árbitros, pues se debe prestar especial atención en que sean lo más afines posible a las necesidades de las partes y de la controversia.

La constitución del tribunal arbitral es de suma importancia para el éxito del procedimiento.

Sobre el tema, vale la aportación de Thomas Clay, abogado francés, árbitro internacional y profesor de Derecho en la Université Paris I Pentheón-Sorbonne (la Sorbona): "*Rien n'est plus important que le choix de l'arbitre… ni de plus difficile pour les parties, leurs conseils et pour les institutions d'arbitrage."* [204] Es decir: "Probablemente nada es más importante que la

[204] CLAY, Thomas, *L'Arbitre*, p. 374.

elección del árbitro… ni más difícil para las partes, sus asesores y las instituciones arbitrales."[205]

Los requisitos profesionales para ser árbitro no están indicados en el Derecho Arbitral mexicano, los que se suelen observar son los dispuestos por algunos reglamentos arbitrales. De entre aquellos requisitos, resalta el conocimiento que un árbitro debe tener sobre temas jurídicos. En cuanto a los requisitos y cualidades personales, un árbitro debe ser independiente con respecto de las partes, imparcial, neutral y prospectivo.

El cumplimento de estos requisitos puede ser preventivo o punitivo:

I. Preventivo. Aunque se puede consultar su cardex, el árbitro tiene el deber de revelar la información relevante de su perfil profesional y personal para que las partes puedan valorar su idoneidad. En cuanto a su información personal, debe existir la certeza de la no existencia de vínculos entre el árbitro y alguna de las partes que puedan dañar su independencia o imparcialidad. A esto se le llama deber de revelación.

**Código de Comercio.**
Artículo 1428.- La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya se hubiera hecho de su conocimiento.

II. Punitivo. En la elección de un árbitro, constituye un vicio en el consentimiento de las partes, o en alguna de ellas, la ocultación de elementos relevantes que no permitan tener certeza si el candidato a arbitrar es digno de confianza. Si posterior a la elección de un candidato, una "circunstancia no revelada merma la independencia del árbitro, las partes pueden (1) solicitar la

[205] GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Op. Cit.*, ver nota 138, p. 473.

recusación del árbitro; (2) la anulación o no ejecución del laudo; (3) y/o (sic) exigir la responsabilidad (civil) del árbitro."[206]

> **Código de Comercio.**
> Artículo 1428.- …
>
> Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualidades convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación.

La ley mexicana establece que las partes tienen la libertad de acordar el número de árbitros que conocerán sobre su controversia, a falta de tal acuerdo, señala que será sólo un árbitro (CCo: Artículo 1426). Para ello, en igualdad de condiciones y atendiendo a la voluntad conjunta, pueden acordar el procedimiento que más les convenga o atenerse a que un juez lo haga si se trata de la elección de un solo árbitro. Si se tuvieran que nombrar a tres árbitros. Cada parte nombra a uno y estos nombrarán a un tercero. A falta de acuerdo, lo hará el juez (CCo: Artículo 1427).

Este es un ejemplo más de la cooperación entre judicatura y arbitraje, dos materias complementarias entre sí. La judicatura coadyuva en ejercer el imperio cuando es necesario: antes, durante o posterior al procedimiento arbitral. El arbitraje es un efectivo depurador de la carga de trabajo de los juzgados y tribunales del Estado.

En el caso de la asistencia judicial para la institución del tribunal arbitral, el juez debe valorar las condiciones estipuladas en el acuerdo arbitral y adoptar medidas que garanticen el nombramiento de un árbitro independiente, neutral e imparcial, y en caso de duda sobre a quién designar, lo más adecuado es "acudir a las instituciones arbitrales nacionales para obtener orientación de

[206] *Ibidem.*, 518.

candidatos."[207] La asistencia judicial también ocurre cuando el tribunal arbitral considera improcedente la recusación incoada por alguna de las partes, en este caso, la parte que se considere afectada por esta decisión puede solicitar que la recusación se realice por orden judicial, la cual será inapelable (CCo: Artículo 1429).

Por último, es recomendable que, en el acuerdo arbitral, no se incluyan los requisitos que, en caso de controversia, debe reunir un árbitro. Ello "da libertad a las partes y sus abogados de designar al árbitro correcto una vez se conozca el área particular sobre la cual versa la controversia. No siempre la materia de la relación jurídica es la materia de la controversia."[208]

### 3.2.11. El procedimiento arbitral.

En un principio, hablé sobre acuerdos y procedimientos arbitrales, la razón se ha ido desenmarañando a lo largo del capítulo y puede resumirse de esta forma: no existe ninguna estipulación limitadora que condicione el contenido de los acuerdos ni la forma que deben tener los procedimientos arbitrales. Las partes son libres de acordar y llevar a cabo el arbitraje de la manera que más se apegue a sus necesidades. El Derecho Arbitral y los reglamentos arbitrales únicamente son una guía de funcionamiento que, salvo pacto en contrario, funcionan como un conjunto de normas dispositivas. El Derecho Arbitral puede contener también algunas normas imperativas.

Cabe recordar que el derecho sustantivo es la guía de arbitrabilidad de materias que debe seguirse al ejecutar un acuerdo o un laudo arbitral. También, el Derecho Arbitral es dispositivo porque es de aplicación cuando no se logra

[207] *Ibidem*, p. 524.
[208] *Ibidem*, p. 521.

llegar a algún acuerdo en cuanto al procedimiento arbitral o cuando las partes así lo desean.

El arbitraje es *laissez faire*. En principio, son las partes con la ayuda de sus abogados, las que deben acordar mediante "pactos procesales", es decir, cómo se ha de llevar el procedimiento arbitral. Para ello no es necesario elaborar un código procesal entero, basta con los lineamientos ejecutivos elementales para que el arbitraje se lleve a cabo con eficiencia y rapidez. A esta práctica de diseñar el propio procedimiento arbitral, algunos autores le llaman *arbitrage à la carte* (arbitraje a libre elección). En México, si las partes no llegan a ningún acuerdo, es el tribunal arbitral quien debe regular el procedimiento arbitral. Asimismo, las partes pueden delegarle esta misión al árbitro o los árbitros *ab initio*:

**Código de Comercio.**
Artículo 1435.- Con sujeción a las disposiciones del presente título, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto por el presente título, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas.

La facultad de dirigir el arbitraje es equiparable a la excepción al principio dispositivo en los procesos civiles y mercantiles europeos mencionada anteriormente. Esta facultad obedece plenamente a la voluntad de las partes, pero es recomendable que estas por sí mismas pacten un procedimiento arbitral afín a sus necesidades y que posteriormente deleguen la dirección y conducción del arbitraje al tribunal arbitral para asegurar su eficacia.

### 3.2.11.1. Procedimiento arbitral institucional.

Los procedimientos institucionales son muchos y variados, las partes que acuden a las instituciones arbitrales lo hacen, en principio, para encontrar a un árbitro o árbitros adscritos a la institución cuyo perfil personal y profesional sea

acorde a sus necesidades, para ello, se pueden seguir los lineamientos procesales de la institución; también, cabe la posibilidad de que se nombre a un árbitro de otra institución ajena a la redactora del reglamento que se adoptará para llevar a cabo el procedimiento, las opciones son variopintas.

Si bien la ley arbitral menciona un procedimiento, el llevarlo a cabo con base en un reglamento arbitral significa acotar el negocio jurídico a una norma más *ad hoc* a las necesidades de las partes, sin que esto implique la realización de reglas adjetivas expeditas al caso como lo sería en el procedimiento arbitral *ad hoc*. Otra ventaja es la gran cantidad de reglamentos arbitrales a los que pueden ceñirse las partes, por ejemplo, el Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje, las reglas arbitrales del Centro de Arbitraje de México, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio, entre otros muchos más en México, en el extranjero y a nivel internacional.

La característica principal del procedimiento institucional es que se lleva a cabo tras acudir a una institución arbitral para someter el arbitraje, en principio, con base en las normas reglamentarias procesales elaboradas por esta misma, aunque la elaboración puede ser hecha por las partes o por otra institución. Si el procedimiento se hace ceñido a normas elaboradas por las partes o por organismos públicos nacionales o internacionales, es un procedimiento institucional *ad hoc*.

Para que el arbitraje sea institucional, pueden existir los siguientes supuestos:

Las partes acuden a una institución arbitral → el arbitraje se lleva a cabo con base en el reglamento de esa institución. Es un arbitraje institucional *per se*.

Las partes acuden a una institución arbitral → el arbitraje se lleva a cabo con reglas ad hoc. Es un arbitraje institucional *ad hoc*.

Las partes acuden a una institución arbitral → el arbitraje se lleva a cabo conforme a otro reglamento institucional. Es un arbitraje institucional *ad hoc*.

Las partes acuden a una institución arbitral → el arbitraje se lleva a cabo ceñido a una ley arbitral o procesal. Es un arbitraje institucional *ad hoc*.

### 3.2.11.2. Procedimiento arbitral *ad hoc*.

El procedimiento del arbitraje *ad hoc* es muy libre, las partes pueden ajustarse a las reglas que más les beneficien, también, pueden elaborar un procedimiento propio tomando normas de diferentes reglamentos, instituciones y leyes procesales para ajustarlas a su caso en particular.

La gran diferencia con el arbitraje institucional radica en que las partes no acuden a ninguna institución.

Para que esto prosiga, se necesita el común acuerdo de las partes, de no ser así, será el tribunal arbitral, unitario o colegiado, el que determine cuál será el procedimiento adecuado al caso observando los principios rectores del arbitraje.

### 3.2.11.3. Pasos del procedimiento arbitral.

De la lectura de los diferentes reglamentos institucionales, leyes arbitrales y reglamentos de organizaciones internacionales, además de la doctrina, apuntaré a grandes rasgos las formas procesales que sigue todo procedimiento arbitral:

### 3.2.11.3.1. Demanda arbitral.

El escrito de demanda es un documento muy similar a la demanda que se presenta ante órganos jurisdiccionales. Es el fundamento de la acción arbitral, en donde el demandante expresa sus pretensiones y una relatoría de hechos que "debe hacerse en forma clara y precisa, en beneficio propio del demandante y para que se permita que el demandado pueda contestar y defenderse adecuadamente…

La demanda arbitral debe referirse al acuerdo arbitral. Difícilmente se podrá acudir al arbitraje si no se parte de un acuerdo arbitral en el cual las partes hayan convenido en someter a este tipo de procedimientos la resolución de sus diferencias" [209]

En cuanto a la forma de la demanda, esta debe obedecer al reglamento de arbitraje, o en su caso, el reglamento *ad hoc* ante el cual se sometieron las partes. A grandes rasgos, debe contener los siguientes datos: I) tribunal arbitral al que se dirige la demanda; II) nombre y domicilio del o de los demandantes; III) nombre del representante; IV) nombre y domicilio del o los demandados, y; en su caso, V) procedimiento que el demandante considere para conformar el tribunal arbitral.

El derecho aplicable al fondo de la controversia puede ser mencionado en el acuerdo arbitral o en la demanda, puede ser el derecho que el demandante crea que es el aplicable, no importa mucho esto, dado que la demanda arbitral no es tan formal como la judicial, comporta más una notificación que otra cosa.

[209] *Ibidem*, p. 631.

### 3.2.11.3.2. Contestación de la demanda arbitral.

Como en los litigios judiciales, la contestación de la demanda arbitral sigue las mismas formalidades que la presentación de demanda. También aplica el derecho de reconvención si está plenamente expreso en el acuerdo arbitral.

Es en este momento procesal cuando se pueden oponer excepciones a la competencia del tribunal arbitral propuesto en la demanda.

### 3.2.11.3.3. Constitución del tribunal arbitral.

El tribunal puede ser unitario o colegiado, según lo convengan las partes, la institución arbitral o la ley. Sobre su competencia, con base en el principio *kompetenz-kompetenz*, decide el mismo tribunal, asimismo, las inconformidades sobre la competencia deben hacerse al árbitro y no a la judicatura.

"La competencia del tribunal está determinada básicamente por el contenido del acuerdo arbitral y la arbitrabilidad de la materia."[210] Si el acuerdo es inválido o anulable o la controversia no se ciñe a él, o bien, la materia de la controversia no es arbitrable, el tribunal se declarará incompetente.

En la constitución del tribunal arbitral se hacen valer los impedimentos, recusaciones y excusas.

### 3.2.11.3.4. Acta de misión.

El acta de misión constituye otra manera de iniciar el procedimiento arbitral en una dinámica *ad hoc*, porque puede hacer las veces de demanda y de contestación debido a que es un documento en el que las partes aportan en

[210] *Ibidem,* p. 636.

común acuerdo sus datos, los pormenores de la controversia y su deseo de someterse a arbitraje.

El acta de misión también puede ser un documento aparte de los de demanda, contestación y reconvención; los reglamentos de la Cámara de Comercio Internacional y del Centro de Arbitraje de México, por ejemplo, requieren la consignación del acta de misión en la notificación de demanda arbitral remitida al centro de arbitraje.

Es muy recomendado el uso de un acta de misión como medio preparatorio al arbitraje porque además de sus otras bondades, subsana algunos vicios que pudieran existir en el acuerdo arbitral. El mecanismo de la entrega del acta de misión depende de las partes, si no se establece cómo hacerse, puede entregarse en la junta preliminar al arbitraje o *pre trial conference*, que comentaré enseguida.

El acta comporta un documento ejecutivo en donde se exponen claramente las pretensiones de las partes, los puntos medulares del debate de la controversia que facilitarán la formulación del laudo y las principales reglas que regirán el procedimiento; la omisión de redactar el acta de misión no afecta a la deliberación arbitral ni a su validez, el acta sólo es un coadyuvante a la economía procesal del mecanismo.

El contenido del acta de misión debe ceñirse al reglamento que la regule, por ejemplo, el Reglamento del Centro de Arbitraje de México en su artículo 24 establece que el acta debe contener: I) el nombre completo de las partes; II) el domicilio de las partes para efectos de notificaciones durante el arbitraje; III) una exposición sucinta de las pretensiones de las partes; IV) una lista de los puntos litigiosos a resolver; V) el nombre completo y domicilio de los árbitros (lo que presupone el número de integrantes del tribunal arbitral); VI) el lugar del

arbitraje, y; VII) la indicación de las reglas aplicables al procedimiento, y; en su caso, VII bis) mención de los poderes de amigable componedor del árbitro.

También, en el acta de misión puede incluir el idioma del procedimiento y el derecho aplicable.

### 3.2.11.3.5. *Pre trial conference* o junta preliminar al arbitraje.

Esta junta preliminar funciona para discutir los pormenores del acta de misión y del procedimiento en general. El árbitro González de Cossío cita en su doctrina la guía de procedimientos arbitrales de la UNCITRAL, la cual es un conductor ideal de los puntos a observarse y discutirse en la *pre trial conference*, ya sea que hayan sido abordados previamente en el acuerdo arbitral o en el acta de misión o vayan a ser comentados por primera vez, estos son: I) los que ya mencioné en el contenido propuesto de acta de misión; II) la traducción simultánea, en su caso, de las actuaciones del procedimiento; III) los servicios administrativos en casos de arbitrajes *ad hoc*; IV) depósitos para los gastos a devengar en el procedimiento; V) la confidencialidad de la información; VI) la forma de comunicación entre las partes y con el tribunal; VII) las condiciones de las promociones; VIII) la definición punto a punto de las cuestiones legales a gestionar; IX) las pruebas a aportar, y; X) el número y forma de las audiencias a desahogar.

En esta conferencia se puede elaborar un calendario procedimental para organizar el procedimiento, este es requerido por varios reglamentos como los que mencioné en lo tocante al acta de misión; en este calendario, que además es muy recomendable para poder preparar los alegatos y porque otorga certeza del periodo en el que se llevará a cabo el procedimiento, se deben señalar las fechas en las que los pasos procesales tendrán lugar, aunque estas pueden ser modificadas por el tribunal salvo disposición de lo contrario.

### 3.2.11.3.6. Medidas cautelares.

Toda medida cautelar puede ser adoptada hasta antes de emitirse el laudo y puede otorgarse a petición de parte. Las ubico en esta sección del procedimiento porque, aunque no siempre se utilicen, en la práctica se adoptan tras la presentación de la demanda.

Según el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL en su artículo 26, son medidas cautelares aquellas en las que el tribunal ordene que I) se mantenga o restablezca el *statu quo* en espera de que se dirima la controversia; II) ae adopten medidas para impedir algún daño actual o inminente, o el menoscabo del procedimiento arbitral, o se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral; III) Proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente, o; IV) preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.

Pueden otorgarse las medidas cautelares que consideren las partes necesarias para la subsistencia del buen proceso mientras no contravengan con los principios del arbitraje, además puede solicitarse la ayuda de la jurisdicción del Estado para este efecto.

### 3.2.11.3.7. Audiencias de ampliación de demanda y de contestación y desahogo de pruebas.

Puede haber una o varias audiencias, o puede no haberlas; “no es inusual la ausencia de una audiencia en arbitrajes en los que la documentación disponible es suficiente para resolver la controversia.” [211] Ellas se llevan a cabo cuando es necesario ampliar los objetos de la acción y defensa, aunque ello puede ser también documental si así lo disponen las partes; también, puede

[211] *Ibidem*, p. 653.

haber otra audiencia posterior, o inmediata, para desahogar pruebas más allá de las documentales ya aportadas, como lo serían las testimoniales o periciales. Ejemplificaré un procedimiento ficticio de dos audiencias llevadas a cabo en un mismo acto, aunque podrían distar en tiempo entre una audiencia y otra:

PRIMERA AUDIENCIA (de ampliación de la demanda, y en su caso, de la contestación de la demanda).

I. Exposición de nuevos elementos fundatorios de la acción por parte del demandante.

II. Réplica del demandado y posible contestación a la demanda o reconvención (lo que generaría un nuevo procedimiento arbitral).

