



Revista de Derecho Privado

ISSN: 0123-4366

revderprivado@uexternado.edu.co

Universidad Externado de Colombia

Colombia

Milán Morales, Noadis; Ordelin Font, Jorge Luis; Vega Cardona, Raúl José
La intervención notarial en la mediación. Consideraciones de 'lege ferenda' en la
prevención/ resolución de conflictos en el ordenamiento jurídico cubano
Revista de Derecho Privado, núm. 28, enero-junio, 2015, pp. 403-433
Universidad Externado de Colombia
Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=417539919012>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

La intervención notarial en la mediación. Consideraciones de ‘*lege ferenda*’ en la prevención/ resolución de conflictos en el ordenamiento jurídico cubano*

» NOADIS MILÁN MORALES**
» JORGE LUIS ORDELIN FONT***
» RAÚL JOSÉ VEGA CARDONA****

Cuando los poderes del Estado se refieren al término “cultura de paz”,
buscan en todo momento una reflexión colectiva y una participación abierta
y democrática de todos los ciudadanos, que facilite la posterior toma de decisiones.

ROLANDO VEGA ROBERT

RESUMEN: El presente artículo discurre en busca de los entresijos en los que
confluyen la función pública del notario y el proceso de mediación, no para
concebir un notario en funciones de mediador, sino para vislumbrar cómo el

□ Mención en el Concurso Nacional “Dr. Rubén Abreu Rodríguez” de la Sociedad del Notariado Cubano, 2013.

Fecha de recepción: 31 de marzo de 2014. Fecha de aceptación: 2 de marzo de 2015. Para citar el artículo: N. MILÁN MORALES, J. L. ORDELIN FONT y R. J. VEGA CARDONA. “La intervención notarial en la mediación. Consideraciones de *lege ferenda* en la prevención/resolución de conflictos en el ordenamiento jurídico cubano”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 28, enero-junio de 2015, pp. 403-433.

** Especialista en Derecho Civil y Familia por la propia universidad. Candidata a doctora en Ciencias Jurídicas. Profesora asistente de Derecho Procesal Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, Cuba. Contacto: nmilan@fd.uo.edu.cu

*** Especialista en Derecho Civil y Familia por la propia universidad. Candidato a doctor en Ciencias Jurídicas. Notario. Profesor asistente de Derecho Notarial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, Cuba. Contacto: jlordelin@fd.uo.edu.cu

**** Especialista en Derecho Civil y Familia por la propia universidad. Candidato a doctor en Ciencias Jurídicas. Juez profesional no permanente del Tribunal Provincial de Santiago de Cuba. Profesor asistente de Derecho Notarial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, Cuba. Contacto: rvega@fd.uo.edu.cu

ejercicio de esta función pública puede garantizar la efectividad de la mediación, ya sea a partir de la utilización de la función asesora del notario que le permita la inserción de cláusulas sobre mediación en los testamentos, como forma de previsión de conflictos sucesorios-familiares o como medio de garantía del carácter vinculante de los acuerdos de mediación.

PALABRAS CLAVE: mediación, intervención notarial, escritura pública.

The notarial intervention of de mediation. Considerations about 'lege ferenda' in the prevention conflict resolution in the Cuban legal system

ABSTRACT: Although supposedly simple, this article goes through the scenes look at the role of the notary public and mediation converge, not to conceive a notary acting as mediator, but to envision this as the exercise of public functions can ensure effectiveness of mediation, either, from the use of the advisory role of the notary that allows the inclusion of mediation clauses in wills as a way to forecast inheritance disputes - family and as a means to guarantee the binding nature of mediation agreements.

KEYWORDS: mediation, public deed, notarial intervention.

SUMARIO: I. Necesidad de hablar de intervención notarial en la mediación. II. La mediación como mecanismo alternativo de solución de conflictos. Concepto y características. 1. Tipos de mediación y sus rasgos distintivos con respecto a la conciliación. 2. Características del mediador. 3. Función notarial y mediación. Puntos afines. III. La mediación y la intervención del notario en la prevención/resolución de conflictos. 1. La previsión de los conflictos sucesorios familiares en el testamento. Intervención del notario. 2. Retos y perspectivas para la configuración de un mecanismo de intervención notarial en el cumplimiento del acuerdo de mediación. Reflexiones finales.

I. Necesidad de hablar de intervención notarial en la mediación

La ausencia de regulación de la mediación como método alternativo de solución de conflictos en el ordenamiento jurídico cubano no ha impedido el empeño de varios juristas que, concibiendo un mejor derecho, encauzan sus investigaciones hacia la búsqueda constante de la armonía y la paz entre las partes en conflicto. Pasos concretos, como la elaboración de la *Primera Propuesta de implementación experimental de la mediación, conforme las posibilidades que ofrece la LPCALE*, se dan ya en este sentido. Aun cuando la idea se configura exclusivamente en el ámbito jurisdiccional, bajo el estudio de una Instrucción del Tribunal Supremo de la República, es imprescindible hacer parte de esta idea a la actividad notarial, por

las amplias posibilidades de su puesta en práctica, sin que sea necesario esperar la futura aprobación de un reglamento que regule el proceso de solución de conflictos de esta naturaleza en el ordenamiento jurídico patrio.

Para nadie es oculta la crisis de la justicia togada, expresada en la imposibilidad de un sistema jurídico eficaz y en los altos costos y dilaciones de los procesos. Amén del nivel de complejidad que cada día alcanzan los mismos a partir de la especialización de las diferentes ramas del derecho y su excesiva regulación. Ante estos dilemas se han buscado medios alternativos que permitan la resolución satisfactoria de las controversias. Si bien es prácticamente imposible que la actual sociedad se desarrolle sin estas, sí es posible buscar mecanismos alternativos dentro del tradicional proceso judicial que, sin significar una ruptura con el mismo, fragmenten los viejos esquemas que han concentrado o reducido la función judicial, al tiempo que se preserven los valores supremos de este, como son la imparcialidad, la justicia y el respeto de los derechos de los ciudadanos.

Los procedimientos alternativos de solución de controversias no son más que aquellos mecanismos neutrales, a partir de los cuales las partes tienen la posibilidad de resolver controversias sin tener que acudir a los tribunales. Procedimientos que son escogidos por las partes y que tienen entre sus principales beneficios la economía en tiempo y costos, la flexibilidad, el control por estas, la neutralidad, la sencillez del procedimiento, la confidencialidad y la competencia. Se reconocen como medios alternativos a la solución de conflictos la negociación, la conciliación, la mediación y el arbitraje. Siendo solo la mediación el objeto de este artículo.