III. Dúplica del demandante.

IV. Presentación final del demandante.

V. Presentación final del demandado.

SEGUNDA AUDIENCIA (de desahogo de pruebas periciales o testimoniales).

Para ejemplificar el procedimiento de esta audiencia, no tocaré las formalidades del desahogo de pruebas.

I. Exposición inicial de demandante y demandado.

II. Desahogo de pruebas.

- Las aportadas por el demandante con los medios propuestos por él.

- Las aportadas por el demandado con los medios propuestos por él.

- Desahogo de pruebas con los medios aportados por el tribunal.

III. Réplica y dúplica.

IV. Presentaciones finales de demandante y demandado.

Con este mismo formato también pueden desahogarse audiencias únicas en donde se lleve a cabo la totalidad del procedimiento arbitral, desde la presentación de la demanda, contestación, desahogo de pruebas, alegatos y deliberación, o bien; puede constituirse un procedimiento en el que se desahoguen audiencias en las que se debatan las pruebas documentales, todo queda a merced de las partes, o en su defecto, del tribunal.

**3.2.11.3.8. Alegatos.**

Después de haberse desahogado la o las audiencias mencionadas arriba, se puede llevar a cabo el debate, de manera escrita u oral, de los hechos, el derecho y las pruebas abordadas en la o las audiencias. Escribo un apartado independiente de alegatos, pues en la práctica puede haber un periodo de alegaciones post-audiencia o ellas pueden debatirse en el foro de la audiencia en el mismo momento.

Tras los alegatos, se cierra el periodo probatorio y de presentación de nuevos escritos o argumentos, habrá de comenzar la deliberación del tribunal arbitral que preparará la emisión del laudo.

### 3.2.11.3.9. Emisión del laudo arbitral.

Tras haberse presentado y debatido, conforme a derecho y a los principios de arbitraje, todos los puntos controvertidos del fondo del asunto sometidos por las partes ante el tribunal arbitral, este deliberará y emitirá una decisión vinculante no condicionada a la aceptación de las partes. A esta decisión se le llama “laudo arbitral”.

Un laudo arbitral también puede ser interlocutorio como las sentencias, a las decisiones no definitivas de los árbitros se les llama “órdenes procesales” y son revocables o modificables, irrecurribles, obligan sólo a las partes y no tienen el carácter de cosa juzgada. Asimismo, pueden resolverse cosas de fondo sin poner fin al procedimiento mediante “laudos incidentales”. Así pues, un laudo tiene casi los mismos elementos que una sentencia definitiva, los desarrollaré a continuación.

#### 3.2.11.3.9.1. Contenido y elementos del laudo arbitral.

En su contenido, el laudo arbitral debe fijar y precisar, en principio, cuál es el acto reclamado por el accionante, desglosando un análisis de todas las pretensiones que este mencionó en su escrito de demanda; después, el laudo debe contener el estudio de la contestación de la demanda. Tras un exhaustivo examen de las audiencias, pruebas y alegatos, se emitirá la decisión definitiva, fundada y motivada en cuanto a cada punto controvertido.

Dentro del contenido del laudo destacan algunos de sus elementos esenciales: I) son definitivos, y; II) deben ser fundados y motivados; además, el tribunal debe observar lo siguiente al emitir un laudo: III) debe mencionarse el carácter de cosa juzgada del laudo; IV) son recurribles; V) son vinculantes, y; VI) debe tener la forma requerida por la ley o por el reglamento arbitral.

La decisión colegiada del sentido del laudo debe hacerse en equidad. Si el arbitraje se llevó en rebeldía, puede dictarse un laudo en rebeldía.

### 3.2.11.3.10. Ejecución del laudo arbitral.

Si la parte afectada por el laudo no acepta cumplir con lo dispuesto en el mismo, el ganador puede solicitar apoyo judicial para lo propio.

## 3.3. Arbitraje en materia sucesoria.

El arbitraje ha comenzado a tener cada vez más popularidad en conflictos no mercantiles en el Derecho extranjero e internacional, los usuarios que acuden a resolver sus conflictos a un foro arbitral manifiestan un cierto aprecio y predilección por esta figura, principalmente porque conocen las ventajas que arbitrar una controversia comportan. Recuérdese la mención que hice de la *2018 International Arbitration Survey* páginas atrás, las características positivas del arbitraje son las que generan la gran concurrencia creciente que tiene el mecanismo arbitral, esta gran aceptación se ha traspalado a asuntos como los divorcios o las sucesiones cuya nombradía obedece a su rapidez y escasez de formalismo.

Ignacio Gomá Lanzón, Notario de Madrid y Patrono de la Fundación Notarial Signum para la Resolución Alternativa de Conflictos, apunta que la normalización de la instancia arbitral en materias diversas se debe a que “el colapso de los tribunales desemboca en una indeseable lentitud en la obtención de justicia y a veces en soluciones apresuradas o estereotipadas y ello, aparte de la obviedad de que una justicia tardía no es justicia, implica unas mensurables pérdidas económicas derivadas de que la inversión, inmovilizada mientras esté en discusión, sufre una devaluación ostensible y, aparte, las relaciones personales entre los litigantes se ven enormemente deterioradas por

un largo procedimiento que, además, es público y puede afectar gravemente a la reputación de las partes" [212].

De análisis de la aseveración del Notario destacan las siguientes características que se pueden analizar muy a fondo:

I. Justicia tardía: "justicia tardía no es justicia", afirma el autor; acelerar un procedimiento sucesorio o el procedimiento derivado de una controversia en la sucesión es más proficuo que lograr que la contraparte claudique en sus pretensiones, poder obtener el acceso al derecho hereditario de forma eficaz siempre supone más ganancia que el no tener la seguridad de cuándo terminará el proceso que determinará a quién le asiste la razón y el derecho o, peor aún, si este terminará antes de que una de las partes muera.

II. Mensurables pérdidas económicas. Imagínese que se ha dispuesto testamentariamente una propiedad valuada en $400,000,000 MXP (cuatrocientos millones de pesos) entre tres herederos que en treinta años no han podido llegar a un acuerdo sobre la partición y adjudicación de este bien en específico. Supóngase también que dicha propiedad inmobiliaria se encuentra en una zona donde la plusvalía decrece cada año, al punto que pasado el tiempo desde abierta la sucesión testamentaria el inmueble ha perdido un 35% de su valor; supuestos como este, entre herederos y legatarios o entre sí, que se repiten en masa con bienes muebles e inmuebles, pueden evitarse si las partes se ajustan a un procedimiento arbitral cuyo fenecimiento acuerdan los interesados.

---

[212] GOMÁ, LANZÓN, Ignacio, *Arbitraje en el Derecho Sucesorio. El Arbitraje Testamentario*, en: *El Notario del Siglo XXI*, p. 1, [en línea], <https://www.elnotario.es/images/pdf/ARBITRAJE_DERECHO_SUCESORIO.pdf>, 2013, [Fecha de consulta: 7 de julio de 2020].

III. Deterioro de las relaciones privadas. Todo el primer capítulo de la presente obra versa sobre las relaciones interpersonales y los efectos que ocasiona que estas se mermen por la conflictividad o por el surgimiento de conflictos llevados hasta puntos en los que la agresividad y violencia priman en las emociones sobre la razón. No es nada recomendable que las pugnas de poder se exacerben y aletarguen tanto que conviertan un conflicto en específico en conflictividad viciosa al grado de que el *modus vivendi* de los litigantes se adecúe a la evolución de la controversia.

Se han dado situaciones de familias cuyas relaciones giran en torno al odio y el encono por conflictos sucesorios cuyo dramatismo procesal jurisdiccional contamina sus agendas personales y profesionales hasta consumirlos totalmente, condenandolos a rutinas de conflictividad sin salida que van trastocando generacionalmente. Además, demostradas están las afectaciones conductuales que sufren los infantes cuando se desarrollan en ambientes conflictivos.

Si bien la irrecurribilidad del arbitraje destacó como una característica negativa en la 2*018 International Arbitration Survey*, también hubo quienes laudaron que no se admita recurso alguno en contra, Ignacio Gomá Lanzón dice que esto comporta una mayor dosis de flexibilidad en el procedimiento que reputa una más alta ejecutabilidad que, acompañada de la confidencialidad del procedimiento, se cuida mucho más la reputación de las partes. “Estas razones positivas, unidas a las negativas de la masificación y lentitud de la Justicia, promueven el desarrollo de instituciones en las que las partes pueden resolver privadamente, pero bajo el amparo público, sus conflictos, conservando así un mayor control sobre la contienda, particularmente cuando se pactan cláusulas escalonadas con la mediación, institución que permite buscar soluciones alternativas a las contiendas arriesgando muy poco y sin comprometer posibles demandas posteriores…

Sin embargo, el Derecho de Sucesiones no tiene tradición el uso del arbitraje ni de la mediación, mucho menos intervencionista, cuando los beneficios que podrían proporcionar estas instituciones podrían ser en este ámbito, prima facie, muy importantes."[213]

### 3.3.1. Arbitraje testamentario.

No es muy tocada la posibilidad de llevar a arbitraje la sucesión intestamentaria, aunque podrían ventilarse arbitralmente algunos conflictos entre los ya instituidos como herederos por la ley, aquí, cabe la posibilidad de que se puedan afectar a terceros ajenos al acuerdo arbitral, lo que anularía el procedimiento o, en su caso, la ejecutabilidad del laudo.

Es más fácil, entonces, que existan arbitrajes que se puedan disponer por cláusula testamentaria, es decir, donde el autor de la herencia inscriba una cláusula compromisoria de arbitraje en su testamento para que, dado el caso, se ventilen de esa manera los conflictos emanados de aquella sucesión, ello se encuentra regulado en muchas legislaciones, incluida la michoacana. En Michoacán, aunque no se dice cómo debe procederse, ni se practica tampoco, está regulado tanto el arbitraje en materia sucesoria, como el arbitraje testamentario:

**Código Civil para el Estado de Michoacán.**

Artículo 885. El albacea no puede enajenar, gravar o hipotecar los bienes de la sucesión, transigir o comprometer en árbitros los negocios de la herencia, ni obligar a la sucesión mediante contratos, documentos o títulos de crédito, sin consentimiento de los herederos o legatarios en su caso, que representen mayoría de intereses, más aprobación judicial. Faltando el consentimiento o la aprobación judicial, la enajenación, gravamen, transacción o compromiso en árbitros serán inexistentes. Así mismo lo serán las obligaciones, contratos, documentos o títulos de crédito que otorgue por la sucesión.

[213] *Ibidem*, p. 2.

**Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Michoacán.**

Artículo 925. Los tutores no pueden comprometer los negocios de los incapacitados, ni nombrar árbitros sino con aprobación judicial, salvo el caso en que dichos incapacitados fueren herederos de quien celebró el compromiso o estableció cláusula compromisoria. Si no hubiere designación de árbitro se hará siempre con intervención judicial, en los términos de este capítulo.

Artículo 926. Los albaceas necesitan del consentimiento unánime de los herederos para comprometer en árbitros los negocios de la herencia y para nombrar árbitro, salvo el caso en que se tratare de cumplimentar el compromiso, o cláusula compromisoria pactados por el autor. En este caso, si no hubiera árbitro nombrado, se hará necesariamente con intervención judicial.

La ley expresa que el testador puede establecer una cláusula arbitral y que esta debe ser respetada por los sucesores y cumplimentada por el albacea. Específicamente, el artículo 925 funciona como complemento, pero ¿cómo proceder a implementar esta figura en la práctica? ¿Quiénes pueden ser los árbitros? ¿Qué materias pueden arbitrarse en las sucesiones? El lector puede encontrar las respuestas a estas preguntas en el capítulo cuarto.

A manera de preámbulo, para explicar la viabilidad de llevar a la práctica estas figuras que ya están reguladas, debo remitirme a otras legislaciones, que obedecen, más bien, a aquellos arbitrajes que se suscitan en torno a controversias surgidas de la delación, ya sea porque la cláusula arbitral está incluida en el testamento, como es posible en Michoacán, o porque así lo han decidido los herederos y, en su caso, los legatarios. Ambas posibilidades, en los ámbitos de la sucesión testamentaria y *ab intestato*, las expondré más adelante. Por ahora, me permitiré hacer un estudio de Derecho Comparado de las legislaciones que prevén el arbitraje testamentario, esto, principalmente para observar, en primer lugar, que su regulación puede encontrarse en leyes autónomas de arbitraje y, en segundo lugar, porque la práctica en esta materia en otros países puede servir de ejemplo al caso Michoacán.

### 3.3.1.1. Arbitraje testamentario en el Derecho Comparado.

Las legislaciones más completas en cuanto a la observancia y aplicación del arbitraje testamentario son la española y la estadounidense, sin embargo, resaltan la hondureña, alemana, francesa y boliviana; su estudio permitirá elaborar una propuesta firme para su aplicación consuetudinaria en México. Comenzaré explicando legislaciones más simples en cuanto a la materia y culminaré haciendo un vasto estudio de la Ley de Arbitraje española en cuanto a la materia sucesoria.

#### 3.3.1.1.1. Caso Alemania.

En Alemania, el arbitraje no tiene una ley propia, sino que su regulación está inmersa en la *Zivilprozessordnung* o Código de Procedimientos Civiles (en adelante, ZPO alemán). Específicamente, el artículo 1066 habilita de manera análoga la posibilidad de que el testador pueda incluir una cláusula arbitral en su disposición testamentaria, o bien, una recomendación para que los herederos puedan, de consuno, someter sus controversias sucesorias a arbitraje.

En la práctica, es creciente el número de abogados que se especializan en arbitraje testamentario. La gran demanda de este mecanismo ha provocado también la creación de colegios e instituciones arbitrales con reglamentos *ad hoc* a las sucesiones. Un ejemplo es *die Deutsche Schiedsgerichtsbarkeit e.V* (en adelante, DSE), esta asociación, que se traduciría como Asociación de Arbitraje Alemán para Disputas de Herencia, fue creada en 1998 por iniciativa de la Asociación Alemana de Derecho de Sucesiones y Patrimonio (*Deutschen Vereinigung für Erbrecht und Vermögensnachfolge e.V.*) para proporcionar el marco organizativo de los procedimientos arbitrales de sucesión por lo que se instituyó el Reglamento de Arbitraje de las Disputas de Herencias

Alemanas y Procedimientos de Arbitraje (*Schiedsordnung der Deutschen Schiedsgerichtsbarkeit für Erbstreitigkeiten e.V. und Schiedsrichterliches Verfahren*).

La DSE tiene más de setenta oficinas a lo largo del país teutónico y en cada una de ellas ofrece espacios para que se puedan reunir las partes con sus representantes y los integrantes del tribunal arbitral, cláusulas modelo, reglas de arbitraje y un catálogo de árbitros destinados *ex profeso* a la materia sucesoria.

En el preámbulo de su reglamento principal de arbitraje sobre disputas hereditarias, la asociación destaca las ventajas de celeridad y economía que arbitrar estas controversias supone frente a la jurisdicción estatal, lo que demuestra que, incluso en sistemas en donde los procedimientos jurisdiccionales son más avanzados que en nuestro país, el arbitraje sigue siendo una gran alternativa en la materia sucesoria.

En la jurisprudencia, las cortes no han tenido mayor problema con la práctica del arbitraje en controversias del Derecho Sucesorio; destaca una sentencia del Segundo Tribunal Regional de Múnich, en el Estado de Bavaria, que en febrero de 2017, resolvió que, de acuerdo con el artículo 1066 del ZPO alemán, que el testador puede disponer testamentariamente una cláusula de orden de sumisión a arbitraje a los herederos mientras se haga con apego a la ley aunque se niega la efectividad de las cláusulas arbitrales en el caso de que también se apliquen en disputas con las partes de sucesión obligatoria y proporcionalmente obligatorias, ya que el testador no puede tener injerencia en cuanto a estas, así que, de haber una parte de sucesión obligatoria, se debe recurrir a tribunales del Estado (Az. 13 O 5937/15 = ZEV 2017, 274).

En el Derecho Sucesorio alemán, una *parte de sucesión obligatoria* es la que tiene derecho a recibir una porción del patrimonio del testador, aunque no

haya sido incluido en el testamento, esta aplica a los hijos (sin importar sus edades) y a la o el cónyuge del *de cujus*. Se equipara a la obligación de otorgar alimentos a cuenta de la sucesión.

**3.3.1.1.2. Caso Bolivia.**

Bolivia tiene una ley propia de arbitraje y conciliación. La Ley N° 1770 de Arbitraje y Conciliación del Estado Plurinominal de Bolivia, observa la figura del arbitraje testamentario en su artículo quinto y es aplicable a todas las controversias que puedan surgir entre herederos y legatarios mientras no se afecte a las normas de orden público del Derecho Sucesorio.

Esta disposición normativa establece que, con la simple disposición testamentaria de someter las cuestiones sucesorias a arbitraje, se pueden dirimir las controversias en cuanto a: I) la interpretación de la última voluntad del testador; II) la partición de los bienes de la herencia; III) la institución de sucesores y condiciones de participación, y; IV) la distribución y administración de la herencia.

El testador puede contemplar la designación del tribunal arbitral en su testamento y, en su defecto, lo hará la jurisdicción estatal con apego a la ley de arbitraje y conciliación boliviana.

Si bien podría haber interpretaciones judiciales de este precepto, debido a la falta de credibilidad que, hasta este momento, caracteriza a la judicatura boliviana, me reservo mencionarlas.

### 3.3.1.1.3. Caso Estados Unidos de Norteamérica.

Los pininos del arbitraje testamentario *per se* son estadounidenses, el antecedente más famoso es el testamento del presidente George Washington que contiene una cláusula arbitral, la cual aparece al final del documento tras haber dispuesto de su patrimonio a varios herederos, este es su contenido:

> But having endeavoured to be plain, and explicit in all Devises (sic) --even at the expence (sic) of prolixity, perhaps of tautology, I hope, and trust, that no disputes will arise concerning them; but if, contrary to expectation, the case should be otherwise from the want of legal expression, or the usual technical terms, or because too much or too little has been said on any of the Devises to be consonant with law, My Will and direction expressly is, that all disputes (if unhappily any should arise) shall be decided by three impartial and intelligent men, known for their probity and good understanding; two to be chosen by the disputants--each having the choice of one--and the third by those two. Which three men thus chosen, shall, unfettered by Law, or legal constructions, declare their sense of the Testators intention; and such decision is, to all intents and purposes to be as binding on the Parties as if it had been given in the Supreme Court of the United States.

Propongo la siguiente traducción:

> Pero habiendo tratado de ser claro y explícito en todas las disposiciones, incluso a expensas de la prolijidad, tal vez de la tautología, espero y confío, que no surgirán disputas sobre ellos; pero si, contrariamente a lo esperado, el caso debe ser por falta de expresión legal, o por los términos técnicos habituales, o porque se ha dicho demasiado o muy poco en cualquiera de las disposiciones para estar en consonancia con la ley, mi voluntad y dirección expresamente es que todas las disputas (si surgiera alguna infortunadamente) serán resueltas por tres hombres imparciales e inteligentes, conocidos por su probidad y buen entendimiento; dos serán elegidos por los disputantes, cada uno con la opción de uno, y el tercero por esos dos. Los tres hombres así elegidos declararán, sin restricciones de la Ley o de las construcciones legales, su sentido de la intención de los Testadores; y tal decisión es, a todos los efectos esta disposición tan vinculante para las Partes como si se hubiera dado en la Suprema Corte de los Estados Unidos

La cláusula arbitral mencionada en el testamento de Washington no menciona la voz *arbitration* o *arbitrators,* pero se entiende que el procedimiento instituido es un arbitraje en materia sucesoria; la cláusula contiene varios defectos de inicio que pudieron resultar en problemas de aplicación, como no prever el caso de que hubieran más de dos partes en conflicto, el que los

arbitradores no debieran tener forzosamente conocimientos jurídicos o la ambigua legalidad de la cláusula.

Posterior a la disposición testamentaria de Washington, aunque su cláusula arbitral afortunadamente no tuvo que ser utilizada, comenzaron a surgir diferentes casos de arbitraje testamentario en los Estados Unidos cuya interpretación jurisprudencial aporta mucho para analizar la evolución de la materia. No obstante, la adopción de esta figura comenzó a ser más frecuente desde que la Corte Suprema de los Estados Unidos tuvo la iniciativa de realizar profundas interpretaciones a los casos en los que la Federal Arbitration Act (ley de arbitraje; en adelante, FAA) tenía que ver en cuanto a los *wills and trusts* (testamentos y fideicomisos); antes de la implementación de la FAA, hasta los primeros años del siglo pasado, solían ser nulificadas aquellas cláusulas arbitrales en los testamentos, y en la mayoría de los contratos, por considerar que "despojaban a los tribunales de su jurisdicción" [214], y; tras la aprobación de la FAA, hubo cierto escepticismo a los arbitrajes testamentarios y la jurisprudencia es fiel reporte de los problemas que se suscitaban al principio en los que, por ejemplo, los albaceas veían en la cláusula arbitral una oportunidad de defraudar a los herederos, por lo que se reguló el nombramiento de árbitros.

Por estas razones, aunque la Suprema Corte ya había aprobado el arbitraje testamentario, había aún cierto escepticismo sobre el tema en muchas cortes estatales, la razón fue la redacción de la sección 2 de la FAA que establece que una controversia puede ser sometida a arbitraje si I) está inscrita forzosamente en un contrato que II) evidencie una transacción III) que involucre comercio, sólo así será válida, irrevocable y ejecutable, salvo los motivos en los que la ley declare lo contrario. La tercera frase "que involucre comercio" no

[214] HORTON, David, *The Federal Arbitration Act and Testamentary Instruments*, en: North Carolna Law Review p. 1034, [en línea], <https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=4555&context=nclr>, 2012, [Fecha de consulta: 7 de julio de 2020].

encaja con las características de una sucesión testamentaria, en principio. Sobre esto, el tribunal supremo estadounidense interpretó que ello es aplicable a los arbitrajes comerciales, pero que en los demás casos sólo basta con la mera aceptación de las partes de someterse a este mecanismo, además dispuso que los *wills and trusts* pueden dar lugar a acuerdos arbitrales observando que nadie está obligado a aceptar derechos hereditarios, pero que, cuando lo hacen, deben observar lo dispuesto en la FAA e inevitablemente someterse al arbitraje.

Del análisis jurisprudencial se destaca que pueden arbitrarse, tras una disposición testamentaria que lo mandate, aquellos conflictos derivados de la sucesión y que, aunque los laudos sean inapelables, pueden ser sujetos a revisión por las cortes.

El Derecho Sucesorio de los Estados Unidos es muy libre en cuanto al derecho de testar, pero muy engorroso cuando se trata de acceder a la herencia, pues en muchas ocasiones es tardado y costoso llevar a cabo juicios sucesorios ante la autoridad jurisdiccional desde el hecho de probar la veracidad del testamento hasta la repartición de la masa hereditaria y su adjudicación, por esta razón, es muy común la redacción de cláusulas arbitrales que aminoren los esfuerzos de aquellos interesados en recibir el patrimonio de la sucesión.

#### 3.3.1.1.4. Caso Francia.

La materia arbitral en Francia es un punto de referencia en todo el mundo. En lo que toca a cuestiones familiares, ahí no es muy conocida aún, pero han comenzado a surgir quienes argumentan la viabilidad de someter a arbitraje cuestiones de divorcios y sucesiones, como está regulado en España y

como es practicado en Francia cuando la cuantía de los casos son tan altas que es considerado arbitrarlos.

¿Cómo se determina qué materia es arbitrable en Francia? Como en casi todos los países, por la libre disponibilidad de los derechos; el uso del arbitraje en cuestiones sucesorias está regulado, en principio, en los artículos 2059 y 2060 del Código Civil que versan sobre la arbitrabilidad de los derechos disponibles que no contravengan con el orden público. En sí, la jurisprudencia en aquel país ha resuelto algo muy similar a lo comentado aquí sobre derechos disponibles, de hecho, es el caso francés una mirada al futuro próximo en lo que respecta a la materia arbitral sucesoria en México. El punto de partida es que la disponibilidad del derecho a disponer testamentariamente del patrimonio es un derecho patrimonial y esto lo hace arbitrable, como en México, y a falta de una mayor regulación, la forma de proceder de los franceses en la práctica es nuestro mejor ejemplo. Por lo que, dada el muy reciente comienzo a la práctica arbitral en lo sucesorio, es recomendable ir analizando cómo evoluciona en Francia.

**3.3.1.1.5. Caso Honduras.**

En Honduras sucede algo muy similar que en Alemania, también existe la figura de partes de sucesión obligatoria, o herederos forzosos, como les llama la legislación hondureña, así que, puede haber disposición testamentaria de cláusula arbitral sólo en conflictos donde no se vean inmersos herederos forzosos. La Ley de Conciliación y Arbitraje de la República de Honduras así lo establece:

ARTÍCULO 32.- ARBITRAJE TESTAMENTARIO. Salvo las limitaciones establecidas por el orden público, el testador podrá, por su sola voluntad, instruir el arbitraje a efecto de resolver las controversias que puedan surgir entre sus herederos no forzosos y legatarios, sea respecto de la porción de la herencia no sujeta a asignación forzosa, de las controversias que

surjan relativas a la valoración, administración o petición de la herencia o para las controversias que se presenten en todos estos casos con los ejecutores testamentarios.

### 3.3.1.1.6. Caso España.

El arbitraje testamentario ha ido evolucionando en aquél país desde que se reconoció legalmente por primera vez en 1953, aunque hay constancia de resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN) que se remontan a principios del siglo pasado en las que se facultaba al albacea como amigable componedor de las disputas surgidas en torno a la sucesión. En 1918, el Tribunal Supremo español decidió que en los casos en que un albacea tuviese dicha facultad, no se podía recurrir a la instancia judicial; posteriormente, en 1944, la DGRN resolvió que el albacea actuante como amigable componedor también podía hacerlo como un árbitro *per se*. Desde 1953, la mención de la figura de arbitraje testamentario no ha evolucionado en gran medida, se volvió a referir en la ley de 1988 y en la actual, de 2003; en las tres se destaca la institución del arbitraje por disposición testamentaria.

La regulación vigente del arbitraje testamentario en España está expresa en su ley de arbitraje, la Ley 60/2003 incluye expresamente a esta materia como arbitrable:

> Artículo 10. Arbitraje testamentario.
>
> También será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia.

Esto es en lo que respecta a la legislación nacional, pero el arbitraje sobre lo concerniente meramente a la partición de la masa hereditaria, está observado también en la normativa civil autonómica. En Cataluña, todo

coheredero puede solicitar, en cualquier momento, la partición de la herencia (Código Civil de Cataluña: Artículo 464-1) siguiendo las reglas de pago de deuda a acreedores o de bienes indivisibles; la partición puede hacerla el causante, el albacea, un contador partidor, el juez o un árbitro:

> Código Civil de Cataluña.
> Artículo 464-7. Partición arbitral o judicial.
>
> 1. El causante, en previsión de que los herederos no lleguen a un acuerdo para hacer la partición, puede instituir un arbitraje testamentario a tal efecto. Los herederos también pueden, de común acuerdo, someter a arbitraje la realización de la partición o las controversias que deriven de la misma, incluso las relativas a las legítimas.
>
> 2. Si los herederos no llegan a un acuerdo para hacer la partición ni procede hacerla de otra forma, cualquiera de ellos puede instar la partición judicial.

Así pues, está expreso que el arbitraje testamentario puede llevarse a cabo en cuestiones relativas a la distribución y administración de la herencia en la legislación nacional, ello, siempre y cuando se haga entre herederos no forzosos y entre ellos y legatarios por disposición testamentaria. En lo tocante a la forma de partición de la herencia, la ley civil catalana avala la instauración de un arbitraje para lo propio aún en los procesos de intestado.

Lo anterior podría hacer parecer que existe una limitación impuesta por la ley para arbitrar únicamente lo tocante a la distribución, administración y, en Cataluña, partición de la herencia; no es así. El artículo 2.1 de la Ley de Arbitraje establece que son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, la exposición de motivos “reputa innecesario que esta ley contenga ningún elenco, siquiera ejemplificativo, de materias que no son de libre disposición. Basta con establecer que la arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes. En principio, son cuestiones arbitrables las cuestiones disponibles”, esto lo estudié anteriormente al ilustrar cuáles son las materias arbitrables en México, y en España sucede lo mismo:

las controversias de la sucesión, en su mayoría, giran en torno a derechos disponibles.

Ignacio Gomá Lanzón se pregunta si el artículo 10 limita a la aplicación del artículo 2, en caso de someter a arbitraje una controversia testamentaria más allá de las dispuestas expresamente por la ley, y responde a la hesitación de una manera muy sencilla:

**3.3.1.1.6.1. Materias susceptibles de arbitraje testamentario en España.**

En atención a la disponibilidad de los demás derechos que se abarcan en la sucesión *mortis causa,* cuyas controversias son susceptibles de ser arbitrables en tanto haya una relación jurídica entre las contrapartes, como lo dice el artículo 9.1 de la Ley de Arbitraje, "no existe razón alguna para entender que el árbitro no pueda entender de los mismos conflictos de los que pudiera entender el juez y, por tanto, el inventario, avalúo, liquidación y división de la herencia o, en general, de todas aquellas materias a las que se extiende la libertad de disposición *mortis causa*."[215] Además, cita a Carlos de Prada, quien enlista las materias susceptibles de arbitraje en materia sucesoria:

I. "Cuestiones suscitadas por la actuación del albacea, como encargado que es de la administración de los bienes de la herencia hasta su adjudicación a los herederos o legatarios.

II. Los actos de administración realizados por el administrador de la herencia nombrado por el testador o por el Juez o cuando no exista ni administrador ni albacea, los actos de administración realizados por los propios herederos.

[215] GOMÁ, LANZÓN, Ignacio, *Op. Cit*., ver nota 212, p. 15.

III. Las disputas relativas a la partición de la herencia, que no es sino la distribución de la misma entre los herederos y legatarios y, como sinónimo de partición, ha de interpretarse el término distribución empleado por el Artículo 10 de la Ley de Arbitraje. Pudiendo quedar sujetas a arbitraje tanto las controversias surgidas en la partición realizada por el contador partidor, como en la realizada por el propio testador o por los herederos.

IV. Controversias relativas a la interpretación del testamento, si bien no la interpretación misma del testamento, ya que ésta corresponde a los albaceas y contadores partidores y no al árbitro.

V. Controversias derivadas de la valoración e inventario de los bienes.

VI. Cuestiones relativas al cumplimento o incumplimiento de condiciones, modos o términos establecidos por el testador a una determinada persona para heredarle.

VII. Cuestiones relativas a la capacidad para ser heredero, ya que la posible incapacidad o indignidad para suceder de uno de los herederos nombrados afecta, sin lugar, a dudas a la distribución de la herencia.

VIII. Cuestiones relacionadas con la porción hereditaria que corresponda a cada uno de los herederos.” [216]

En resumen, mientras el testador tenga libre disposición de los derechos, puede ordenar someter a arbitraje cualquier controversia que surge de su disposición testamentaria.

---

[216] *Ídem*.

El arbitraje como se encuentra regulado en España puede ser extracontractual, como también lo es en México (CCo: Artículo 1416), así que la cláusula arbitral puede no ser contractual y aun así ser válida, como en un testamento.

**3.3.1.1.6.2. El papel del árbitro en el arbitraje testamentario en España.**

Sabiendo ya que pueden someterse casi todas las materias que no impliquen la participación de herederos forzosos a arbitraje testamentario, y que incluso habría casos de sucesión legítima en donde se puede arbitrar lo relacionado a la partición de la masa hereditaria, surge la duda de ¿quién puede fungir como árbitro en estos casos?, las primeras respuestas son sencillas: quien no pueda excusarse ni sea sujeto de ser recusado, lo que excluye a muchos cercanos a las contrapartes, pero es necesario ir más allá.

En la práctica, primero se debe tomar la decisión de quién será la figura que lleve el procedimiento, ¿un amigable componedor o un árbitro *per se*?, es recomendable acudir a un árbitro y no a un mero amigable componedor atendiendo a que el primero tiene poder vinculante entre las partes y el segundo no siempre.

Ahora bien, suelen confundirse por las partes las figuras de albacea y árbitro, puesto que el albacea es el mandatario del testador y tiene todas las facultades que este le haya dispuesto mientras ello no contravenga con las leyes (Código Civil Español: Artículo 901), así se desglosan los siguientes supuestos:

I. El testador instituye al albacea como árbitro en caso de controversia entre sucesores. En este caso, habría que determinar que la parcialidad del árbitro-albacea no se vea mermada, ya que el albacea podría tener relación, negocios o interés con una de las contrapartes.

II. El testador faculta al albacea para comprometer en árbitros los negocios de la sucesión. Esto es algo que está limitado en México a la concordancia con herederos y, además, a la concordancia judicial en Michoacán; en España esto sí puede suceder sin más limitación que la misma ley. De aquí se desglosan otros dos supuestos:

i. El testador dispone que el albacea celebre un convenio arbitral, en cuyo caso ya no se trataría de un arbitraje testamentario sino de arbitraje en materia sucesoria.

ii. El testador deja al arbitrio del albacea la sumisión de controversias de la sucesión a arbitraje o a la justicia del Estado.

Esto no debe confundirse con la opción más normal, que consiste en que el testador dispone de una cláusula arbitral en su testamento; en un caso así, en comunión con el artículo 902 del Código Civil de España, el albacea debe limitarse a vigilar, salvo las excepciones que observa la ley, el cumplimiento de todo lo dispuesto por el autor de la herencia, es decir, de suscitarse una controversia entre sucesores o sujetos de la sucesión, el albacea debe hacer cumplir la cláusula de arbitraje testamentario.

El Derecho español observa la figura del contador partidor, cuya función comenté anteriormente, tiene como deber interpretar el testamento para hacer la partición de la herencia y ponerle fin a la comunidad hereditaria de una manera equitativa buscando la manera de no contrariar o conciliar a los sucesores. Su institución puede ser testamentaria, judicial o por los herederos; si es instituido por el testador, debe ser una persona de su confianza, si no es así, tiene que nombrarse un perito contador.

El contador partidor debe ser ajeno a la herencia y, aunque hay autores que afirman que no tiene facultades para dirimir controversias, ni para ser árbitro, lo cierto es que sí y ya expliqué la razón, aunque no es recomendable que confluya en la misma persona el puesto de albacea, contador partidor y árbitro. Sobre esto, he de dejar en claro que lo común es que se sometan a arbitraje las controversias que surgen de una incorrecta partición y los conflictos que surgen de la inconformidad de los herederos en cuanto a la praxis del administrador y contador partidor.

### 3.3.1.1.6.3. Características del arbitraje testamentario en España.

Dada la similitud de nuestras normas en un sentido lato, el estudio del caso España puede aportar mucho a la materia de arbitraje en materia sucesoria en México. Carlos Dante Román López, enumera las características del arbitraje testamentario en España en un estudio similar a este y con el mismo fin, ellas son:

I. La voluntad unilateral del testador es suficiente y necesaria para disponer de una cláusula arbitral testamentaria extracontractual.

II. Basta con que el autor de la herencia sea capaz para testar al momento en que lo hizo para inscribir una cláusula arbitral en su testamento.

III. Tanto el testador como los sucesores o ellos con el albacea pueden designar al tribunal arbitral, y si este es institucional o *ad hoc* (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje: Artículos 14 y 15).

IV. Cuanto el testador dispone una cláusula arbitral, al aceptar la herencia o legado, el aceptante queda obligado, por consiguiente, a someterse al arbitraje dado el caso.

V. La capacidad del árbitro o árbitros. A parte de los requisitos de capacidad que se obvian como la mayoría de edad del árbitro, el artículo 17 de la Ley de Arbitraje señala el deber de imparcialidad del árbitro con los elementos que ya se estudiaron en cuanto a ello.