Si bien hoy en Cuba no se aplica la mediación como método alternativo de solución de conflictos, lo cierto es que se trabaja en la adopción de todas las garantías objetivas y subjetivas para su aplicación. En este sentido la Organización de Bufetes Colectivos viene participando de forma activa en la confección de este programa y prepara a su personal en las técnicas de mediación. Si bien la puesta en práctica de este mecanismo conlleva múltiples modificaciones legislativas, hoy se busca implementar de forma experimental tal proceso, conforme a las posibilidades que ofrece la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico¹, lo cual significa no solo la especialización de abogados en determinadas ramas del derecho, en aras de mejoras en la calidad del servicio prestado tanto a las personas naturales como jurídicas, cubanas y extranjeras, sino también la confección y determinación de los mediadores, requisitos a reunir, trámite de inscripción, forma para designarlos, causales de exclusión, tarifas de honorarios y gastos administrativos.

1 Cfr. *Primera Propuesta de implementación experimental de la mediación, conforme las posibilidades que ofrece la LPCALE*, elaborada por la Dra. Ivonne PÉREZ GUTIÉRREZ, Máster YAMILA GONZÁLEZ FERRER y Lic. JANE MANSO LACHE, miércoles 25 de septiembre de 2013. Este documento fue facilitado por la profesora González Ferrer; el mismo no ha sido publicado pues es objeto de estudio para su implementación en el país.

Si bien esta primera propuesta constituye una forma loable de poner en práctica dicho mecanismo sin tener que esperar una futura implementación legislativa, limita el mismo dentro de los marcos del proceso civil. La práctica internacional ha demostrado que resulta imposible concebir un proceso de mediación sin la intervención, de una forma u otra, del notario, a partir de la concepción de tres grandes posibilidades: el notario como mediador, la utilización de la mediación por parte del notario en la previsión de conflictos y la intervención del fedatario en la ejecución de los acuerdos de mediación². Supuestos que desde nuestra concepción existen en el ordenamiento jurídico actual, en relación con las garantías, para ser puestos en práctica solo en los dos últimos casos.

La forma en que cada una de las facultades de la función pública notarial se complementa para la obtención del instrumento público ha provocado que el notariado latino –del cual Cuba es parte– vaya adquiriendo mayor relevancia dentro del ordenamiento jurídico como medio ideal para la realización del derecho³.

Abandonando la obsoleta idea del notario documentador, los actuales notarios no se limitan a describir en el documento notarial lo que han percibido y presenciado, sino que también, como profesionales del derecho y en pos de lograr la realización espontánea del mismo, emiten afirmaciones, juicios de valor y de notoriedad sobre hechos y actos, juicios sobre la capacidad, legitimidad e identidad de los comparecientes, sobre la legalidad del acto o hecho sometido a su consideración, y califican el instrumento público.

Como amanuense, este funcionario público brinda todas las garantías para extravasar cualquier frontera colaborativa o de prevención de conflictos sucesorios-familiares, ya sea para servirse de la mediación como solución alternativa de conflictos o simplemente para garantizar el carácter ejecutivo del acuerdo de mediación.

II. La mediación como mecanismo alternativo de solución de conflictos. Concepto y características

La mediación surge en Estados Unidos en los años sesenta y setenta, y de allí se extiende inmediatamente a Canadá, para llegar a Inglaterra en los años ochenta y al resto de Europa en los años noventa⁴.

2 JOSÉ REINALDO VENEGAS PÉREZ, *La función notarial preventiva de litigios. La mediación notarial*, trabajo de investigación para optar al título de especialista en Derecho Notarial, dirigido por la Dra. Caridad del Carmen Valdés Díaz, La Habana, diciembre de 2006. Un ejemplar de este trabajo está depositado en el Departamento de Derecho Civil y de Familia, Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, Cuba.

3 Cfr. ESTRELLA MARIÑO SOTOMAYOR, JORGE LUIS ORDELIN FONT y RAÚL JOSÉ VEGA CARDONA, "Las actas de notoriedad: apuntes para un análisis doctrinal y práctico", *Revista Notario del Siglo XXI*, n.º 47, enero-junio de 2013, Madrid.

4 ARMANDO CASTANEDO ABAY, *Mediación para la gestión y solución de conflictos*, Ciudad de la Habana, ONBC, 2009, p. 5.

Aunque es muy difícil brindar una definición que contemple todas las características de la mediación y su campo de acción, puesto que es un proceso que va más allá del contenido del conflicto que se pretende resolver⁵, con este término se hace alusión a la posibilidad que tienen los particulares de solucionar sus conflictos por sí mismos, manteniendo el pleno control del procedimiento y por tanto su resultado.

Etimológicamente la palabra ‘mediación’ en latín equivale a *mediatio*, *-onis*, que quiere decir “acción o efecto de mediar”, y ‘mediar’ proviene del latín *mediāre*, que significa “interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad”⁶. Para JAY FOLBERG y ALISON TAYLOR la mediación se puede definir como el proceso mediante el cual los participantes, con la asistencia de una persona o personas naturales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades⁷.

Constituye un método no adversativo, en el cual no existe un tercero ajeno al conflicto que decida el mismo, sino que son las partes quienes deben buscarle una solución al conflicto, que como elemento esencial de las relaciones humanas es imposible de evitar, pues en sí misma la contradicción es causa de desarrollo de la sociedad. Sin embargo, en la solución del mismo, más que la búsqueda de posiciones de fuerzas o de parte, se busca la forma o vía de reconsiderar los intereses de cada uno de los implicados de forma tal que todos resulten ganadores.

Podemos entonces precisar algunas de las características de este mecanismo de solución de conflictos:

- *Procedimiento voluntario*: es solicitado por una o por ambas partes, quienes pueden abandonar la mediación en cualquier etapa anterior a la firma de una solución concertada.
- *Método alternativo*: en efecto, es extrajudicial o diferente a los canales legales o convencionales de resolución de disputas, caracterizándose por su rapidez, efectividad y economía de gastos.
- *Procedimiento informal*: en el mismo no existen reglas preestablecidas; se facilita de esta forma no solo la participación activa de las partes sino la creatividad en la búsqueda de soluciones, que no es impuesta por terceros ajenos al conflicto.
- *Existencia de un tercero ajeno al conflicto*: este tiene carácter neutral, busca que las partes se aproximen para la identificación de sus intereses y la solución del conflicto.

5 OSVALDO ALFREDO GOZAÍNI, *La mediación. Una nueva metodología para la resolución de controversias*, ponencia presentada al I Congreso Internacional de Derecho Procesal, La Habana, 2007, p. 8.

6 *Diccionario de la Lengua Española Real Academia Española*, t. II, 21.ª ed., Madrid, Espasa, 1992.

7 JAY FOLBERG y ALISON TAYLOR, *Medios alternativos de solución de controversias*, México, Limusa, 1997, p. 28.

- *Carácter confidencial*: está basada en el diálogo, y todo lo que se dice sobre el conflicto y los documentos presentados o informes para identificar los intereses en juego es absolutamente confidencial, incluso con posterioridad a la culminación del proceso. Este carácter permite a las partes negociar de forma más productiva, para que de forma abierta puedan identificar sus intereses, fundamentalmente en los casos en que existan intereses económicos.
- *La decisión no es impuesta a las partes*: la misma se alcanza de acuerdo a los intereses comunes de ambas partes, siendo por tanto justa y satisfactoria. Resultado que se obtiene por ser una negociación cooperativa, en la medida en que promueve una solución en la que las partes implicadas ganan u obtienen un beneficio, y no solo una de ellas; por eso se la considera una vía no adversarial, porque evita la postura antagónica de ganador-perdedor⁸.
- Cuando se arribe a un acuerdo este es pactado de forma escrita, adquiriendo la fuerza de un contrato.

1. Tipos de mediación y sus rasgos distintivos con respecto a la conciliación

Los tipos de mediación dependen de los criterios escogidos para su clasificación. De esta forma, según el número de mediadores, esta puede tener el carácter de singular o de colectiva, esta última también llamada co-mediación. Según el objeto puede ser comunitaria, escolar, civil y mercantil, penal y familiar⁹. Asimismo, en dependencia de su relación con el proceso judicial esta puede ser: extraprocesal, si se realiza fuera de un proceso judicial sin que sea una fase previa del mismo; preprocesal, cuando se constituye una fase previa al proceso para su acceso a los tribunales; e intraprocesal, si se realiza dentro del proceso judicial como audiencia preliminar.

En este último supuesto existen autores que coinciden en afirmar que no estamos en presencia de una mediación en estricto sentido, sino de una conciliación. Si bien las diferencias entre la mediación y el arbitraje¹⁰ quedan visible-

8 JUAN CARLOS TORREGO, cit. en PETZOLD RODRÍGUEZ, María, “Algunos métodos alternos de resolución de conflictos y su consagración en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: El arbitraje y la mediación”, en *Frónesis*, vol. 11, n.º 2, Caracas, 2004.

9 LUIS OCTAVIO VADO GRAJALES, *Medios alternativos de resolución de conflictos. Mecanismos para acercar la justicia a la sociedad*, p. 5. Disponible en: <http://comunidad.vlex.com/aulavitual> Consultado el 11 de diciembre de 2011.

10 La mediación es un procedimiento más informal que el arbitraje. Si bien en la mediación el resultado se determina por voluntad de las partes, en el arbitraje el resultado emerge de una norma objetiva que es la ley aplicable. La mediación es un procedimiento basado en intereses, el arbitraje es un procedimiento basado en derechos. En la mediación el resultado debe ser aceptado por ambas partes de acuerdo a la respuesta de sus intereses y necesidades, por

mente determinadas, no sucede lo mismo con aquellas entre la mediación y la conciliación. De hecho existe literatura que utiliza indistintamente uno y otro término. De esta forma la mediación intraprocésal es también conocida como conciliación, mientras que la conciliación extrajudicial es reconocida como mediación¹¹.

Si bien ambos métodos alternativos surgieron producto de la separación del antiguo sistema judicial adversarial, para autores como GOZÁÑI, mientras la conciliación arrima posiciones desde la perspectiva del objeto a decidir, la mediación facilita la comunicación entre las partes, y no se detiene en el contenido del problema –aun cuando lo lleva en su destino– sino que pretende conducir un proceso de interpretación sobre las verdaderas necesidades e intereses de los sujetos en conflicto¹².

Si bien la mediación va más allá de la conciliación, el papel del conciliador tiene mayor protagonismo que el del mediador, dado que no se limita a acercar a las partes, a facilitarles su comunicación y la identificación de sus intereses, sino que procura la solución y propone el arreglo preparando a las partes para su aceptación.

2. Características del mediador

Las diferencias anteriormente apuntadas entre la mediación y la conciliación hacen más complejo el papel del mediador en el proceso. Este debe contar con la preparación necesaria para propiciar el balance de poder adecuado entre las partes, a partir de la comunicación efectiva entre las mismas, actividad que debe desarrollar sin aplicar normas jurídicas ni emitir resoluciones, pero con los conocimientos jurídicos necesarios para ayudar, guiar, asesorar y orientar al entendimiento entre las partes, tratando de encontrar intereses coincidentes donde ello pudiera parecer imposible debido a las dimensiones que el conflicto ha adquirido.

Se enumeran entonces una serie de características que deben concurrir en aquella persona que esté llamada a fungir como mediador¹³. Esta debe contar

consiguiente una parte debe convencer a la otra o negociar con ella; el mediador es solo el conducto de comunicación entre partes. En el arbitraje las partes presentan la defensa de sus intereses y derechos ante el árbitro que es quien decidirá la controversia conforme a derecho. El arbitraje es un medio de heterocomposición de los intereses en conflicto, porque el árbitro, un tercero, decide la solución. El procedimiento arbitral propiamente dicho concluye con la dictación del laudo arbitral que tiene la característica de cosa juzgada. *Apud.* GOZÁÑI, ob. cit.; VADO GRAJALES, ob. cit.; PETZOLD RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 14.

11 Cfr. VADO GRAJALES, ob. cit., p. 3.

12 GOZÁÑI, ob. cit., p. 16.

13 Para ser un buen mediador se requiere contar con las siguientes cualidades: a) ser confiable; b) buen oyente; c) perceptivo; d) conocedor del conflicto; e) poseedor de una seria intención de ayudar; f) tener habilidad para la comunicación; g) ser imaginativo; h) flexible; i) neutral; j) imparcial; k) paciente; l) de buen humor; ll) persuasivo; m) sigiloso (respetando la confidenciali-

no solo con preparación en aspectos psicosociales y jurídicos, sino también con experiencia en la resolución de conflictos; con voluntad para buscar “lo justo” y lo humano, y no lo meramente formal o técnico; con capacidad para prever, mediante la solución, la evitación de conflictos futuros, y dotada de excelentes condiciones éticas, morales e intelectuales. Las condiciones personales del mediador permitirán que dentro de la búsqueda de la solución del conflicto se cree un espacio para los interesados, identificando intereses y sentimientos, para colaborar en la toma de decisiones.

Según la función que realice el mediador, la mediación puede adquirir la condición de:

a) Mediación-facilitación, en la que el mediador facilita la comunicación entre las partes, contribuyendo a que cada una de ellas comprenda la posición, perspectiva e intereses de la otra parte en relación con la controversia.

b) Mediación-evaluación, en la que el mediador realiza una evaluación de la controversia, que luego las partes están libres de aceptar o rechazar como solución de la controversia¹⁴.