VI. La aceptación del árbitro o árbitros. Ya sea que haya sido designado en el testamento o después de abierta la sucesión, el árbitro puede ser de una institución o nombrado directamente por las partes, no puede aceptar el cargo previo al fallecimiento del autor de la herencia, sino cuando sea requerida su intervención *post mortem*, en un plazo de quince días desde que se le notifique el nombramiento (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje: Artículo 16).

Además, son importantes las recomendaciones y aclaraciones que Ignacio Gomá Lanzón hace sobre la materia:

I. “El AT (Arbitraje Testamentario) no se restringe a la administración y distribución de la herencia sino a todos los aspectos de la sucesión del testador.

II. Puede alcanzar también a la impugnación del testamento cuando la causa de nulidad no afecte a la cláusula arbitral.

III. El AT comprende también la acción de división de la herencia, pues no ponerse de acuerdo para realizar la partición es ya una suficiente “diferencia” como para justificar su intervención y así resulta de la naturaleza de estos procesos divisorios. No obstante, es conveniente expresar en la cláusula arbitral la voluntad del testador de que la materia arbitrable se extienda a la división.

IV. Es conveniente que se designe también un contador partidor que actuará como una falsa ‘primera instancia’ y que dejará a su vez liquidada la

sociedad conyugal con el viudo. Sería conveniente incluir a éste en la cautela socini, en su caso.

V. También puede ser conveniente la designación de un albacea, sea o no el mismo contador, que vigilen por la ejecución del testamento, particularmente en algunos extremos que se indicarán.

VI. Es muy importante ser cuidadoso en la cuestión de la materia arbitrable pues conforme al art. 41.1.c) y e), el 41.3 y el 39.1d) de la LA (Ley de Arbitraje) uno de los motivos que permiten fundamentar la anulación del laudo es que los árbitros hayan resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión o cuestiones no susceptibles de arbitraje.

VII. Si se desea que el arbitraje rija también para las relaciones con albaceas o entre los albaceas entre sí y otros sujetos no sucesores, es conveniente incluirlo en la cláusula arbitral, señalando que no cabe la aceptación del cargo sin la sumisión a arbitraje.

VIII. Debe entenderse que las limitaciones, condiciones o arbitrajes impuestos por el testador a los herederos surten todo su efecto si se acepta la herencia, pues la herencia absorbe la legítima, pudiendo el heredero repudiar la herencia y aceptar la legítima.

IX. De no aceptarse esta dirección doctrinal, es conveniente establecer la cláusula de opción compensatoria o cautela socini, perfectamente admisible, y establecer un sistema para que los herederos manifiesten si aceptan o no, y en qué condiciones."[217]

[217] *Ibidem*, p.p. 35-36.

### 3.3.1.1.6.4. Procedimiento arbitral en España.

Como ya lo he dicho, el procedimiento arbitral testamentario o sucesorio puede ser *ad hoc* o institucional, aunque es más recomendable el segundo dada la especialización de la materia.

Pueden dictarse medidas cautelares en cualquier etapa del procedimiento salvo pacto en contrario (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje: Artículo 23), observándose el régimen legal que observa estas providencias. La Ley de Enjuiciamiento Civil observa lo siguiente:

> Artículo 722. Medidas cautelares en procedimiento arbitral y litigios extranjeros.
>
> Podrá pedir al Tribunal medidas cautelares quien acredite ser parte de convenio arbitral con anterioridad a las actuaciones arbitrales. También podrá pedirlas quien acredite ser parte de un proceso arbitral pendiente en España; o, en su caso, haber pedido la formalización judicial a que se refiere el artículo 15 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje; o en el supuesto de un arbitraje institucional, haber presentado la debida solicitud o encargo a la institución correspondiente según su Reglamento.

Las medidas cautelares pueden ser instrumentales (para hacer efectiva la tutela judicial); provisionales; temporales; variables (modificables y suprimibles), y; proporcionales.

En cuanto a las costas del procedimiento, debe saberse, de antemano, que son mucho mayores que las generadas en un proceso judicial, pero los beneficios las respaldan, por ejemplo, salvo disposición de lo contrario, el laudo debe emitirse en un plazo no mayor a seis meses contados desde la contestación de la demanda y las partes pueden solicitar una prórroga de dos meses más (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje: Artículo 37).

Así, el procedimiento va tomando forma y desahogando controversias de administración de la herencia, su distribución o las que se hayan suscitado entre los sucesores y el albacea o entre ellos y el contador partidor.

El laudo y su ejecución tienen un gran parecido a como lo es en nuestro país.

**Conclusiones preliminares del Capítulo.**

Conectar la materia sucesoria con los MASC y el arbitraje es sencillo en la teoría; llevarlo a cabo también lo es cuando hay legislación y precedentes que lo respalden. Por eso he reiterado y enfatizado la necesidad de organizar la legislación en materia de arbitraje en el orden jurídico mexicano. Importa mucho abrir un abanico de posibilidades factibles que faciliten el acceso a una justicia pronta y expedita.

No obstante que existe una muy somera legislación que habilita expresamente la utilización del arbitraje en materia sucesoria y del arbitraje testamentario, aún no he encontrado un solo caso en México para poder ejemplificarlo. En cambio, sí es más común mediar o conciliar conflictos derivados de la sucesión *mortis causa*.

Podría pensarse que, si el legislador ha dejado a la materia en la obscuridad, ha sido para que las partes que lo requieran puedan crear a su modo sus propias reglas arbitrales-sucesorias. Sin embargo, saltan muchas trabas que el mismo legislador le pone a quienes eventualmente deseen arbitrar conflictos no mercantiles, como la excesiva intromisión judicial o el requerimiento de elevar a escritura pública los acuerdos arbitrales que menciona la ley adjetiva civil de Michoacán, lo cual sí es recomendable, pero no debería ser obligatorio.

He dividido este capítulo en tres secciones. Las dos primeras para explicar ampliamente qué es y cómo funciona la Justicia Alternativa autocompositiva y heterocompositiva, y; la tercera, para explicar el tema de arbitraje y concatenarlo con el de la sucesión *mortis causa*. En la tercera sección de este capítulo, me concentré en aportar aquellas herramientas jurídicas que consideré más importantes para sustentar la posibilidad real de llevar a cabo arbitrajes en materia sucesoria en Michoacán. En órdenes jurídicos equiparables al nuestro ya es una realidad.

He hablado únicamente de cómo se aplica el arbitraje en materia sucesoria en otros países porque existe evidencia escrita de ello. Por esta misma razón, he reservado el próximo capítulo para proponer mecanismos autocompositivos de los que no existe mucha evidencia en materia sucesoria en el Derecho Comparado ni en nuestro Derecho. Asimismo, hablaré de la arbitrabilidad específica que tiene la materia sucesoria para analizar su viabilidad práctica en Michoacán.

# CAPÍTULO CUARTO
# PRÁCTICA DE AUTOCOMPOSICIÓN Y ARBITRABILIDAD DE LA MATERIA SUCESORIA EN MICHOACÁN.

**Sumario 4.1. Exposición del problema: Los conflictos y la conflictividad en torno a la sucesión mortis causa en un mismo grupo familiar. 4.2. Congestionamiento de causas legales sucesorias en los tribunales del Estado. 4.3. Soluciones: La sucesión como una oportunidad para cohesionar a la familia. 4.4. Viabilidad y propuesta de implementación de la negociación, mediación y conciliación en conflictos sucesorios.** 4.4.1. ¿Pueden someterse a autocomposición o a conciliación los conflictos sucesorios? 4.4.1.1. Cuestiones sucesorias susceptibles de autocomposición o conciliación. 4.4.2. La labor del facilitador en conflictos sucesorios. 4.4.3. El procedimiento de la autocomposición en materia sucesoria. 4.4.4. Propuesta de implementación. 4.4.4.1. La figura del facilitador en materia sucesoria. 4.4.4.1.1. Facilitación en materia sucesoria ante Notario Público: Propuesta. 4.4.4.2. ¿Cómo canalizar los conflictos sucesorios a la Justicia Alternativa? **4.5. Viabilidad y propuesta de implementación del arbitraje a la práctica jurídica en conflictos sucesorios en Michoacán.** 4.5.1. ¿Quién puede ser árbitro en una controversia sucesoria? 4.5.2. Propuesta: Procedimientos arbitrales ad hoc en materia sucesoria. Arbitraje Notarial. 4.5.3. Propuesta: Procedimientos arbitrales institucionales en materia sucesoria.

## 4.1. Exposición del problema: Los conflictos y la conflictividad en torno a la sucesión *mortis causa* en un mismo grupo familiar.

A lo largo del primer capítulo, analicé y desmenucé las piezas que componen al conflicto y la conflictividad en las familias, de ahí se desprenden diferentes problemas que mucho tienen que ver con el comportamiento de una sociedad, de tal manera que el Estado debe atenderlos y abordarlos.

Estos problemas son dos: la educación autoritaria y los roles de poder en la familia, patrones que se repiten en la sociedad mexicana y michoacana. Lo anterior significa que, en los conflictos familiares, la disputas giran en torno a las pugnas de poder y a la necesidad de ganar. En este proceso de descomposición destacan las agresiones y la violencia acompañadas de conductas de conflictividad y el mal manejo de las emociones.

En los conflictos familiares en torno a la organización de una sucesión *mortis causa*, tanto testamentaria como intestamentaria, la controversia detona

actitudes de egoísmo y rivalidad que, aunque ello no haya sido notorio, se han ido fraguando en la relación familiar a lo largo de los años, principalmente debido a pugnas de poder o a la frustración de aquél que no ha tenido el poder frente al miedo de la contraparte a perderlo. Evidentemente en una sucesión intestamentaria estas actitudes son más palpables. En ocasiones alguien puede tratar de realizar cualquier subterfugio, o hasta delitos, con tal de ser quien tiene el mejor derecho a la masa hereditaria.

En una sucesión testamentaria, son subrayables el rencor que a veces se tiene al saber cómo se ha de repartir el patrimonio, la negativa de herederos y legatarios a cumplir pensiones alimenticias o la inconformidad que tienen algunos de los interesados con el actuar del albacea y hasta del interventor. En principio, los litigios testamentarios no deberían demorarse mucho, no obstante ello, la dilación judicial puede hacerse presente de muchas formas, desde la presentación de excepciones hasta las trabas que la parte vencida pudiere poner a la ejecución de una sentencia.

El caso es que una controversia sucesoria se encapsula en una dinámica cíclica. Ya adelantaba que, en la arena judicial, un juicio sucesorio puede tener varios ciclos conflictivos a lo largo de los años hasta que la fatiga orille a las partes a negociar una redención en la que ambos ganen, o por lo menos en donde no sigan perdiendo. *Verbi gratia*, en conflictos sucesorios que han trascendido generacionalmente, en los cuales la familia está dividida desde hace muchos años e, incluso décadas, y la cuantía de la herencia ha perdido ya mucho valor.

El problema principal que observa esta investigación es el irredentismo que se genera en las familias causado por litigios jurisdiccionales sobre la disposición de la masa hereditaria del *de cujus*, así como la dilación procesal de

los juicios, misma que ocasiona que la relación familiar se rompa cada vez más al paso del tiempo mientras se va devaluando el patrimonio a heredar.

Considero que los juzgados y tribunales del Estado han rebasado su capacidad y, lamentablemente, los casos bajo su jurisdicción, que naturalmente comportan graves conflictos e invariablemente son fractales, se estudian desde una estructura legalista ortodoxa, pues cada asunto es un número más. Así, los conflictos se resuelven impositivamente, alguien gana y otro pierde, ambas partes se desgastan.

Los conflictos sucesorios, y todos en general, merecen un tratamiento fractal y adecuado. Sí, adecuado tanto para la naturaleza procesal de cada conflicto en particular como para abarcar todas o la mayoría de las necesidades y pretensiones de las partes, pues como se advertía en la teoría de la naturaleza diversa de las controversias de González de Cossío, cada conflicto particular comporta consecuencias imprevistas que resultan en costos proporcionalmente directos al remedio del problema, razón por la cual se advierte necesario gestionar cada uno de ellos de manera adecuada.

Cada familia, aunque provenga de un mismo entorno social y cultural, tiene necesidades y visiones diferentes en las variopintas controversias sucesorias. Lo común en ellas es lo dramáticas y dolorosas que son.

La sucesión puede exacerbar las pugnas de poder y dar cabida a la comisión de abusos entre integrantes de un mismo grupo familiar. No tratar el conflicto desde el lado humano, como una patología, puede desencadenar graves y cíclicas conductas de conflictividad que se agudizarían en la arena judicial.

Otro gran problema que he observado es la cultura de lo adversarial que hay en la sociedad mexicana y michoacana, ni el Estado se ha dado bien a la

tarea de revertirlo, porque no se ha considerado una prioridad, ni nosotros como miembros de nuestra comunidad nos hemos dado cuenta de que generacionalmente repetimos los patrones macrosistémicos en cuanto a la forma en la que deben manejarse y distribuirse las manifestaciones de poder en todos los sistemas ecológicos.

Esta situación, particularmente, es más notoria cuando se tratan de implementar los MASC en la práctica de diferentes materias jurídicas; se tiene la creencia de que cuando se recurre a un abogado en un conflicto es para sostener un combate, un litigio de suma cero.

### 4.2. Congestionamiento de causas legales sucesorias en los tribunales del Estado.

Es un reto muy importante, y con perspectivas favorables, continuar con la implementación de los MASC en la cotidianidad jurídica de Michoacán. Sensibilizar a la sociedad, trabajar culturalmente desde la academia, la ley y la jurisprudencia a favor de reducir el congestionamiento de las causas legales de toda índole, máxime en materias en las que se ven envueltos miembros de un mismo grupo familiar, como las sucesorias. Humanizar a las partes, apelar a la comunicación y a la inmediación, usar a favor la utilización de medios adecuados de solución de controversias.

Este problema, visto desde el punto de vista de los conflictos y la conflictividad en torno a las sucesiones *mortis causa*, puede manejarse desde el lado sentimental y ejecutivo: sentimental por todo lo que ya hablé sobre la cohesión familiar y los factores psicosociales, y; ejecutivo porque es ideal apartar de la justicia del Estado a aquellas causas incoadas que amenacen con durar tantos años como sea posible, como es común en los juicios sucesorios.

En el Estado de Michoacán son verdaderamente laudables las últimas reformas del 30 de junio de 2020 a la Ley del Notariado y, principalmente, a la Ley de Justicia Alternativa y Restaurativa del Estado de Michoacán. Estas reformas facultan expresamente a los Notarios Públicos a llevar a cabo negociaciones, mediaciones y conciliaciones, lo cual indica que el legislador se ha sensibilizado con la causa y que la Justicia Alternativa en controversias sobre derechos disponibles es una realidad latente y creciente.

### 4.3. Soluciones: La sucesión como una oportunidad para cohesionar a la familia.

La sucesión no tiene que ser forzosamente una causa de separación y rompimiento familiar. La posibilidad de someter a mecanismos alternos (o adecuados) los conflictos de la sucesión *mortis causa* podría resultarle más lógica al testador que a los herederos, legatarios o albaceas. El autor de la herencia lo último que desearía es que sus instituidos o familiares se batieran en duelo para lograr hacerse con su patrimonio; resalta el posible caso de un intestado, en el que los familiares con mejor derecho buscan acaparar lo más que se pueda, más aún cuando no hay buena relación familiar.

Cuando el objetivo de una de las partes, o de ambas, es acaparar más, se advierte que la consecuencia más lógica es que habrá quien trate de defenderse ante ese presunto intento de abuso de poder, guiado por el miedo a perder su derecho, o a que este sea vulnerado, así nacerá un conflicto en materia sucesoria que puede terminar en los juzgados y tribunales. En una situación así, o la controversia se resuelve rápidamente o perdura a través de los años.

Así pues, hay distintas soluciones a este tipo de situaciones indeseables: En un primer momento, I) negociar y, en su caso, transigir el pleito, o;

II) gestionar, mediar o conciliar y, en su caso, transigir el pleito. El diálogo, la comunicación y la inmediación son una oportunidad excelente de aminorar los costos emocionales, legales y económicos del conflicto y reducen muchísimo la conflictividad en las partes cuando se logra gestionar bien la controversia.

Lo ideal sería que un profesional facilitador sea quien gestione los conflictos familiares en materia sucesoria, una negociación de confracción podría demorar años o desgastar a las partes y no permitir que lleguen a un acuerdo. Conozco de un caso en el cual, en un intestamentario siete hermanos no lograron ponerse de acuerdo en un lapso de diecisiete años sobre cómo dividir los bienes de la masa hereditaria de la sucesión de sus padres y nunca denunciaron el intestado; naturalmente, su derecho a la herencia prescribió y de ello se dieron cuenta hasta que pretendieron hacerlo ante Notario. Claro, en todos los casos, creo, lo más correcto es elaborar un testamento, pero si no lo hay, es menos costoso, al final, requerir la ayuda de un experto que cohesione.

La idea de negociar y mediar o conciliar nace del romanticismo de apelar a los sentimientos de las partes, y a su sentido común, para que puedan convenir un entendimiento a varios puntos controvertidos, si no es que a todos, y si persistiere alguno o algunos, se puede dar una solución definitiva al conflicto de manera heterocompositiva, que siguiendo la línea discursiva de aplicación de los MASC, III) arbitrar las controversias resulta perfecto cuando lo que menos hay es tiempo y lo que más se necesita es repartir el caudal hereditario.

En un conflicto sucesorio, la forma de llegar a la negociación, mediación, conciliación y arbitraje es multidiversa. Puede ser mediante disposición testamentaria o por mero acuerdo de consuno entre las partes.

Puede suceder que, en un primer momento, las partes lleven a cabo mecanismos de autocomposición previos a un arbitraje o a un juicio ante la jurisdicción estatal, esto, de manera independiente o en un paquete cuando existen cláusulas escalonadas. Asimismo, esto puede hacerse como una *pre trial conference* o en sesiones independientes.