La doctrina¹⁵ ha identificado algunas premisas básicas de la mediación:

- El conflicto puede ser positivo. No debe evitarse, negarse o suprimirse. Debe ser bien administrado.
- Los involucrados en un conflicto desean resolverlo, y es fundamental que negocien los propios implicados.
- La mediación debe considerar la perspectiva futura, de manera que refleje las necesidades de las partes y esté abierta a mecanismos de revisión posteriores.

La mediación resguarda la privacidad del conflicto. La aplicación del método de mediación estará determinada por las circunstancias especiales del conflicto en concreto y por el ánimo o predisposición de las partes. La mediación ha demostrado mayores beneficios y es recomendable en los siguientes casos: cuando las partes tienen un vínculo social, contractual o afectivo que se prolonga en el tiempo; cuando el conflicto resulta inconveniente y no se desea llegar a juicio; cuando se desea abaratar costos, si se busca celeridad en el hallazgo de la solución, o cuando se pretende preservar el anonimato, la privacidad y la confidencialidad.

dad y las normativas que le impiden violar cualquier secreto); n) creativo; o) capaz de captar los intereses distinguiéndolos de las posiciones; q) conciliador; r) eficaz; s) conocedor de técnicas y procedimientos para conducir a la resolución del conflicto. Cfr. ZULEMA WILDE, LUIS M. GAI-BROIS, ANA A.M. de CERIANI CERNADAS y ALEJANDRO NOZIGLIA, cit. por GOZÁFNI, ob. cit., p. 16.

14 GABRIELA MALDONADO ORIAS, *Propuesta de Mediación y Arbitraje en Propiedad Industrial para la Comunidad Andina de Naciones*, obra suministrada por la Universidad Andina Simón Bolívar, Bolivia, p. 26. Disponible en: <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/BDA/bo-int-0006.pdf> Consultado el 11 de diciembre de 2012.

15 Diferentes autores abordan la mediación como medio alternativo de resolución de conflictos, haciendo especial énfasis en las premisas a tener en cuenta para su eficaz aplicación, entre los que cabe citar a CLOKE, COBB, COHEN y FLOYER.

No en todos los casos es viable la mediación, en tanto habrá de estarse a la verdadera voluntad de las partes de apostar por la mediación para concordar intereses, pudiendo ocurrir que no se decidan por esta alternativa y demanden la intervención judicial pese a intuir las ventajas que en sí consagra la misma.

Afirma CASTANEDO ABAY que “es regla de oro cuando se media que las partes en conflicto sean ellas y por ellas mismas las que vayan avanzando en sus negociaciones hasta el acuerdo final[;] el mediador es solo el facilitador de las negociaciones”¹⁶, y su objetivo no es imponer soluciones, pues son las partes las protagonistas de sus propias decisiones. Según afirma el profesor cubano, “acuerdo que se logre por el mediador y no por los protagonistas del conflicto no será un real acuerdo y se desvanecerá con la sola salida de escena de este”.

Comentadas algunas definiciones de la mediación que a nuestro juicio resaltan por su nivel integrador, las peculiaridades que la distinguen del resto de los medios alternativos de solución de controversia, las ventajas que suelen circundarla, así como la figura del mediador como estandarte dentro de la propia mediación, es momento de analizar su proyección en el ámbito notarial, pues, como apuntábamos en líneas precedentes, han sido varios los campos en que ha resultado de aplicación.

3. Función notarial y mediación. Puntos afines

Tal como anteriormente comentábamos, son tres las posibilidades que tiene el notario para intervenir en el proceso de mediación: ya sea el notario como mediador, la utilización de la mediación por parte del notario en la previsión de conflictos, o bien la intervención del fedatario en la ejecución de los acuerdos de mediación.

La posibilidad de ver al notario en dualidad de funciones, dígase notario y mediador a la vez, no es una quimera. La redacción del instrumento público y con ello la dación de fe no constituyen el único contenido de la función pública notarial, aunque sí el núcleo central que sustenta todo el haz de facultades que conforman la función pública notarial. Abandonando la obsoleta idea del notario documentador, los actuales notarios no se limitan a describir en el documento notarial lo que han percibido y presenciado, sino que también, como profesionales del derecho y en pos de lograr la realización espontánea del mismo, emiten afirmaciones, juicios de valor y de notoriedad sobre hechos y actos, juicios sobre la capacidad, legitimidad e identidad de los comparecientes, sobre la legalidad del acto o hecho sometido a su consideración, y califican el instrumento público¹⁷.

¹⁶ CASTANEDO ABAY, ob. cit., p. 71.

¹⁷ Cfr. ENRIQUE GIMENEZ-ARNAU, *Derecho notarial*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1976, p. 483.

Varios son los rasgos de la función notarial que coinciden con el proceso de mediación. En este punto, autores como CLERICI ROVIRA¹⁸ apuntan como notas coincidentes al menos siete aspectos:

- Deber de imparcialidad.
- Elevada formación cultural, garantizada por los requisitos previos para el acceso a la función, y la capacitación permanente posterior.
- Equilibrio activo en el ejercicio de la función, garantizando a todas las partes su labor asesora y consejera. El mediador no obliga a las partes, solo guía en el proceso para que voluntariamente lleguen a un acuerdo aceptado mutuamente.
- Neutral y objetivo. El mediador debe asegurar el equilibrio entre las partes, garantizando la participación de todas ellas.
- Elevadas normas éticas y morales. El mediador debe gozar de prestigio y reconocimiento social, de lo contrario las partes no acuden a él.
- Actuación extrajudicial preponderante, pero no extrajudicial.
- Deber de secreto profesional.

Por otra parte, VENEGAS PÉREZ¹⁹ considera que el hecho de que el mediador deba estar capacitado fundamentalmente en técnicas de comunicación, psicología, sociología, economía, etc. no es un inconveniente para el notario, dadas las tareas de capacitación y superación, de modo que bien puede habilitarse en estas materias y adquirir una formación complementaria especial; pero además tales conocimientos le son útiles en su función notarial habitual. Al igual que el mediador, el notario debe, por su labor asesora, ser un buen comunicador, tener precisión semántica y la capacidad de darse a entender y escuchar al otro.

En comunión con ello, la imparcialidad como valor supremo del ejercicio de la función notarial ha devenido en fundamento de esta relación, y así se ha reconocido en más de una ocasión, internacionalmente: “La imparcialidad del notario lo convierte en el operador jurídico ideal para intervenir en la prevención y en la resolución no judicial de las controversias. En este sentido distingue al notariado de las demás profesiones jurídicas, en especial de la abogacía”²⁰.

Sin embargo, aun cuando se esgrima que el asesoramiento del notario puede desembocar en una mediación, no puede confundirse el ejercicio de tales funciones. La actual regulación de la función notarial en nuestro país, hace imposible concebir a los notarios actuales como verdaderos mediadores, posición que además de *lege ferenda* es también poco probable. La mediación realizada por los notarios cubanos se limita hoy a la esfera del asesoramiento²¹.

18 MARÍA SILVANA CLÉRICI DE ROVIRA, *La mediación para resolver conflictos*, México, Pax, 1997, p. 98 ss.

19 VENEGAS PÉREZ, ob. cit., p. 61.

20 Resolución del XXIV Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en octubre de 2004 en México.

21 Art. 10, inc. II) de la Ley 50/1984 del 28 de diciembre, “De las Notarías Estatales”.

Al decir de RODRÍGUEZ ADRADOS²², en el instrumento público notarial existe una seguridad anterior a la seguridad formal o instrumental del instrumento público que, manifestada incluso antes de la propia redacción y autorización del instrumento público, sólo es alcanzada a partir de la actividad asesora que desarrolla el notario. El asesoramiento notarial significa el deber de escuchar a las partes, informar y asesorar a las mismas de forma imparcial, con especial referencia a la parte débil. Es la búsqueda de los medios jurídicos más adecuados para encauzar la voluntad de las partes dentro de los medios legales disponibles, conciliando voluntades y evitando que la voluntad sea simulada, errónea e incompleta, al tiempo que vela y controla por la legalidad, y redacta el documento de forma clara, sencilla y precisa; utilizando además los medios técnicos legales correctos que faciliten la interpretación de lo querido por las partes en pos de evitar futuras contiendas, ambigüedades, lagunas y contradicciones.

La mediación como alternativa de solución de conflictos ha de contar con una preparación exhaustiva en cuanto a reglas, principios, vías de soluciones, o sea una real y concreta especialización en esta función. En Cuba, la futura adopción de una ley de mediación está llamada a concebir al notario como instrumento idóneo para la previsión de conflictos sucesorios-familiares y/o como garante de la legalidad del acuerdo transaccional.

III. La mediación y la intervención del notario en la prevención/resolución de conflictos

En medio de las complejidades de la sociedad moderna y del tráfico económico y jurídico, el documento notarial cobra especial importancia como garantía de la seguridad jurídica, y su carácter preventivo brinda confianza a las transacciones jurídicas realizadas por los particulares. Únicamente con el correcto desempeño de la función pública notarial es posible obtener un documento público notarial auténtico por sí mismo, de manera que en este no solo se dé por cierto su contenido de forma permanente, llevando implícito su valor probatorio, sino que además dicho documento confiera seguridad jurídica al ordenamiento, al tiempo que se eviten de forma preventiva posibles litigios, constituyéndose en un título de legitimación para el tráfico con eficacia probatoria, dotado de presunción de legalidad tanto de forma como de fondo, e incorporándose a la realización armónica del derecho.

El reconocimiento de la excelencia de la fe pública notarial solo es posible por la necesidad de dotar las relaciones jurídicas de certeza, y porque el notario únicamente actúa para promover la realización normal del derecho, a partir del interés de los particulares que acuden ante él para dar seguridad jurídica a las

22 Cit. por RAFAEL GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, "Jurisdicción voluntaria y función notarial", en *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 1 extraordinario 1992, p. 122.

relaciones en las que los mismos intervienen, pero por sobre todas las cosas, porque el notario es ante todo quien elabora el instrumento público notarial²³.

El instrumento público notarial, como medio en el que se prueba y confirma lo acaecido ante notario, materializa la fe pública notarial. Es este el medio donde el notario plasma los hechos o actos que le son evidentes porque así han ocurrido ante él y así los ha percibido²⁴, al tiempo que, de forma solemne, cumple con todas aquellas formalidades que la ley ha establecido para lograr que el documento sea válido y goce de todos los efectos legales previstos.

Aunque divisible en el plano teórico, la evidencia, solemnidad y objetivación de la fe pública notarial solo puede ser comprendida cuando las fases anteriores ocurren de forma coetánea. Únicamente de esta forma es posible obtener un instrumento público notarial exacto e íntegro, en el que coincida lo ocurrido ante notario con lo narrado en el instrumento, al mismo tiempo que lo narrado se corresponde con un tiempo y lugar determinado, preservándose a la vez sin alteración su contenido para el futuro.

La forma en que cada una de las facultades de la función pública notarial se complementa para la obtención del instrumento público es lo que ha provocado que el notariado latino vaya adquiriendo mayor relevancia dentro del ordenamiento jurídico como medio ideal para la realización del derecho. Se logra de esta forma lo que se ha denominado como eficacia social de la función pública notarial²⁵, y que justifica los efectos probatorios, sustantivos y ejecutivos del documento notarial. Se logra así que la sociedad se convenza de que el instrumento público notarial no solo es veraz e íntegro sino que es totalmente ajustado a derecho.

1. La previsión de los conflictos sucesorios familiares en el testamento. Intervención del notario

En los tiempos que corren los conflictos testamentarios se ven acentuados por el debilitamiento de la familia tradicional, a la par de fenómenos habituales como

23 La importancia del instrumento público notarial, su carácter auténtico y probatorio que incide en el realce del actuar del notario en el actual tráfico, ha sido sólidamente argumentado por la doctrina nacional y foránea. Cabe citar a LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO y ISIDORO LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, *Derecho notarial*, t. II, La Habana, Félix Varela, 2006; PEDRO PABLO LLAGUNO, *Código Notarial y legislación complementaria, recopilado y anotado*, Jesús Montero, Editor, La Habana, 1950; GIMENEZ-ARNAU, ob. cit.; MIGUEL FERNÁNDEZ CASADO, *Tratado de notaría*, t. I, Madrid, Imprenta de la viuda de M. Minuesa de los Ríos, 1895; AUGUSTO DIEGO LAFFERRIERE, *Curso de Derecho notarial*, Lulu.com, Provincia de Entre Ríos, 2008.

24 El notario puede dar fe tanto de los hechos o actos que ocurren ante él y por tanto son presenciados y percibidos por él mismo, como de los hechos o actos de terceros y que el notario no ha presenciado ni percibido. En el primer caso estamos hablando de la denominada fe pública originaria, mientras en el segundo nos referimos a la fe pública derivada.

25 ALFONSO CAVALLÉ CRUZ, "Hay un tiempo para cada cosa", en: www.notariosyregistradores.com Consultado el 25 de abril de 2010.

segundas o terceras nupcias, hijos de padres o madres diferentes, entre otras típicas situaciones; de otra parte, la pérdida de autoridad de los progenitores en muchos supuestos hace que los hermanos litiguen de antemano sin acontecer aún el deceso de sus padres, renaciendo así viejos fantasmas que sacan a relucir lo peor de la condición humana. Es por ello que no pocos estudiosos del derecho laboran en pos de estrechar la relación entre derecho de familia y sucesiones, al seguir como premisa la conservación de la armonía de sus miembros²⁶.