La idea es partir de la legislación existente en Michoacán para poder abonar a la cohesión familiar cuando se presentan conflictos en materia sucesoria. Ya se ha leído que en efecto se pueden establecer cláusulas arbitrales en el testamento y que estas deben ser cumplidas, ahora explicaré la posibilidad de someterlo a mecanismos no adversariales de Justicia Alternativa.

### 4.4. Viabilidad y propuesta de implementación de la negociación, mediación y conciliación en conflictos sucesorios.

El espíritu de los medios autocompositivos y de la conciliación en la Justicia Alternativa conlleva un alto grado de intención de inmediación; son las partes quienes, por medio de la verdadera comunicación, al final habrán de llegar a un acuerdo beneficioso para todas.

La verdadera comunicación comporta un diálogo oral dirigido por un facilitador que catalice a las partes haciendo las veces de intermediario, este diálogo se debe conducir de manera racional y emocional, es decir, es imperioso que, con los medios con los que disponga, el facilitador trabaje directamente con la inteligencia emocional de las partes. Además, una exitosa buena comunicación se logra con la aplicación de los principios de inmediación y concentración, por lo que es importante identificar rápida y sagazmente los valores, características, razones y objetivos del conflicto.

Ya apuntaba que la inmediación en los medios autocompositivos y en la conciliación es un puente emocional en el cual los sujetos en conflicto

desahogan sus tensiones y pretensiones y, que el hecho de que se haga sin formalismos, logra abrir canales de empatía que permiten llegar a un acuerdo de suma positiva.

Optar por la negociación, mediación y conciliación debe hacerse sin ningún vicio de la voluntad, pues debe imperar la confianza entre las partes en conflicto para resolver sus controversias en igualdad de condiciones, con legalidad y compromiso de lealtad ante la solución que se proponga.

Un proceso como los que menciono en el párrafo anterior debe ser voluntario, decidir participar en un MASC autocompositivo o en conciliación debe hacerse unilateralmente, no se le puede obligar a nadie a negociar, mediar o conciliar. En un proceso de autocomposición en materia sucesoria, la aceptación voluntaria debería realizarse de una manera muy simple, si bien es importante que quede sentada en algún sitio, principalmente para que haya constancia de que las partes efectivamente están informadas de los alcances de los MASC, el exceso de formalismos en la aceptación puede viciar la libertad del procedimiento.

En el entendido de que la voluntariedad de los MASC es subjetiva y unilateral, destaca que esta debe permanecer durante todo el procedimiento autocompositivo y que las partes son libres de abandonar la negociación, mediación o conciliación cuando así lo deseen. Lo que sucede con esto, es que, de no existir acuerdo alguno, las partes acudirán a la heterocomposición *per se* como el arbitraje o la justicia estatal.

### 4.4.1. ¿Pueden someterse a autocomposición los conflictos sucesorios?

En su mayoría, sí. Como en la materia arbitral, lo que es transigible es arbitrable, por ende, es susceptible de autocomposición.

Para que pueda someterse a autocomposición, un conflicto sucesorio debe tener derechos controvertidos, sí, pero además la autocomposición o la conciliación debe ser posible y los derechos lícitos, disponibles y renunciables.

Una de las razones más importantes de acudir a la Justicia Alternativa en materia sucesoria es la agilidad, flexibilidad y simplicidad que les permita a las partes en conflicto llegar a acuerdos en un ambiente de equidad que propicie una verdadera administración de justicia, esto con apego a la estricta imparcialidad que el facilitador debe de tener.

#### 4.4.1.1. Cuestiones sucesorias susceptibles de autocomposición.

Recuérdese que una controversia es arbitrable mientras no lo prohíba la ley de manera expresa, lo mismo aplica para conocer sobre la susceptibilidad de una controversia a someterse a una autocomposición. La ley pocas veces habla de derechos no arbitrables, lo común es que se mencione qué derechos son intransigibles. En la inteligencia de lo anterior, un derecho transigible es arbitrable y, por ende, susceptible de someterse a autocomposición y a conciliación.

En materia sucesoria, todos los derechos disponibles son susceptibles de transacción, por lo tanto, también de autocomposición y de arbitraje. No lo son, por ejemplo, los derechos a recibir alimentos a cuenta del acervo hereditario, ni la sucesión futura, ni la herencia antes de visto el testamento, ni tampoco la designación de sucesores legítimos. La Ley de Justicia Alternativa de Michoacán dispone que cuando el facilitador observa que no hay susceptibilidad de someter una controversia, debe orientarse a las partes para que canalicen correctamente su conflicto.

Se podrían ventilar en autocomposición varios conflictos a la vez, por ejemplo, los referentes al acrecentamiento de herederos si hubiere problemas al determinar la forma en que se hará, o cuando los herederos tienen problemas con la administración del caudal hereditario llevado por el albacea, los casos pueden ser muchos. En España, es común la mediación en el ámbito de la empresa familiar tras la muerte del administrador principal.

### 4.4.2. La labor del facilitador en conflictos sucesorios.

El oficio de un facilitador no es fácil, se requiere el perfil profesional de alguien cuyas habilidades lo hagan capaz de analizar casos y circunstancias únicas en cada uno de los conflictos bajo su conocimiento y gestión. También, a medida que avancen los trabajos de negociación, mediación o conciliación, su capacidad de improvisación será determinante para conducir todas las aristas que vayan surgiendo en aras de componer las controversias.

Recuérdese que los conflictos son fractales, el facilitador debe tener en cuenta los antecedentes personales de las partes confrontantes, sus personalidades y objetivos, para ir desahogando individualmente cada punto controvertido basado en ello.

En miembros de una misma familia, por ejemplo: hermanos, la negociación, mediación o conciliación debe hacerse tomando en cuenta los antecedentes de la relación entre ellos, además de su estado actual, así será más fácil encontrar el origen de las pugnas que les han llevado al conflicto o, si fuera el caso, el historial de conflictividad entre ellos.

Hay una infinidad de razones por las cuales existe un conflicto, asimismo, el grado de gravedad de la controversia depende mucho de cómo ha sido la relación en el pasado, si hay rencor, envidia, malos entendidos o inclusive odio, estos factores sumados a los objetivos que se tengan en cuanto

a la herencia, van a determinar cuál es el mecanismo más adecuado. Sobre lo anterior, es importante recalcar que una actividad importante del facilitador será trabajar en el área sentimental, mientras no logre abrir a las partes en ese plano, el mecanismo no será adecuado y las posiciones de las partes se mantendrán rígidas.

Independientemente de los valores en pugna, si el conflicto es somero y contiene bajas o nulas señales de conflictividad ente las partes, lo más adecuado es la negociación; si la conflictividad está presente en las partes y en el conflicto, pero los signos de violencia y agresión no son alarmantes, mediar es una excelente opción que logra que los participantes se comuniquen y busquen un beneficio en común, y; si hay un conflicto grave y señales de intransigibilidad a la luz de una férrea conflictividad, puede intentarse una conciliación en donde el facilitador determine cuál puede ser la mejor solución con base en los pormenores de la controversia. De igual manera, en los conflictos en donde exista una evidente disparidad de poder entre las partes, lo más sensato sería conciliar y no mediar, en este caso el conciliador debe evitar las agresiones objetivas y gestionar el poder, propiciando un diálogo constructivo y equilibrador a grado tal de que, en efecto, se equilibre la balanza lo más posible para lograr que la inequidad disminuya.

En la mayoría de las ocasiones es la mala relación familiar y los sentimientos negativos los que llevan a las partes a litigar sinrazón, por lo que la pugna en cuanto a lo patrimonial de la sucesión llega a estar en un segundo plano, razón por la cual el facilitador debe ser una herramienta de centrifugación de inteligencia emocional y de actitudes propositivas que contrarresten lo primero. Además, la cultura del “no ceder” es un catalizador importante del conflicto, el macrosistema predispone a los participantes a aferrarse a su posición y a no querer escuchar, esto debe tomarse en cuenta como un factor sociológico que el facilitador debe conocer también, es decir, el facilitador,

aparte de estar al tanto de la realidad personal y familiar de las partes, debe saber identificar cuál es la realidad sociológica y psicosocial en la que se desenvuelven las partes.

Un medio adecuado para gestionar los conflictos ayuda con la comunicación y la cohesión familiar, tal y como el *de cujus* lo hubiera deseado. Aunque en ocasiones las pugnas sean particularmente graves y crónicas, aún puede existir una solución no heterocompositiva adversarial, pues si bien es cierto que mientras más tenue sea, la controversia será más sencilla de gestionar. La eficacia del facilitador es decisiva en situaciones complicadas, la fórmula es la siguiente: que sepa imponer su autoridad y posea una buena cantidad de recursos, así es como puede conducir los más agudos conflictos a buen puerto.

Sin distinción de la labor del facilitador, ya sea como intermediario en una negociación o como mediador o conciliador, este debe comenzar su labor investigando cuál es el origen de la confrontación y todos los factores exógenos que precisé anteriormente que lo llevarán a comprender los objetivos que han planteado las partes, y de resultar viables, así poder alcanzarlos. En España, Cristina Argelich Comelles, en un artículo que publicó en el volumen 13, N.1° de la Revista de Mediación, habla de esta misión que el facilitador tiene en cuanto al estudio de las relaciones personales, legales y emocionales de los miembros en conflicto del mismo grupo familiar, a esto lo denomina *genograma familiar* y recomienda hacerlo con una representación gráfica de las relaciones en las tres últimas generaciones de la familia, como mínimo.

La sucesión *mortis causa* es una realidad evidentemente compleja, ello no quiere decir que la autocomposición en la materia lo sea también, aunque desde ahora adelanto que sí. Tras la muerte de un ser querido, el lazo afectivo que vincula a los parientes entre sí y con el autor de la sucesión aflora los

sentimientos y sus particularidades positivas y negativas, cuando hay rencillas intrafamiliares y conflictividad acrecientan las negativas y se hacen notorias las conductas en donde la envidia, rivalidad, celos y el miedo a perder el poder son los protagonistas. De la medida en que se puedan presentar estos factores depende mucho su dificultad, asimismo, de la proactividad que tengan las partes. Ello puede traducirse en que, en ocasiones, pueda alguna de las contrapartes no presentarse a las primeras sesiones de la negociación, mediación o conciliación, o no hacerlo nunca. El facilitador no debe, por esto, suspender sus funciones, él debe continuar aunque no todos concurran. Con el tiempo, debería insistir en las bondades de la autocomposición, sobre todo haciendo hincapié en el ahorro de costes emocionales y económicos.

Dada la dificultad que una crisis así representa, recalco que es necesario generar la comunicación a través de las emociones para generar alternativas que cambien la dinámica del conflicto de una disparidad de poderes a una negociación que rompa los bloqueos existentes y en donde no se presenten tácticas agresivas de negociación, las lluvias de ideas aportadas por las partes, de iniciativa propia, son ideales para proponer opciones de cómo transigir. Ello podría hacerlo el facilitador y la decisión de cómo transigir será entonces o de los participantes en la mediación o la negociación, o del conciliador, con la anuencia de las partes, en una conciliación.

### 4.4.3. El procedimiento de la autocomposición en materia sucesoria.

Independientemente de cómo es que las partes llegaron a la autocomposición, debe tomarse la decisión de cuál mecanismo utilizar (mediación o conciliación) con base en las minuciosidades y particularidades de cada conflicto. En estas formas de Justicia Alternativa debe haber invariablemente voluntad para dialogar como para transigir, esta voluntad no debe estar presente en cada una de las partes, pero sí en la mayoría, la idea es

que se establezcan concesiones recíprocas y que se evite que el conflicto continúe en tribunales.

Así pues, el primer paso en un procedimiento puede ser o el nombramiento de un facilitador o la decisión de qué mecanismo llevar, de hecho, un facilitador podría ayudar a decidir a cuál remitir el conflicto. La LJAR dice que se puede acudir unilateralmente a solicitar la sumisión de una controversia a alguno de los mecanismos que esta observa y que posteriormente se invitará a las demás partes a participar.

Debe acordarse el lugar de las sesiones, el idioma y hacerse un pacto o convenio de sumisión a la mediación o conciliación y hablar sobre sus alcances.

Antes de comenzar con las sesiones de negociación, mediación o conciliación, es importante llevar a cabo una, dos, o las reuniones previas necesarias, la primera para obtener la anuencia de los participantes, las demás son necesarias para la realización del *genograma familiar* que determinará el nivel de conflictividad y los objetivos a seguir, esta es una forma perfecta de determinar cuál será el rumbo y la estrategia para el caso en particular.

En conflictos sucesorios, es recomendable la utilización de estrategias BATNA del Modelo de Harvard siguiendo los pasos que estos proponen.

Es prácticamente imposible que en aquellos conflictos en materia sucesoria se logre transigir en pocas sesiones, a menos de que los puntos controvertidos sean pocos o que no haya tanta conflictividad en torno a ellos. Para una estrategia o mecanismo resulte exitoso, debe hacerse un cronograma (modificable) en donde se comprendan diferentes fases en las cuales se

contemple un número aproximado de sesiones por fase, la doctrina concuerda, con base en la práctica, que estas podrían ser las fases a desarrollarse:

I. Fase preliminar. Es el primer contacto del facilitador con las partes (aunque puede ser remoto), en esta, aparte de obtener la anuencia a participar de las partes, se realizará el *genograma familiar* y depende mucho del éxito de esta fase que las siguientes se lleven a cabo de la mejor manera.

i. Sesión de aceptación de la voluntad.

ii. Sesión informativa. Sobre los objetivos y alcances de la estrategia o mecanismo.

iii. Sesiones de elaboración del *genograma familiar*.

iv. Sesión constitutiva de la estrategia o mecanismo. En esta se oficializará el nombramiento del facilitador y de todos los objetivos a alcanzar bajo un procedimiento acordado por las partes y el facilitador. Tras la constitución de un mecanismo, en el Estado de Michoacán, tal y como lo dice el artículo 30 de la Ley de Justicia Alternativa y Restaurativa, se han de suspender durante sesenta días todas las acciones civiles que versen sobre la controversia bajo el conocimiento del Facilitador. En estos casos, el mecanismo no puede exceder dicho término.

II. Fase de apertura. Para iniciar el procedimiento, se deben recordar los pormenores de la sesión constitutiva de la fase preliminar, la finalidad es repasar los objetivos pactados y repasar el procedimiento a seguir. Esta fase podría efectuarse en una sola sesión.

III. Fase de inmediación. La inmediación y comunicación entre las partes y con el facilitador o interventor es de suma importancia, el diálogo servirá para recabar información precisa para formular propuestas o proyectos de transacción. La ley michoacana de Justicia Alternativa y Distributiva dispone de la posibilidad de que el facilitador pueda acudir a expertos y psicólogos con la finalidad de estabilizar emocionalmente a las partes en las sesiones individuales y en conjunto.

i. Sesiones individuales. El facilitador o interventor al reunirse con cada una de las partes por separado retendrá sin interrupciones sus expectativas, motivos, necesidades, objetivos y pretensiones, así se puede obtener una información más fidedigna pues no existe la atadura de la presencia de la o las contrapartes.

ii. Sesiones en conjunto. Tras haber recabado las versiones y las minuciosidades de todas las partes, llega el momento de establecer el diálogo entre todos, para este momento ya se debió haber orientado el conflicto a nuevos espacios de entendimiento en donde las partes comiencen a sensibilizarse y a proponer soluciones y acuerdos a problemas menores.

IV. Fase de identificación de los demás puntos controvertidos. Tras dejarse atrás los problemas menores y ya con un diálogo iniciado, el facilitador, conocedor del *genograma familiar* y de las expectativas, motivos, necesidades, objetivos y pretensiones específicas de cada parte, tendrá las herramientas necesarias para determinar cuáles puntos controvertidos no son conflictivos y cuáles sí lo son para centrarse en las cuestiones más sensibles de la controversia, enunciando qué es lo que quiere cada parte y así poder comenzar con las negociaciones *per se*.

V. Fase de negociaciones. En las fases anteriores debió hacerse un balance y un equilibrio en la pugna de poder, ahora ambas partes pueden presumirse empoderadas y listas para tener el protagonismo. De ahora en adelante, el facilitador fungirá como mediador, todas las partes propondrán aquello que pueden conceder y lo que están dispuestos a aceptar y, cuando no haya entendimiento, pueden hacerse sesiones privadas con el facilitador para romper los bloqueos y continuar con las negociaciones.

i. Pueden llevarse a cabo sesiones individuales.

ii. Pueden llevarse a cabo sesiones post-negociaciones para tratar de desahogar aquellos puntos controvertidos no solventados, sin embargo, es una reunión muy informal en donde hay una lluvia de ideas de propuestas que pueden terminar de subsanar el conflicto. Es, pues, el último intento para componer de manera autocompositiva el conflicto.

VI. Fase conclusiva. En una negociación-mediación, en una sesión independiente, que puede ser justo después de la última de las sesiones de negociación o post-negociación, habrán de leerse los puntos de acuerdo y transcribirse en una escritura final. En contados casos, podrían generarse nuevos compromisos en esta fase, la práctica dice que no es así.

Esta nueva escritura contendrá la voluntad de las partes de sostener el compromiso de respetar los puntos de acuerdo, y que, de no hacerlo, la agraviada está en todo su derecho de acudir a la autocomposición judicial o extrajudicial.

VI bis. Fase de conciliación. En una conciliación, se leerán también todos los puntos de acuerdo en una sesión final, sin embargo, el proceso culminará cuando el facilitador conciliador proponga varias (o sólo una) soluciones a elegir

entre las partes, de hacerlo, se escriturará la voluntad de transigir de las partes, de no hacerlo, se podrá acudir a la heterocomposición judicial o extrajudicial.

VII. Fase de contratación. Lo preferible es que los puntos de acuerdo se redacten en un contrato de transacción y que este se haga como escritura pública para darle mayor rigidez, aunque si el negocio no es tan cuantioso, puede bastar una escritura privada. Incluir una cláusula judicial o de arbitraje, remitiría cualquier incumplimiento a la heterocomposición judicial o extrajudicial.