Se alude entonces a la previsión testamentaria, al decir de RODRÍGUEZ PRIETO²⁷, como la posibilidad que existe de redactar una cláusula testamentaria donde se haga uso de la mediación como medio alternativo de solución de conflictos, siendo de gran utilidad para prever futuras controversias. La mediación en el ámbito familiar sucesorio contribuye así a que los interesados salgan de su confrontación y asimilen los intereses de los demás con la debida comprensión, sin desdeñar los suyos propios, acudiendo a la vía contenciosa en los casos donde no haya sido posible aunar voluntades en torno al conflicto.

La cláusula testamentaria de mediación deviene, a juicio del propio autor, inocua y acorde con la actualidad, pues en comparación con el proceso judicial es de menos costo y se actúa con rapidez, lo que no significa que el éxito esté completamente asegurado ni que se resuelva con total complacencia la disputa.

Para el notario debe quedar muy claro que en este supuesto no estamos en presencia de una condición, puesto que de ser así sería improcedente su aplicación en el actual ordenamiento jurídico cubano, conforme la prohibición establecida en el artículo 481 del Código Civil²⁸. Entiéndase que la prohibición se ciñe a la institución de herederos, no a la partición hereditaria permisible a condición, o sea que ante tal acto el testador cubano puede lógicamente condicionar la partición si deriva así de su voluntad, de modo que la cláusula permite su engrane en la norma sustantiva civil cubana siempre y cuando se trate de la partición.

El principal dilema estriba entonces en la redacción que el notario haga de la cláusula de previsión, imbricando la mediación y la reducción de los derechos hereditarios. Se exige una precisión tal, de modo que no haya lugar a que sea llamado a heredar quien no se sometió a la decisión del testador, sino que, como ex-

26 Sobre las características de la familia cubana actual cfr., entre otros, PATRICIA ARÉS MUZIO y MARÍA ELENA BENÍTEZ PÉREZ, "Familia cubana: nuevos retos y desafíos a la política social", en *Novedades en Población*, año 5, n.º 10, 2009. Disponible en: <http://www.cedem.uh.cu/Revista/portada.html> A nivel internacional, RODRIGO BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (COORD.), *Manual de derecho civil, Sucesiones*, 2.ª ed., Bercal, 2012, p. 125; JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO et al., *El nuevo régimen de la familia. Filiación, patria potestad, economía del matrimonio y berencia familiar*, Cuadernos Civitas, 1981, pp. 187 y ss.

27 FERNANDO RODRÍGUEZ PRIETO, "La previsión del conflicto sucesorio en el testamento", *El Notario del Siglo XXI*, n.º 44, Madrid, 2013, p. 150.

28 "La institución de heredero no puede estar sujeta a condición ni a término": art. 481 Código Civil, Ley 59/1987 de 16 de julio.

presión de la voluntad de este, podrá tener o no algún detrimento en el monto o cantidad de bienes que reciba por concepto de herencia. Se habla así del empleo de una cláusula *socini* que sancione al heredero que no acepte esta vía de resolución con una aceptación explícita, con la reducción de sus derechos hereditarios.

Cuestión peliaguda a la hora de analizar esta posibilidad en el caso de los herederos especialmente protegidos²⁹. Siendo la legítima la cuota del activo líquido del caudal relicto de la cual el causante no puede disponer libremente, que en nuestro ordenamiento jurídico asciende a la mitad de la herencia³⁰. Si bien es dable reconocer el carácter indisponible de la legítima asistencial cubana, y con ello la inviabilidad de apreciar esta cláusula bajo los supuestos de los especialmente protegidos, le es dable al testador someter a los designios de la aceptación o no de la mediación cualquier atribución de derechos hereditarios que representen un monto superior a la mitad de la herencia concebida por el legislador.

Aflora el dilema para el notario sobre qué mediador recomendar, lo cual implica un mayor detenimiento en la labor asesora del fedatario público. En este sentido la cláusula de previsión testamentaria puede ser redactada precisando el profesional que intervendrá en el proceso o simplemente obligando a las partes a someterse a este en caso de conflicto. Posibilidades que solo serán viables en la medida que se cuente con instituciones especializadas de estabilidad y confianza que alberguen en su seno mediadores de respetable preparación, los que son sugeridos por el notario al testador al momento de otorgar el testamento, en el ejercicio de su función asesora. No obstante, en el primer supuesto se corre el riesgo de que el mediador nombrado se vea imposibilitado de ejercer su función ya sea por fallecimiento, renuncia o cualquier otro tipo de imposibilidad sobrevenida. De ahí la factibilidad de nombrar un sustituto en el supuesto de que la confianza del testador en el mediador, más que en la mediación misma, sea el motivo de la previsión testamentaria³¹.

La viabilidad de la figura amerita también que se distinga oportunamente por parte del testador el momento del *iter* sucesorio en el cual la intervención del mediador deberá llevarse a cabo. Como camino, la sucesión puede verse constreñida por más de un conflicto en el que interactúan múltiples intereses. El carácter preventivo de la figura conmina a que se especifique como tal cualquier

29 En nuestro país son herederos especialmente protegidos o legitimarios los hijos o sus descendientes en caso de haber premuerto aquellos; el cónyuge sobreviviente; y los ascendientes que no estén aptos para trabajar y dependan económicamente del causante. Cfr. art. 493.1 Código Civil, Ley 59/1987 de 16 de julio.

30 "La libertad de testar se limita a la mitad de la herencia cuando existen herederos especialmente protegidos": art. 492.1 Código Civil Ley 59/1987 de 16 de julio.

31 Según el artículo 482 del Código Civil, es facultad del testador designar sustitutos a los herederos instituidos para el caso en que estos mueran antes de él, o no puedan aceptar o renuncien a la herencia; extensiva por analogía a la figura del legado con el cumplimiento de los requisitos exigidos en el Dictamen 4 de 2008 de 15 de octubre de la Dirección de Registros y Notarías del Ministerio de Justicia.

conflicto que impida llevar a feliz término la adjudicación del caudal hereditario, ya tenga aquel una naturaleza familiar o estrictamente sucesoria, incluyendo todo lo concerniente a la administración de la comunidad hereditaria. Particularmente merece el tema del alcance de la previsión testamentaria más allá de la adjudicación de la herencia, pudiendo ello rebasar los límites que sustentan la factibilidad del fenómeno sucesorio.

También le es dable al fedatario público lograr que el testador quede debidamente convencido de la necesidad de distinguir entre el albacea y el mediador. El albaceazgo constituye una de las principales deudas de la práctica notarial cubana, al no ser utilizado en toda su amplitud en el actuar notarial. Esta institución ostenta un alcance elástico, que conduce a que su importancia pueda ser mínima o máxima, pudiendo el albacea jugar un papel insignificante o ser casi un *alter ego* del testador o un *factotum* de la sucesión³².