### 4.4.4. Propuesta de implementación.

Ya ha quedado claro qué materias de la sucesión *mortis causa* pueden someterse a la justicia alternativa, me explico: todo aquello que sea transigible es susceptible tanto de componerse mediante negociación, mediación o conciliación, como de arbitrarse.

Sobre la manera de llevarse a cabo, téngase como propuesta el modelo BATNA de Harvard por ser el más adecuado en cuanto a su eficacia, como procedimiento, considero que el descrito arriba es la mejor opción, por fases y sesiones sin desdoro de lo ya escrito en las leyes estatales.

La decisión de someter a la Justicia Alternativa este tipo de conflictos puede por disposición testamentaria o *motu proprio*, tanto unilateralmente, como multilateralmente, ello lo explayaré más adelante.

El desempeño del papel del facilitador es determinante, pero ¿quién podría fungir como tal?

#### 4.4.4.1. La figura del facilitador en materia sucesoria.

La figura del facilitador se correlaciona mucho con la manera en la que se haya instituido la autocomposición, si fue por disposición testamentaria, podría ser el albacea quien intervenga, así lo propone la doctrina en su mayoría; yo difiero, pues un albacea podría no tener todos los atributos que un facilitador preparado profesionalmente pueda tener, claro, en una controversia sencilla puede que sea la persona adecuada, pero ¿y si no lo es? Además, esto sería imposible si el albacea resulta ser también un heredero o una parte del conflicto.

##### 4.4.4.1.1. Facilitación en materia sucesoria ante Notario Público: Propuesta.

Mi propuesta se basa en que lo ideal es que un Notario funja como facilitador en la mayoría de las autocomposiciones, tal y como ya está regulado, para esto, es necesario que se regulen más las cuestiones tocantes a la Justicia Alternativa en materia sucesoria y así darle cabida a un procedimiento más *ad hoc* y mejor estructurado, además, debería regularse la canalización a los MASC tanto por decisión de las partes como por disposición testamentaria.

Otra de las cosas que deben hacerse es regular cómo se ha de transigir, en mi opinión técnica debería hacerse un contrato de transacción ante Notario y, de acuerdo con el monto del negocio, se celebre en escritura privada o pública.

Ya advertía en 2001 Arturo G. Orenday González, Notario 18° de la Ciudad de Aguascalientes, en un artículo suyo, en el número 116 de la Revista de Derecho Notarial Mexicano, que la función notarial evoluciona junto a la sociedad, y agregaría yo que, también junto a la evolución jurídica, eso implica

que, atendiendo a la labor social del fedatario, las funciones de mediación y de negociación asistida pueden ser hechas por un Notario, quien por su sólida formación jurídica y por su enfoque interdisciplinario al trabajar, puede ser delegado de diversos despachos, como lo sería el oficio de mediador, o de agente *per se* de la justicia alternativa. Las virtudes de un Notario respaldan esta posibilidad, este debe ser un abocado estudioso del Derecho, profesional, imparcial y honesto, así, su *expertise* en Derecho y en dirigir discusiones le dan el perfil perfecto de un facilitador.

La ley michoacana de Justicia Alternativa y Restaurativa rescata esto, pues un Notario para poder fungir como facilitador debe haber pasado por la capacitación correspondiente para ser investido como tal por el Colegio de Notarios de Michoacán.

#### 4.4.4.2. ¿Cómo canalizar los conflictos sucesorios a la Justicia Alternativa?

Ya adelantaba que ello puede ser de manera unilateral, por la mera decisión de alguna de las partes es posible girar invitaciones a las demás para participar en algún mecanismo de Justicia Alternativa, por lo tanto puede ser también una acción multilateral. Algo así puede pasar con el intestado. Mi idea sobre esto va más a fondo, en materia testamentaria existe una manera de OBLIGAR a los herederos y legatarios, así como a los albaceas a someterse a la Justicia Alternativa.

El lector pensará que he perdido la cabeza, no es así. Recordemos que, en el Derecho Testamentario, como lo dice González de Cossío, “quien acepta el beneficio, acepta la carga”, o algo así. La cuestión es que, al aceptar la herencia o el legado, se adquieren tanto los derechos como las obligaciones a transmitirse *mortis causa*; aceptar la herencia o un legado no es algo

obligatorio, pero al hacerlo, el aceptante se obliga a cumplir con todos los deseos de la última voluntad del *de cujus*, por lo tanto, si el autor de la herencia dispuso una cláusula testamentaria en donde exprese con claridad su voluntad de que cualquier conflicto derivado de la sucesión se gestione ante la Justicia Alternativa, ello debe cumplirse o de lo contrario se estaría faltando a las obligaciones testamentarias. En cuanto a la voluntad del albacea a transigir, esta se da por hecho, un albacea es el ejecutor de la voluntad y representante del *de cujus*.

Así pues, al obligar de esta manera a los sucesores para que participen en mecanismos de Justicia Alternativa no se está vulnerando la autonomía de la voluntad de los participantes, si ellos no desean hacerlo, están en todo su derecho de no aceptar la herencia o el legado; además, ¿quién dice que forzosamente debería existir algún conflicto? Aun así, los herederos y legatarios deben tener pleno conocimiento de cuáles son exactamente las obligaciones a las que se comprometen a cumplir al aceptar la herencia o el legado.

La forma de hacer esto es sencillo, el autor de la herencia debe disponerlo en su testamento en una cláusula donde exprese que cualquier conflicto derivado de la sucesión sea gestionado ante un facilitador, lo más recomendable sería que lo canalice a una mediación. Así, por norma privada, los sucesores deberán siquiera intentar acudir a la Justicia Alternativa para solucionar sus controversias emanadas de la sucesión o atenerse a las consecuencias de no hacerlo.

El *de cujus* puede, además, disponer una cláusula arbitral en su testamento bajo los mismos principios, dicha cláusula puede ser independiente o escalonada. Con cláusula escalonada me refiero a que el sucesor puede decidir canalizar cualquier conflicto en un primer momento a la mediación, por

ejemplo, y obligar, de igual manera, a los sucesores y albaceas a arbitrar los puntos controvertidos no resueltos en la facilitación.

El único caso de cláusula arbitral que conozco, es el que menciona el árbitro González de Cossío en su libro *Arbitraje*. La redacción de esta cláusula llama la atención por su completez, aunque no haya sido aún litigada ni probada judicialmente. A continuación, la cláusula testamentaria arbitral:

"Toda controversia que se derive de, o se relacione con, este testamento o cualquier aspecto relacionado con el mismo, se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje ad hoc de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional vigente al momento de la presentación de la demanda. Ello incluye, mas no se limita a, cualquier derecho de cualquier heredero o legatario, actual o prospectivo o bajo el testamento o por ley, la validez, nulidad, eficacia, caducidad, oficiosidad, ejecución, cumplimiento, alcance, desempeño del albacea, y cualquier otro aspecto relacionado con el testamento y la sucesión del testador.

El arbitraje será resuelto por un árbitro único, a menos que todas las partes estén de acuerdo que sea un tribunal de tres árbitros. En caso de que las partes no lleguen a un acuerdo sobre quién actuará como árbitro, éste será designado por la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (CANACO). El lugar del arbitraje será la Ciudad de México. Este arbitraje estará regido por la legislación arbitral comercial mexicana (actualmente contenida en el título IV, del Libro V del Código de Comercio).

El testador expresamente manifiersta que los derechos de todos los herederos y legatarios contenidos en este testamento estarán condicionados a la canalización de cualquier controversia a través del arbitraje. Como parte de esta condición, las partes deben firmar un convenio arbitral similar a esta condición, que les será presentado por el albacea. En caso de que cualquiera de las partes canalice cualquier disputa bajo este testamento a cualquier foro

distinto al arbitral contemplado en este testamento, perderá por ese solo hecho sus derechos bajo este testamento, acreciendo dichos derechos a favor de los demás herederos (mas no el legatario, quien por ningún motivo debe recibir derecho adicional alguno al legado contemplado en el testamento), en los términos especificados en el testamento. Sólo en ausencia de disposición expresa se acudirá a lo dispuesto en el Código Civil. En caso de que cualquier porción de esta cláusula se determine nula o ineficaz, es voluntad del testador que el resto permanezca en vigor como si la Proción anulada o declarada ineficaz no se hubiera incuido." [218]

Esta cláusula testamentaria arbitral, a pesar de su completitud, puede tener problemas de aplicación, dado el caso, debido a la falta de precedentes. El testador sabe que la normativa arbitral comercial, o sea, la ley arbitral mexicana, dista positivamente de las leyes estatales que prevén el arbitraje. Además, también se aplica la sumisión arbitral obligatoria, al tratarse de una condición en el Testamento. Encuentro un fallo en la presente cláusula:

Se pide que cualquier controversia se atenga a la legislación comercial arbitral vigente, esto significa que, de crearse una legislación independiente exo-comercial de arbitraje, la cláusula quedaría atenida a la interpretación que se le de a ese mandato. Aunque esta porción también podría anularse sin perjuicio del resto de la cláusula.

### 4.5. Viabilidad y propuesta de implementación del arbitraje a la práctica jurídica en conflictos sucesorios en Michoacán.

En el entendido de que es posible obligar a los sucesores y albaceas a someter a un arbitraje los conflictos sucesorios que surjan, siguiendo el mismo mecanismo de disposición clausular, es totalmente viable la anexión de una cláusula arbitral, independiente o escalonada, en el testamento. De hecho, en la

[218] GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Op. Cit.*, ver nota 138, p. 1355.

cláusula testamentaria arbitral comentada anteriormente, a mi parecer, únicamente hace falta una disposición escalonada, es decir, el mandato o la mención de acudir a una mediación o conciliación previa al arbitraje.

En Michoacán se observa esta figura como la facultad que le otorga la legislación civil adjetiva al testador de disponer de una cláusula compromisoria, esta debe aplicarse obligatoriamente cuando los sucesores aceptan la herencia, por eso, el artículo 926 del Código de Procedimientos Civiles de Michoacán, exceptúa la autorización judicial para arbitrar los conflictos sucesorios cuando existe una cláusula compromisoria inscrita por el autor de la herencia. Ello no significa que haya un óbice en cuanto a que los sucesores legítimos decidan *motu proprio* y de consuno celebrar un acuerdo arbitral para dirimir las controversias que emanen de la sucesión, para lo que sí necesitarían autorización judicial.

La materia es arbitrable, de eso ya hablé con amplitud en esta investigación. Repito, es arbitrable cuando se trata de derechos disponibles, lícitos y que no contravengan ni con derechos de terceros ni con el orden público. Esto, aplicado a la materia sucesoria, sólo atañería a los herederos, legatarios y albaceas interesados directos en la sucesión.

En cuanto a las cuestiones específicas susceptibles de arbitrabilidad, pueden ser exactamente las mismas que he mencionado en los mecanismos no adversariales. También, las que enumeré citando a Carlos de Prada en el tercer capítulo son aplicables al orden jurídico mexicano, nada obsta que dichas cuestiones se puedan arbitrar aquí, al cabo versan sobre derechos disponibles.

Lo que no sería arbitrable son los escollos con respecto a la validez del testamento y las interpretaciones directas sobre los valores a otorgar a

herederos y legatarios. A continuación, acuñaré un compendio de materias de la sucesión que sí se pueden arbitrar en Michoacán (y en todo el mundo, creo):

I. Acrecentamiento de herederos.

II. Problemas con la administración del caudal hereditario o valuaciones de los bienes.

i. Entre herederos y albaceas.
ii. Entre legatarios y herederos
iii. Entre coherederos
iii. Entre legatarios, herederos y albaceas.
iv. Entre interventores y albaceas.
v. Entre coalbaceas.
vi. Entre herederos minoritarios y herederos mayoritarios cuando existen coalbaceas.

III. Cuestiones generadas por la actuación del albacea, en general.

IV. Cuestiones generadas por la actuación del interventor, en general.

V. Disputas generadas en el inventario y avalúo.

i. Entre herederos y albaceas.
ii. Entre legatarios y herederos
iii. Entre coherederos
iii. Entre legatarios, herederos y albaceas.
iv. Entre interventores y albaceas.
v. Entre coalbaceas.
vi. Entre herederos minoritarios y herederos mayoritarios cuando existen coalbaceas.

VI. Disputas generadas en la partición de la herencia y porciones hereditarias.

i. Entre legatarios y herederos

ii. Entre coherederos

VII. Cuestiones con el incumplimiento de condiciones, modos o términos establecidos en el testamento.

Normalmente, en un juicio sucesorio estas son cuestiones incidentales, es decir, que se tramitan como incidentes procesales tras interponerse una demanda incidental sobre el proceso principal para que se lleve un procedimiento intermedio durante el juicio que concluirá con una sentencia interlocutoria. La desventaja aquí es la gran cantidad de excepciones que pueden oponerse en un caso así, máxime cuando hay pruebas que desahogar. En consecuencia, el juicio principal podría alargarse mucho en primera instancia, ahora tómese en cuenta cuánto más podría durar si se recurren a las apelaciones.

Estas “cuestiones” son las que podría prevenir el testador al disponer de una cláusula arbitral en el testamento, escalonada de preferencia. Ello, en vez de que se ventilen como si fuesen incidentes. Así, podría tramitarse la sucesión de manera convencional, ya sea judicial o notarialmente, y que los conflictos se gestionen en arbitraje. Eso sí, las demandas arbitrales deben referir a la cláusula arbitral (que deberá estar bien redactada para que no existan problemas de ejecución) y, en Michoacán, mientras no haya una reforma en donde se disponga lo contrario, debe acudirse a la asistencia judicial para nombrar a un árbitro.

Si el testador no dispone ninguna cláusula arbitral o si se trata de un intestamentario, los sucesores pueden, de igual manera, someterse, tanto a la

facilitación como al arbitraje, o a ambas. Esto puede ser antes, durante o después del juicio. Si es a facilitación, se suspenderá el proceso por sesenta días, y si es a arbitraje la ley adjetiva civil en Michoacán faculta a las partes a comprometerse en árbitros mientras se ventila el juicio en arena judicial.

Lo importante es valorar el costo-oportunidad que comporta acudir a la Justicia Alternativa, si es posible tomar la decisión, pues en caso del arbitraje testamentario, dicha decisión la tomará el autor de la herencia.

González de Cossío también propone que es posible llevar a cabo todo el procedimiento arbitral testamentario ante un notario público, de hecho, se podría incoar, tras una reforma, un procedimiento testamentario o intestamentario arbitral-notarial con las mismas formalidades que se piden actualmente al llevar una sucesión notarial y que, las controversias que surjan, sean ventiladas ahí mismo por el notario-árbitro. Asimismo, la escritura de partición y adjudicación podría tener también el carácter de “laudo”. Haré una propuesta similar más adelante.

### 4.5.1. ¿Quién puede ser árbitro en una controversia sucesoria?

Es una gran pregunta cuya respuesta no encontramos con claridad en ningún lado, claro, para el caso de México o Michoacán. La ley adjetiva sólo dice que puede ser nombrado por el testador o por los participantes, en el caso del último supuesto, deberá, además, haber autorización judicial.

Puede ser que el testador nombre directamente al árbitro, pero pueden suceder muchas cosas antes de que se llegaren a necesitar sus servicios, pues podría no ser capaz, competente, o quizás, podría ya no estar viva la persona instituida como árbitro. Además, ya he dicho las razones por las cuáles no se debería nombrar al tribunal arbitral (unitario o colegiado) en la cláusula arbitral,

lo mismo aplica para la cláusula compromisoria en el testamento, no es lo ideal porque se deja al posible conflicto en un verdadero estado de incertidumbre.

Puede el albacea ser árbitro si así lo dispone el testador, pero no es lo más recomendable. Además, habría un evidente interés en el juicio aunque este no tenga ningún derecho sucesorio y podría recusársele del cargo, si así no se hiciere, evidentemente ello sería más un problema que una solución. Bajo este tenor, ni herederos ni legatarios pueden ser árbitros.

Así como cualquier tercero, un albacea puede nombrar árbitros o a un árbitro si así lo dispuso el *de cujus*, sí, sólo si ello está escrito en el testamento, así se estaría cumpliendo la voluntad del autor de la herencia. De otra manera, puede ser que el albacea tenga esa posibilidad cuando la designación arbitral se hace de consuno con los sucesores y, dado el caso, sus tutores e interventores. Si no se llegare a un acuerdo, deberá ser entonces el juez quien designe al tribunal arbitral, como lo dice en la ley mexicana de arbitraje.

Las leyes tampoco explican de qué manera podría llevarse un procedimiento arbitral en caso de que existiera una cláusula compromisoria testamentario o si se pactare un acuerdo arbitral entre sucesores. Así que, como no hay nada prohibido, está permitido llevar a cabo un arbitraje *ad hoc* o uno institucional. Estas dos viabilidades abren mucho más el abanico de posibilidades en cuanto a quién puede ser el árbitro en los conflictos sucesorios.

### 4.5.2. Propuesta: Procedimientos arbitrales *ad hoc* en materia sucesoria. Arbitraje Notarial.

Si bien un procedimiento *ad hoc* puede ser llevado a cabo por prácticamente cualquier persona capaz, resulta lógico y necesario que sea un profesional quien se haga cargo del mecanismo.

La intervención notarial en las sucesiones es un hecho. Mientras no exista una controversia, puede tramitarse la sucesión testamentaria e intestamentaria ante Notario Público. La reciente reforma del 30 de junio del 2020 a la Ley de Justicia Alternativa y Restaurativa del Estado de Michoacán, faculta a los Notarios Públicos como conciliadores (anteriormente la LJAR ya los facultaba como mediadores), esto es un gran avance, pues significa que podrían llegar a ser decisores en mecanismos de heterocomposición, lo cual es un excelente argumento para dar el siguiente paso, habilitarlos como árbitros.