Sin embargo, no es prudente que sobre una misma persona recaigan las dos funciones, no solo por lo poco probable que resulta reunir en una misma persona la confianza que merece el albacea y las características profesionales que conlleva el ejercicio de la mediación, sino porque el albacea deviene en una especie de control que no solo protege la herencia, sino que vela por que sea cumplida la voluntad del testador de someter a mediación cada uno de los conflictos surgidos. En fin, garantiza la efectividad de la cláusula de previsión.

Bajo estos presupuestos la cláusula de previsión testamentaria persigue la preservación de la armonía en el seno familiar, con sustento en la concepción de un mecanismo de mediación, no muy lejano en nuestro ordenamiento jurídico cubano, al tiempo que pretende en formación de notarios excelentemente preparados que, a partir del ejercicio de su función, hagan posible la realización armónica del derecho.

2. Retos y perspectivas para la configuración de un mecanismo de intervención notarial en el cumplimiento del acuerdo de mediación

Uno de los aspectos más controvertidos de la mediación lo constituye sin lugar a dudas la búsqueda de un efectivo mecanismo que haga viable el cumplimiento del acuerdo de mediación. Al decir de CASTANEDO ABAY, este acuerdo consensual entre las partes representa la efectividad del proceso³³, si bien es válido recordar que puede versar sobre parte o sobre la totalidad de las materias sometidas a mediación. En cualquier caso la consensualidad alcanzada en relación a las principales obligaciones de cada una de las partes –fruto del acuerdo–, nos deja entrever

32 JUAN ÁLVAREZ SALA-WALTHER, “Pasado y futuro del albaceazgo”, en *El Notario del Siglo XXI*, n.º 50, Madrid, 2013, p. 151.

33 CASTANEDO ABAY, ob. cit., p. 169.

su consistencia con el término de acto jurídico³⁴, toda vez que procede de una actuación humana realizada con conciencia y voluntad, encontrándose entonces su especialidad, no en el contenido en sí de dicho acuerdo, sino en el contexto en que el mismo ha sido adoptado, fruto de este método autocompositivo de solución de conflictos, a cuyas características previamente nos hemos referido.

Siendo pues este acuerdo cauce para el desarrollo de la autonomía de la voluntad, es lógico que se le reconozca un carácter vinculante para las partes, cuyos efectos no solo han sido queridos por estas, sino que a su vez son merecedores de tutela jurídica. Por ello, la doctrina³⁵ coincide en reconocer la necesidad de que el acuerdo de mediación o acta final que determina la conclusión positiva del procedimiento sea un escrito donde se recojan, con un lenguaje claro y preciso, los acuerdos alcanzados, previa la identificación de cada una de las partes y especificando cada una de las obligaciones asumidas por estas, el lugar y la fecha de cumplimiento³⁶.

Empero, sería iluso pensar que el logro del acuerdo, inspirado en una relación de confianza y buena fe, enerva cualquier posibilidad de resurgimiento del conflicto, ante el incumplimiento de aquel. Como todo acto jurídico, en el cual se materializa o expresa la voluntad humana, dicha expresión no es sinónimo de efectividad, de materialización de la voluntad, quedando pues un riesgo aún latente en torno a la actuación de cada una de las partes, al cumplimiento o no de cada una de las obligaciones acordadas. Aspecto que deviene medular para el análisis de la efectividad del proceso.

¿Qué hacer ante el incumplimiento del acuerdo de mediación? La imposibilidad del cumplimiento de alguna de las obligaciones de las partes, imputable a la actitud asumida por estas, conlleva necesariamente la ejecución forzosa de esta obligación. Actividad de carácter jurisdiccional reservada al Estado, cuyo presupuesto reside, al decir de CHIOVENDA, en la existencia de un título ejecutivo³⁷. De ahí que, en dependencia de si se concibe el acuerdo de mediación como un título ejecutivo, se podrá instar ante el incumplimiento la ejecución forzosa directamente o será necesario el correspondiente proceso declarativo por incumplimiento, para alcanzar una sentencia judicial como título ejecutivo.

En este contexto se identifican entonces dos grandes posiciones, aquella que considera el acuerdo de ejecución como un título ejecutivo, y aquella pro-

34 Ibid., p. 170.

35 TERESA HUALE MANSO, *La mediación en asuntos civiles y mercantiles. La transposición de la Directiva 2008/52 en Francia y en España*, La Ley, Madrid, p. 29. LETICIA GARCÍA VILLALUENGA y CARLOS ROGEL VIDE, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/ 2012*, Reus e Instituto Complutense de Mediación y Gestión de Conflictos, Madrid, 2012.

36 Sobre el contenido de este acuerdo y las sugerencias para su redacción, cfr. CASTANEDO ABAY, ob. cit., p. 171 ss.

37 JOSÉ CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil*, trad. de la 3.^a ed., prólogo y notas de JOSÉ CASÁS Y SANTALÓ, t. I, Madrid, Reus, 1922, p. 56.

pia de los ordenamientos jurídicos que imponen al acuerdo un requisito adicional para su eficacia como título ejecutivo, que puede ser su elevación a escritura pública o la homologación judicial del acuerdo, siempre que este haya sido alcanzado en una mediación desarrollada una vez iniciado el proceso judicial³⁸. ¿Cuál será finalmente el mecanismo idóneo para lograr el cumplimiento forzoso del acuerdo de mediación en una futura concepción de un procedimiento de mediación, en el ordenamiento jurídico cubano? De lo dicho hasta aquí se podría colegir que somos partidarios de exigir que el acuerdo elevado a escritura sea público como requisito de eficacia y exigibilidad como título ejecutivo; sin embargo, aun cuando ya hemos tomado partido al respecto, no sería baldío que expusiéramos los principales argumentos que nos han motivado a adoptar esta posición.

Como anteriormente hemos apuntado, el título ejecutivo constituye un presupuesto para la realización de la ejecución forzosa, determinando por ende la existencia del derecho a la actividad ejecutiva³⁹, sin que sea necesario que la parte del acuerdo de mediación que solicita su cumplimiento tenga que probar la existencia o no de la referida obligación. Sin embargo, al decir de la doctrina procesalista que con mayor detenimiento ha abordado el tema de los títulos ejecutivos⁴⁰, lo esencial del título no es la representación de la obligación en sí misma considerada, si bien es necesaria, sino el documento como presupuesto de la actividad jurisdiccional, que hace innecesaria la declaración por el órgano jurisdiccional de la consabida obligación. Recae entonces en el carácter solemne del título ejecutivo el *quid* sobre el cual descansa todo el andamiaje jurídico que implica la ejecución forzosa de una obligación, al tiempo que constituye elemento esencial para la distinción entre el significado sustancial y el formal del título ejecutivo. Siendo así y en vista de que el acuerdo de mediación cumple con los requerimientos del título en sentido sustancial, pues en él puede encontrar el tribunal ejecutor la medida y el alcance de los actos ejecutivos, dígame acuerdo de mediación incumplido, y la indicación de lo que es preciso para satisfacer a la otra parte en dicho acuerdo, solo queda entonces analizar la posibilidad de concebir o no a este como título ejecutivo, desde su carácter formal, que por lo demás ha quedado traducido en la positivización que al respecto hacen las normas procesales, al enumerar bajo un sistema de *numerus clausus* cuáles son los documentos que dentro de cada ordenamiento jurídico se conci-

38 Al respecto cfr. MARÍA ÁNGELES PÉREZ CEBADERA, “La ejecutoriedad del acuerdo de mediación”, en *Revista de Jurisprudencia*, n.º 2, 15 de enero de 2013.