Las opciones para las partes podrían ser acudir a una institución arbitral con la expectativa de encontrar a un experto cuyo perfil encaje con sus necesidades, pero en el territorio nacional ni siquiera hay instituciones arbitrales que trabajen con disputas sucesorias. Otra opción podría ser nombrar a un abogado versado en la materia que funja como árbitro *ad hoc*, ello sería lo ideal dentro de las posibilidades hoy existentes, eso serviría para cumplimentar una eventual cláusula arbitral. De no haber cláusula compromisoria, entiendo que las partes decidan que es mejor acudir a la jurisdicción del Estado, vamos, es más fácil.

En la actualidad un Notario no se encuentra facultado para fungir como árbitro, pero podría ser que coadyuve en un procedimiento arbitral para escriturar y protocolizar las actuaciones del juicio arbitral, máxime cuando se deba actuar en lo tocante a la partición y adjudicación de los bienes de la sucesión. También, podría actuar como facilitador. Así pues, podría llevarse la tramitación de la sucesión por vía notarial y acudir a un abogado que funja como árbitro en caso de existir una controversia.

Una clarificación de la normativa arbitral sería lo más loable para darle certeza y seriedad a la materia, los retos son muchos en cuanto a otorgar

mayor cobertura a las perspectivas que este tema genera. Enumeraré propuestas tocantes a la “clarificación normativa arbitral” que menciono:

I. Debe descodificarse la ley arbitral mexicana. El hecho de que las reglas de arbitraje con mayor jerarquía en la federación sigan encontrándose en el Código de Comercio, genera un concepto erróneo de las materias arbitrales e imposibilitan la práctica genérica. Al haber una decodificación, se tendría que elaborar una ley nacional de arbitraje que explicara con claridad aquellos derechos disponibles susceptibles a ser arbitrables; además, habría que integrar expresamente en dicha ley el arbitraje testamentario, eso posibilitaría esta práctica en todo el territorio nacional.

II. Tanto el Código de Comercio como el Código de Procedimientos Civiles prevén un procedimiento arbitral, de decodificarse del Código de Comercio, podría preverse un procedimiento en una ley independiente de arbitraje que observe cómo puede llevarse a cabo un arbitraje en materia sucesoria, eso ayudaría mucho a los operadores del mecanismo a tener una base procesal para concluir con éxito el arbitraje. En estos casos, podría aplicarse de forma supletoria el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Michoacán.

III. Tácitamente, la Ley del Notariado ya prevé la función de facilitación del Notario; expresamente, lo hace la Ley de Justicia Alternativa y Restaurativa del Estado de Michoacán. Esto indica que el Notario puede ser conciliador; por lo tanto, podrían reformarse estas dos leyes para incluir al arbitraje notarial en materia sucesoria, así como las cláusulas arbitrales en el testamento y a las cláusulas escalonadas.

De esta manera, podría tramitarse notarialmente la sucesión y, en caso de controversia, facilitarse y arbitrarse ante el mismo notario.

El arbitraje notarial sería un procedimiento *ad hoc*, para hacerlo posible, es necesario un paquete de reformas legales tanto a nivel federal, como estatal, esto, con la finalidad de descodificar al arbitraje del Código de Comercio, pues la necesidad de una Ley (independiente) Nacional de Arbitraje se ha tornado imperiosa. Dicha ley podría ser de aplicación para arbitrajes llevados a cabo en todos los Estados de la República y sus leyes civiles procedimentales sólo serían de observancia supletoria.

En Michoacán, una alternativa viable, más sencilla y rápida a todo esto, sería una reforma integral al Título Décimocuarto, sobre el juicio arbitral, del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Michoacán:

Propongo una reforma al artículo 929 para facultar a Notarios Públicos como árbitros:

**TEXTO ACTUAL:**

Artículo 929. El compromiso designará el negocio o negocios que se sujeten a juicio arbitral y el nombre de los árbitros. Si falta el primer elemento, el compromiso es nulo de pleno derecho, sin necesidad de previa declaración judicial.

Cuando no se hayan designado los árbitros, se entiende que se reservan hacerlo con intervención judicial, como se previene en los artículos siguientes.

**PROPUESTA DE REFORMA**

Artículo 929. El compromiso designará el negocio o negocios que se sujeten a juicio arbitral y el nombre de los árbitros**, quienes pueden ser Notarios Públicos**. Si falta el primer elemento, el compromiso es nulo de pleno derecho, sin necesidad de previa declaración judicial.

**Todo Notario Público designado como árbitro debe tener constancia que acredite estudios teóricos y prácticos especializados en la materia reconocidos por las autoridades educativas o con constancia expedida por el Poder Judicial.**

Cuando no se hayan designado los árbitros, se entiende que se reservan hacerlo con intervención judicial, como se previene en los artículos siguientes.

Asimismo, es necesario habilitar al Notario desde la Ley del Notariado para el Estado de Michoacán. Propongo las siguientes reformas legales:

Artículo 4.

**TEXTO ACTUAL**

Articulo 4. El notario, además de ejercer su función, solamente podrá:

I.- Aceptar cargos docentes;

II.- Representar instituciones de beneficencia pública o privada;

III.- Resolver consultas jurídicas relacionadas exclusivamente con su función, verbalmente o por escrito;

IV.- Ser mandatario de su cónyuge, ascendientes, descendientes en línea recta, y desempeñar la tutela y curatela legítima;

V.- Redactar y formular proyectos de escrituras, contratos privados, reglamentos, estatutos y cualquier clase de documentos, relacionados con su función; y,

VI.- Patrocinar a los interesados en los procedimientos administrativos necesarios para el otorgamiento, registro y trámites fiscales de las escrituras que otorgare.

**PROPUESTA DE REFORMA**

Articulo 4. El notario, además de ejercer su función, solamente podrá:

I.- Aceptar cargos docentes;

II.- Representar instituciones de beneficencia pública o privada;

III.- Resolver consultas jurídicas relacionadas exclusivamente con su función, verbalmente o por escrito;

IV.- Ser mandatario de su cónyuge, ascendientes, descendientes en línea recta, y desempeñar la tutela y curatela legítima;

V.- Redactar y formular proyectos de escrituras, contratos privados, reglamentos, estatutos y cualquier clase de documentos, relacionados con su función; ~~y,~~

VI.- Patrocinar a los interesados en los procedimientos administrativos necesarios para el otorgamiento, registro y trámites fiscales de las escrituras que otorgare; **y,**

**VII.- Fungir como árbitro en procedimientos arbitrales llevados a cabo en su Notaría.**

Artículo 151.

**TEXTO ACTUAL**

Artículo 151. Los notarios, en forma concurrente con la autoridad jurisdiccional y administrativa según corresponda, podrán autorizar los actos y dar fe de los hechos que a continuación se enumeran, siempre y cuando no se haya promovido o se promueva, durante su trámite, cuestión alguna entre partes determinadas:

I. Sucesiones, en los términos del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Michoacán de Ocampo;

II. Divorcio notarial, en los términos del Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo;

III. Mecanismos alternativos de solución de controversias, en los términos de la Ley de Justicia Alternativa y Restaurativa del Estado de Michoacán; y,

IV. Jurisdicción voluntaria, cuando así lo autorice expresamente el Juez en el asunto de que se trate, a petición de los interesados. En el trámite y substanciación de los procedimientos señalados en las fracciones I, II y III, anteriores, los notarios se sujetarán a la normativa de este

título y demás disposiciones aplicables consignadas en esta Ley, teniendo aplicación supletoria, en lo que no se contrapongan y sean acordes con su naturaleza, las disposiciones relativas a la jurisdicción voluntaria o vía de autorización señaladas en la normatividad de referencia del párrafo anterior y demás ordenamientos aplicables. Por lo que ve a la fracción IV, se ajustarán a lo que indique el Juez en el asunto de que se trate y, en su caso, a lo señalado para las fracciones I, II y III referidas.

En caso de suscitarse controversia irreconciliable entre las partes durante la tramitación de los asuntos señalados, de forma inmediata el notario deberá de turnar el asunto al órgano jurisdiccional o autoridad competente.

**PROPUESTA DE REFORMA**

Artículo 151. Los notarios, en forma concurrente con la autoridad jurisdiccional y administrativa según corresponda, podrán autorizar los actos y dar fe de los hechos que a continuación se enumeran, siempre y cuando no se haya promovido o se promueva **jurisdiccionalmente**, durante su trámite, cuestión alguna entre partes determinadas:

I. Sucesiones, en los términos del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Michoacán de Ocampo;

II. Divorcio notarial, en los términos del Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo;

III. Mecanismos alternativos de solución de controversias, en los términos de la Ley de Justicia Alternativa y Restaurativa del Estado de Michoacán; y,

IV. Jurisdicción voluntaria, cuando así lo autorice expresamente el Juez en el asunto de que se trate, a petición de los interesados. En el trámite y substanciación de los procedimientos señalados en las fracciones I, II y III, anteriores, los notarios se sujetarán a la normativa de este título y demás disposiciones aplicables consignadas en esta Ley, teniendo aplicación supletoria, en lo que no se contrapongan y sean acordes con su naturaleza, las disposiciones relativas a la jurisdicción voluntaria o vía de autorización señaladas en la normatividad de referencia del párrafo anterior y demás ordenamientos aplicables. Por lo que ve a la fracción IV, se ajustarán a lo que indique el Juez en el asunto de que se trate y, en su caso, a lo señalado para las fracciones I, II y III referidas.

En caso de suscitarse controversia irreconciliable entre las partes durante la tramitación de los asuntos señalados, cuando **las partes no requieran de un arbitraje**, de forma inmediata el notario deberá de turnar el asunto al órgano jurisdiccional o autoridad competente.

## Artículo 152.

**TEXTO ACTUAL**

Artículo 152. Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 1129 del Código de Procedimientos Civiles, las sucesiones en las que no hubiere controversia alguna y cuyos herederos fueren mayores de edad, menores emancipados o personas jurídicas, podrán tramitarse ante Notario. El que se oponga al trámite de una sucesión, o crea tener derechos contra ella, los deducirá conforme lo previene el Código de Procedimientos Civiles.

El Juez competente, de estimarlo procedente, lo comunicará al Notario para que, en su caso, a partir de esa comunicación se abstenga de proseguir con la tramitación.

**PROPUESTA DE REFORMA**

Artículo 152. Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 1129 del Código de Procedimientos Civiles, las sucesiones en las que no hubiere controversia alguna y cuyos herederos fueren mayores de edad, menores emancipados o personas jurídicas, podrán tramitarse ante Notario**, a menos de que las partes decidan someter sus controversias ante Notario en su función como árbitro**. El que se oponga al trámite de una sucesión, o crea tener derechos contra ella, los deducirá conforme lo previene el Código de Procedimientos Civiles.

El Juez competente, de estimarlo procedente, lo comunicará al Notario para que, en su caso, a partir de esa comunicación se abstenga de proseguir con la tramitación**, mientras las partes no decidan continuar con el arbitraje notrarial.**

IV. Una reforma al artículo 921 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Michoacán le daría mayor validez jurídica a la aplicación de cláusulas escalonadas. El punto sólo es mencionar que las partes pueden someter su controversia a Justicia Alternativa antes de acudir al arbitraje. La decisión de hacerlo independiente o en conjunto con el procedimiento arbitral sería únicamente de los participantes.

**TEXTO ACTUAL**

Artículo 921. El compromiso puede celebrarse antes de que haya juicio, durante éste y después de sentenciado, sea cual fuere el estado en que se encuentre.

El compromiso posterior a la sentencia irrevocable, sólo tendrá lugar, si los interesados la conocieren y renuncian expresamente los derechos que ella les otorga.

**PROPUESTA DE REFORMA**

Artículo 921. El compromiso puede celebrarse antes de que haya juicio, durante éste y después de sentenciado, sea cual fuere el estado en que se encuentre.

**En el compromiso, las partes pueden acordar someter previamente sus negocios a Mecanismos alternativos de solución de controversias, en los términos de la Ley de Justicia Alternativa y Restaurativa del Estado de Michoacán.**

El compromiso posterior a la sentencia irrevocable, sólo tendrá lugar, si los interesados la conocieren y renuncian expresamente los derechos que ella les otorga.

### 4.5.3. Propuesta: Procedimientos arbitrales institucionales en materia sucesoria.

Comentaba que no existe ninguna institución abocada al arbitraje de conflictos en materia sucesoria, la posibilidad de instaurar una es factible. Antes de comentar sobre qué tipo de instituciones arbitrales podrían conocer sobre la materia sucesoria, deben dejarse en claro las siguientes cuestiones:

I. Un arbitraje en materia sucesoria, para llevarse a cabo institucionalmente, requiere de árbitros expertos en la materia y de varios operadores que funjan como coadyuvantes en el procedimiento.

II. Una institución arbitral, ya sea pública o privada, requiere de un plan de financiamiento fuerte para mantener a toda la plantilla de trabajadores y expertos.

III. Una institución arbitral en donde se diriman conflictos en los que participen miembros de un mismo grupo familiar debe contar con facilitadores no árbitros para que se tenga la opción de intentar transigir antes del arbitraje.

IV. Una institución arbitral requiere de un reglamento propio.

V. En el momento en que una institución arbitral conozca de un conflicto en materia sucesoria debe cerciorarse de su arbitrabilidad y de la genuina existencia de una controversia. No puede tramitarse extrajudicialmente una sucesión ante una institución arbitral cuando no hay controversias. En este caso, de tener que cumplimentar una cláusula compromisoria, debe hacerse únicamente cuando haya un conflicto.

La institución puede ser pública o privada; de ser pública, podría estar a cargo del poder ejecutivo para que guarde su extrajudicialidad, así los tribunales arbitrales estarían conformados por funcionarios del poder ejecutivo. Considero que una institución arbitral pública abocada únicamente a la materia sucesoria sería un costo innecesario para los contribuyentes, a menos de que los procedimientos sean onerosos. Soy de la idea de que una institución arbitral pública debe abarcar todas las materias arbitrables y tener un respaldo normativo en una ley nacional de arbitraje independiente del Código de Comercio además de tener un reglamento propio.

Se puede lograr una verdadera implementación de arbitrajes institucionales en materia sucesoria mientras exista presencia en varias ciudades importantes, por esta razón sería igualmente mejor la decodificación de la materia arbitral en el Código de Comercio, para que las instituciones tengan una ley arbitral genérica en la cual basarse.

**Conclusiones preliminares del Capítulo.**

Cuando se está ante un conflicto sucesorio, es importante conocer qué tan propicia es la posibilidad de someterlo a una heterocomposición. En ocasiones, es un gran ahorro emocional y económico el acudir a la Justicia Alternativa para autocomponer controversias. Si la autocomposición no funciona, también existen medidas heterocompositivas extrajudiciales que comportan, de igual manera, grandes ahorros. El arbitraje es la más común.

Este capítulo es la conclusión de la conjunción de varios temas muy importantes que logran fundamentar, más allá de una posibilidad, la necesidad de preparar a la sociedad y al orden jurídico, para que se comiencen a adoptar nuevos paradigmas en la administración de justicia. Esto, con la finalidad principal de humanizar al Derecho.

**Opinión del Dr. Jaime Darío Oseguera Méndez, Notario Público 182 del Distrito Judicial de Morelia.**

El Dr. Jaime Darío Oseguera Méndez, interesado en la innovación en el Derecho y en la administración de justicia, ha opinado acerca de la implementación de la mediación en conflictos sucesorios llevados a cabo ante Notario Público:

*Los notarios estamos recientemente habilitados para desarrollar juicios sucesorios testamentarios en intentaremos notariales; de la reforma de hace dos años, se derivó una serie de elementos y compromisos para que los juicios sucesorios se puedan desarrollar en la notaría con la finalidad de desahogar a los juzgados y de eliminar controversias que puedan surgir entre los propios herederos o presuntos herederos.*

*Recientemente se reformó la Ley del Notariado y la de Justicia Alternativa para habilitar a los notarios como mediadores, siempre cuando se certifiquen para fungir en casos donde las controversias puedan ser dirimidas por un perito en materia jurídica, como es el caso de los notarios, sin que intervengan, necesariamente, otro tipo de peritos; de manera que podemos desarrollar capacidades de mediación en nuestro oficio público. Las reformas pudieran acercarse y tener una posibilidad para que cuando exista alguna controversia en un juicio sucesorio desarrollado ante notario, por la interpretación del testamento, por la secuencia de derechos de herederos o por alguna otra cuestión, la ley habilite al notario para que en su propia acta de mediación resuelva algunos de los problemas que se presenten con la limitación de que no sean controversias es que involucren a incapaces o a menores cuyas consecuencias tendría que en en todo caso a resolverse por la vía judicial o que el juez al designar a un mediador para resolver alguna controversia.*

# CONCLUSIONES

Al comenzar mis estudios de licenciatura me preguntaba continuamente ¿por qué la facultad es de Derecho y *Ciencias Sociales*? La respuesta en sí no está en la currícula, sino en el sentido crítico de sus estudiantes y profesores, ya que en el ambiente académico es palpable una especial dedicación a encontrar respuestas a problemas jurídicos en el análisis de la sociedad. Este es el humanismo que caracteriza a nuestra Universidad, el cual, también he plasmado en esta obra al observar ciertos fenómenos sociales como la convivencia familiar, los conflictos familiares o la conflictividad en en seno de la familia.

Comencé a escribir esta Tesis sin calcular qué tan profundo sería mi discurrimiento sociológico para analizar los conflictos y la conflictividad en las familias. El primer problema que se me presentó fue el método, así que comencé a desglosar todos los elementos jurídicos y antropológicos básicos que componen el constructo social de “familia”. Esto fue de especial importancia para posteriormente reafirmar que las formas de ser familia son incalculables y que la convivencia de estas depende mucho del medio ambiente en el que se desenvuelven, por esta razón, consideré que observar el desarrollo de los conflictos o la conflictividad entre sus miembros es más visible desde la óptica de la psicología social.

Mi idea fue mirar al individuo como una esponja que se nutre de su entorno y que eso condiciona su manera de actuar en un conflicto. Admito que fue una postura parcial y que hace falta un mejor análisis desde el área de la Psicopatología y la Neurociencia para complementar, ya que, conociendo integralmente el *genograma familiar* de las partes en conflicto, es más sencillo abordarlo para gestionarlo.

El sentido de la interdisciplinariedad de esta Tesis es tener una base concreta en la cual apoyar mi propuesta de implementación de una Justicia Alternativa y la formalización del arbitraje en materia sucesoria. Los ejes en los que me basé fueron:

I. En la Psicología social para el estudio del individuo.

II. En la Sociología para observar su desarrollo en el seno familiar, así como los roles familiares.

III. En la Conflictología para determinar los elementos y características del conflicto y la conflictividad en las controversias sucesorias.

IV. En las Matemáticas para demostrar la que los conflictos son fractales.

V. En el Derecho para proponer vías alternas y más adecuadas para la gestión y solución de conflictos en materia sucesoria.

Hablar de Justicia Alternativa abre nuevos caminos para explorar e indagar sobre cómo se puede evolucionar la manera de administrar justicia. Yo no he propuesto nada nuevo, únicamente he acercado a nuestra realidad jurídica una manera viable de gestionar conflictos sucesorios para desahogar a la muy congestionada justicia del Estado y para que las partes obtengan grandes beneficios del ahorro en lo económico y en lo emocional que representaría no someterse a un desgastante procedimiento judicial. Este ha sido mi primer aporte al tema de la Justicia Alternativa y no será el último.

Por otro lado, a lo largo de toda esta Tesis se pueden leer conclusiones y propuestas diseminadas, este es un compendio las conclusiones más importantes:

Primera. Es necesaria una formación interdisciplinaria e integral en los operadores de justicia del Estado. La formación psicológica es elemental.

El conocimiento del ambiente ecológico en el cual se han desarrollado los justiciables ayudaría mucho en que las sentencias tengan un sentido más humano.

Segunda. Al gestionar un conflicto, es necesario tratar de llegar al fondo del mismo para evitar la repetición de ciclos conflictivos. Máxime si el conflicto se desarrolla en el seno familiar.

Tercera. Para lograr lo descrito en la conlusión segunda, los conflictos deben tratarse como fractales. Dada la ingente carga de trabajo de los tribunales del Estado, dar paso a la aplicación masiva de la Justicia Alternativa es, por el momento, la manera más correcta de atender cada conflicto de una manera integral.

Cuarta. El Derecho Arbitral no se encuentra regulado correctamente en México ni en Michoacán. Es necesario descodificar la ley arbitral mexicana del Código de Comercio.

Quinta. El arbitraje en materia sucesoria es aplicable en el orden jurídico mexicano. La razón es que su arbitrabilidad está expresamente facultada en las leyes adjetivas cuando se trata de derechos disponibles y renunciables.

Sexta. En Michoacán, los jueces deben ser meros coadyuvantes de los árbitros. Por ningún motivo se debería necesitar su permiso para someter cuestiones sucesorias a arbitraje.

Séptima. Debe tomarse como ejemplo el éxito de la figura arbitral en materia sucesoria en otros países. Una aplicación práctica de esta figura, como se realiza en España, sería un objetivo a seguir.

Octava. Las consecuencias de la redacción de cláusulas arbitrales en los testamentos aún no están probadas judicialmente.

Novena. Es recomendable la inclusión de cláusulas escalonadas en los acuerdos arbitrales testamentarios.

Décima. Los notarios públicos tienen el perfil idóneo para fungir como árbitros en materia sucesoria.

## PROPUESTAS

Primera. La propuesta principal, la cual comporta la finalidad de mi investigación, consiste, *grosso modo*, en llevar a cabo mediante mecanismos de Justicia Alternativa los conflictos emanados de la sucesión *mortis causa*.

Segunda. Dichos mecanismos de justicia alternativa pueden ser autocompositivos o heterocompositivos.

En cuanto a los autocompositivos, propongo la utilización de la mediación y conciliación, pues resultan óptimos para solucionar puntos controvertidos de un conflicto sucesorio, aunque o ideal sería que, mediante estos mecanismos, se evite un litigio sucesorio en tribunales del Estado o ante algún tribunal arbitral.

Existen situaciones de conflicto muy sensibles en las que las partes no son capaces de lograr acuerdos por sí mismas, entonces se torna necesario acudir a la heterocomposición; no obstante ello, mientras más cuestiones se gestionen exitosamente en una mediación o conciliación, más focalizado será el procedimiento heterocompositivo para resolver los demás puntos controvertidos.

En cuanto a los heterocompositivos, es viable arbitrar los conflictos sucesorios que la ley permita. Propongo llevar a cabo juicios arbitrales en materia sucesoria.

Tercera. Para mediar o conciliar una controversia sucesoria, es necesaria la intervención de un facilitador. Considero adecuado que, conforme a lo estipulado en la LJAR, sea un Notario especializado quien funja como facilitador en estos casos. Este podría ser quien ha tomado el testamento del autor de la

herencia, pues sería quien conoce más del caso. También podrían serlo todos los demás facilitadores facultados por la LJAR.

Cuarta. Arbitrar controversias sucesorias es viable tanto en procedimientos *ad hoc*, como institucionales. Propongo que los *ad hoc* se lleven a cabo ante un Notario Público (en la notaría) y los institucionales, tal y como sucede en Alemania, ante instituciones públicas y privadas especializadas en arbitraje en materia sucesoria.

El hecho de que una institución pública (del Poder Ejecutivo, por ejemplo) realice juicios abitrales, no significa que el procedimiento deba estar subvencionado, considero que el derecho humano a la impartición gratuita de justicia es menester del Poder Judicial. Si alguien requiere de arbitraje es porque la cuantía de su negocio se lo permite, esto podría coadyuvar a la recaudación financiera del Estado.

Quinta. En la ley ya se contempla que árbitros institucionales puedan participar en la resolución de controversias. Considero, aún así, que es importante redactar reglamentos que regulen el funcionamiento de aquellos centros de arbitraje (públicos o privados) para que sus procedimientos se lleven a cabo conforme a la legislación procesal.

Sexta. Es necesario reformar la Ley del Notariado y la Ley de Justicia Alternativa y Restaurativa del Estado de Michoacán, para que los notarios públicos puedan desempeñarse como árbitros e intervenir en conflictos sucesorios. Dicha propuesta de reforma está desglosada en el capítulo cuarto.

Séptima. Asimismo, propongo que se hagan reformas al Código de Procedimientos Civiles del Estado de Michoacán, con la finalidad de independizar más a la figura arbitral en el Estado y dejar a la judicatura como mera coadyuvante para hacer cumplir las disposiciones arbitrales.

## FUENTES DE INFORMACIÓN

### a) Bibliografía


i. ARCIGA RODRIGUEZ, María Leonor*, Sucesión por Causa de Muerte*, Ed. Cienpozuelos, S.A., 2016, México.

ii. BROM, Juan, *Esbozo de historia universal*, 23ª ed. Ed. Grijalbo, 2012, México.

iii. BRONFENBRENNER, Urie, *La ecología del desarrollo humano*, Ed. Paidós, 1987, España.

iv. CAMPBELL, Federico, *La invención del poder*, Ed. Aguilar, 1994, México.

v. CASTRESANA, Luis Felipe; RUIZ, RISUEÑO, Francisco; STAMPA, Gonzalo; FERNÁNDEZ, ROZAS, José Carlos, *Manual de Arbitraje*, Ed. Tirant lo Blanch, 2017, España.

vi. CLAY, Thomas, *L'Arbitre*, Ed. Dalloz, 2000, Francia.

vii. COSSÍO, DÍAZ, José Ramón, Prólogo de: GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *El Arbitraje y la Judicatura*, Ed. Porrúa, 2007, México.

viii. DÍAZ, Luis Miguel, *Arbitraje: Privatización de la justicia*, 3ª ed. Ed. Themis, 2004, México.

ix. FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris, vol. 2 Teoría de la democracia*, 2ª ed. Ed. Trotta, 2016, España.

x. FUKUYAMA, Francis, *La Gran Ruptura*, Ed. Atlántida, 1999, España.

xi. GONZÁLEZ, DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, 5ª ed. Ed. Porrúa, 2018, México.

xii. LORENZ, Konrad, *Das sogenannte Böse*, 25ª ed. Ed. Deutscher Taschenbuchverlag, 2007, Alemania.

xiii. MOSCOVICI, Serge, *Psicología Social, I: Influencia y cambio de actitudes. Individuos y Grupos*, Ed. Paidós, 1991, España.
xiv. OVALLE FAVELA, José, *Derecho Procesal Civil*, 10ª ed. Ed. Oxfortd University Press, 2013, México.
xv. PICARD, Dominique y MARC, Edmond, *Petit traité des conflits ordinaires*, Ed. Seuil, 2006, Francia.
xvi. REDORTA, Josep, *Cómo analizar los conflictos*, 2ª ed. Ed. Paidós, 2007, España.
xvii. ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil, Tomo II, Bienes, derechos reales y sucesiones*, 44ª ed. Ed. Porrúa, 2012, México.
xviii. ROMÁN, LÓPEZ, Carlos Dante, *Arbitraje en Materia Sucesoria*, Ed. Editorial Académica Española, España, 2013.
xix. SCHMITT, Carl, *Teoría del partisano*, Ed. Trotta, 2013, España.
xx. URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo, *Derecho arbitral mexicano*, Ed. Porrúa, 2006, México.
xxi. VILALTA, NICUESA, Aura Esther, *Mediación y Arbitraje Electrónicos*, Ed. Aranzadi, SA, 2013, España.
xxii. VINYAMATA CAMP, Eduard, *Conflictología*, 5ª ed. Ed. Planeta S.A., 2014, España.

**b) Revistas jurídicas**

i. CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo, *La contraposición entre derecho y poder desde la perspectiva del control de constitucionalidad en Kelsen y Schmitt*, en: Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, No. 15, julio – diciembre 2006, p. 48.

**c) Diccionarios y enciclopedias**


i. COSACOV, Eduardo, *Diccionario de términos técnicos de la Psicología*, 3ª ed. Ed. Brujas, 2007, Argentina.

ii. Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española.

iii. Diccionario de Sociología, Ed. Ediciones Paulinas, 1986, España.

iv. Diccionario Jurídico Mexicano Diccionario Jurídico Mexicano, Ed. Porrúa e IIJ-UNAM, 2017, México.

v. GALIMBERTI, Umberto, *Diccionario de Psicología*, Ed. Siglo veintiuno editores, s.a. de c.v., 2002, México.

vi. PALLARES, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, 29ª ed. Ed. Porrúa, 2012, México.

vii. WEINER, B. Irving y CREIGHEAD, W. Edward, (editores), *The Corsini Encyclopedia of Psychology*.


**d) Legislativa**

i. Plano nacional

I. Legislación federal.

A. Código Civil Federal.

B. Código de Comercio.

C. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

II. Legislación estatal**.**

A. Código Civil para el Estado de Michoacán.

B. Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Michoacán.

C. Ley del Notariado del Estado de Michoacán.

D. Ley de Justicia Alternativa y Restaurativa del Estado de Michoacán.

III. Legislación Internacional.

A. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.

IV. Legislación Extranjera.

A. Alemania.

1. Zivilprozessordnung (Código de Procedimientos Civiles).

B. Austria.

1. Zivilprozessordnung (Código de Procedimientos Civiles).

C. Bolivia.

1. Ley No. 1770 de Arbitraje y Conciliación.

D. Estados Unidos de América.

1. Federal Arbitration Act (Ley Federal de Arbitraje).

E. España:

1. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.
2. Código Civil de España.
3. Código Civil de Cataluña

F. Honduras.

1. Ley de Conciliación y Arbitraje.

**e) Tratados Internacionales**.

i. Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras.

**f) Cibernéticas.**


i. *¿Te suena familiar? La familia que hemos construido*, [en línea], <https://www.unicef.cl/centrodoc/tesuenafamiliar/06%20Construido.pdf>, p.p. 24, 25, 2003, [Fecha de consulta: 6 de abril de 2020].

ii. ANDREU RODRÍGUEZ, José Manuel, *Propuesta de un modelo integrador de la agresividad impulsiva y premeditada en función de sus bases motivacionales y socio-cognitivas*, en: Psicopatología Clínica Legal y Forense, [En línea], Vol. 9, <https://masterforense.com/pdf/2009/2009art5.pdf>, p. 85, 2009, [Fecha de consulta: 22 de mayo de 2020].

iii. ANITA, HERNÁNDEZ, Luis Fernando, *La Audiencia Preliminar: Factor de previsibilidad en la organización y depuración del procedimiento en el Arbitraje Comercial Internacional en Sede Mexicana*, [En línea]. <http://bibliotecavirtual.dgb.umich.mx:8083/xmlui/bitstream/handle/DG B_UMICH/530/FDCS-M-2013-0415.pdf?sequence=1> [Fecha de consulta 1 de mayo de 2020].

iv. Boletín de Noticias CONAPRED. *Existen en México Tres Grupos de Familias con 11 Variantes: Estudio de la UNAM*, [en línea] <https://www.conapred.org.mx/index.php?contenido=noticias&id=6051&id_opcion=&op=214>, p. 1, 2016, [Fecha de consulta: 7 de abril de 2020].

v. CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel, *Familia, Constitución y Derechos Fundamentales*, en: desconocido, [en línea] <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2287/7.pdf> p.86, año desconocido, [Fecha de consulta: 15 de abril de 2020].

vi. CHAPI, MORI, Jorge Luis, *Una revisión psicológica a las teorías de la agresividad*, en: Revista Electrónica de Psicología Iztacala, [en línea], No. 1, Vol. 15,

<http://revistas.unam.mx/index.php/repi/article/viewFile/30905/28638&g t>; 2012, [Fecha de consulta: 7 de mayo de 2020].

vii. COHEN R., Tayra, *Conflict Resolution*, en: The Corsini Encyclopedia of Psychology, [en línea], <https://doi.org/10.1002/9780470479216.corpsy0219>, p.1, 2010, [Fecha de consulta: 6 de mayo de 2020].

viii. ESQUIVEL SOLÍS, Edgar. y CHÁVEZ BECKER, Carlos. La Sociedad Civil. En: SÁNCHEZ DE LA BARQUERA Y ARROYO, Herminio, editor: *Antologías para el estudio y la enseñanza de la ciencia política. Volumen II: Régimen político, sociedad civil y política internacional*, [en línea], <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4311/25.pdf>, p.p. 208 - 209, 2017, [Fecha de consulta: 1 de abril de 2020].

ix. GOMÁ, LANZÓN, Ignacio, *Arbitraje en el derecho sucesorio. Arbitraje testamentaio*, en: El Notario del Siglo XXI [en línea], No. 50, <https://www.elnotario.es/images/pdf/ARBITRAJE_DERECHO_SUCESORIO.pdf>, [Fecha de consulta: 7 de mayo de 2020].

x. GRAYSON, M.P. McCouch, *Another Perspective on Testamentary Arbitration*, en: Florida Law Review Forum [en línea], Vol. 68, <http://www.floridalawreview.com/wpcontent/uploads/McCouch_Published.pdf>, [Fecha de consulta: 7 de mayo de 2020].

xi. GÜITRÓN, FUENTEVILLA, Julián, *Derecho familiar jurisprudencial mexicano*, en: Revista de la Facultad de Derecho de México, [en línea], Vol. 65, No. 264, <http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2015.264>, 2015, p.p. 17-18, 2015, [Fecha de consulta: 7 de abril de 2020].

xii. GÜITRÓN FUENTEVILLA, Julián, *Naturaleza Jurídica del Derecho Familiar*, en: Revista de la Facultad de Derecho de México, p. 271, [en línea], Vol. 60, No. 260,

<http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2013.260>, 2013, [Fecha de consulta: 7 de abril de 2020].

xiii. HORTON, David, *The Federal Arbitration Act and Testamentary Instruments*, en: North Carolina Law Review [en línea], No. 4, Vol. 90, <http://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol90/iss4/3>, 2012, [Fecha de consulta: 7 de mayo de 2020].

xiv. ISLAS MONTES, Roberto, *Principios jurídicos, en: Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, [en línea], 17.º año. <https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=3817e4fa-c150-0e3b-dd73-c0d096e10d95&groupId=252038>, 2011, p. 397, [Fecha de consulta: 11 de junio de 2020].

xv. LOEBER, Rolf y STOUTHAMER-LOEBER, Magda, *Family Factors as Correlates and Predictors of Juvenile Conduct Problems and Delinquency*, en: Crime and Justice, Vol. 7, [en línea], <www.jstor.org/stable/1147516>, 1986, [Fecha de consulta: 2 de mayo de 2020].

i. LÓPEZ-HERNÁNDEZ, Lara, *Agresión entre iguales. Teorías sobre su origen y soluciones en los centros educativos, en: Opción: Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, No. Extra 2 [en línea], <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5834776>, 2015, p. 684, 2015, [Fecha de Consulta: 8 de mayo de 2020].

ii. PÉREZ, CONTRERAS, María de Montserrat, *Derechos de las familias*, [en línea], <https://inehrm.gob.mx/work/models/Constitucion1917/Resource/1293/Familias_pdf_electronico.pdf>, p.7, 2015, [Fecha de consulta: el 20 de abril de 2020].

iii. RAMÍREZ, HUAROTO, Beatríz, *La familia desde los estándares de la jurisprudencia interamericana: una mirada comparada desde la legislación argentina y peruana*, en: Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia [En línea]

<http://works.bepress.com/beatrizramirezhuaroto/32/>, p. 9, 2018, [Fecha de consulta: 12 de abril de 2020].

xxiii. TERÉS QUIROZ, María del Carmen, *Las relaciones de poder en la familia,* [en línea], <https://tutoriapadres.wordpress.com/2013/10/02/las-relaciones-de-poder-en-la-familia/>, [Fecha de consulta: 12 de mayo de 2020].