39 JUAN MONTERO AROCA *et al.*, *Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil*, 10.ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2001, p. 757.

40 Cfr., entre otros, MANUEL ORTELLS RAMOS *et al.*, *Derecho Procesal Civil*, 12.ª ed., Thomson Reuters Arazandi, Madrid, 2013 p. 620; VÍCTOR JIMENO CENDRA, *Derecho Procesal Civil I. El proceso de declaración. Parte General*, 3.ª ed., Reus, Madrid, 2010, p. 566, MONTERO AROCA, ob. cit.; LINO ENRIQUE PALACIO, *Manual de derecho procesal civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003.

ben como títulos ejecutivos, a partir de las propias funciones que desempeñan en el proceso⁴¹.

Referirnos al carácter formal del acuerdo de mediación como potencial título ejecutivo implica necesariamente adentrarnos en el terreno de la consideración del acuerdo como documento público o privado, particular en torno al cual no existe una uniformidad de criterios en los diversos ordenamientos jurídicos. Mientras que ordenamientos jurídicos como el argentino, el ecuatoriano, el griego y el eslovaco⁴² consideran que dichos acuerdos tienen eficacia ejecutiva propia, atribuyéndoles el efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, ordenamientos como el español y el alemán establecen la necesidad de homologación judicial del acuerdo o su elevación a escritura pública⁴³.

En nuestro criterio solo un documento público y auténtico puede ser concebido como título ejecutivo, no por las solemnidades que dicha autorización supone, sino por lo que él encierra. Si bien ordenamientos jurídicos como el costarricense consideran bajo determinados supuestos que el acuerdo de mediación puede ser considerado un documento público⁴⁴, es totalmente inapropiado

41 Más de una sentencia a nivel internacional ha consagrado los criterios expuestos en torno a la concepción de los títulos ejecutivos. Por ejemplo, la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., en sentencia dictada el 27 de septiembre de 2010, en un proceso ejecutivo, siendo el magistrado ponente Iván Alfredo Fajardo Bernal, refrendó en relación al carácter obligacional del título: “la obligación debe ser expresa, en virtud de que debe aparecer de manera manifiesta en la redacción del documento o documentos, esto es, de manera explícita, nítida, patente y estar perfectamente delimitada, porque las obligaciones implícitas no pueden ser cobradas ejecutivamente, comoquiera que no es posible deducirlas por razonamientos ni por interpretaciones personales indirectas; además la obligación debe ser clara, o sea estar determinada en el título en cuanto a su naturaleza y elementos que la componen, o estar formulada de tal manera que pueda determinarse, sin que quepa duda sobre su existencia y características, y finalmente exigible, esto es, que pueda cumplirse inmediatamente, ya que por regla general, la sola exigibilidad autoriza el mandamiento ejecutivo, de lo contrario, la obligación no puede ser cobrada mientras el deudor no haya sido constituido en mora, como ocurre con las obligaciones de hacer (art. 1610 del Código Civil)”. Por su parte, la 4.ª Sala de la Corte Suprema de Chile, en sentencia de casación, Fondo Civil, dictada el 22 de septiembre de 1994, siendo ponente Bullemore Gallardo, rol 20.716-93, resolvió: “Es decir, es un procedimiento que se funda en un título determinado, señalado por la ley, y que no puede ser construido mediante razonamientos jurídicos o deducciones prácticas, pues su carácter de indubitado nace de su naturaleza misma. Lo anterior queda demostrado con la enumeración de los únicos títulos con fuerza ejecutiva que se contiene en el artículo 434 del Código de Procedimiento Civil para las obligaciones de dar en el artículo 530 del mismo cuerpo legal, que lo reproduce, para las obligaciones de hacer y, por último, en el artículo 544 para las obligaciones de no hacer”.

42 En este sentido se ha pronunciado el artículo 12 de la Ley 24.573, de Mediación y Conciliación Civil y Comercial, de la República de Argentina, sancionada el 4 de octubre de 1995, promulgada el 25 de octubre de 1995; así como el artículo 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación de la República de Ecuador, RO/145 de 4 de septiembre de 1997.

43 EDUARDO TRIGO SIERRA y ANTONIO JOSÉ MOYA FERNÁNDEZ, “La mediación civil y mercantil en España y en el Derecho Comparado: A propósito del Real Decreto-Ley 5/2012”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* / 32-2012.

44 Si bien se reconoce en el artículo 9 de la Ley 7727/1997, de 9 de diciembre, sobre “Resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social”, que los acuerdos de conciliación judiciales,

concebirlo como un documento público, y por ende como supuesto de un título ejecutivo⁴⁵. No siempre el mediador es un profesional del derecho y menos un funcionario público; de ahí que el resultado de la mediación recogido en el referido acuerdo, como documento privado, no se presume, con lo cual no constituye ni siquiera prueba semiplena y por lo tanto vale *por y desde* la confesión judicial⁴⁶. Solo elevando el acuerdo de mediación a escritura pública o mediante su homologación por un juez puede este acuerdo adoptar los caracteres que lo pueden concebir como un verdadero título ejecutivo.

Sin embargo, ambas posibilidades para lograr el carácter de título ejecutivo redundan en función de la actividad notarial, aun cuando no lo parezca en el caso de la homologación judicial del referido acuerdo. Particulares estos que explicaremos seguidamente.

a. Homologación judicial del acuerdo de mediación: la intervención notarial en la jurisdicción voluntaria

La homologación judicial del acuerdo de mediación por lo general es establecida en aquellos supuestos en los cuales el proceso de mediación surge en medio de un proceso judicial o cuando simplemente las materias sobre las que este versa no son de derecho dispositivo, dígase esencialmente los asuntos comprendidos dentro del derecho de familia⁴⁷. Sin embargo, vale la pena preguntarnos si no

una vez homologados por el juez, y los extrajudiciales, tendrán autoridad y eficacia de cosa juzgada material y serán ejecutorios en forma inmediata, posteriormente se reconoce el carácter de documentos públicos de los acuerdos logrados en procesos de mediación, siempre que el acuerdo fuere producto de una conciliación judicial, o mediar la autorización de un mediador de una oficina pública del Estado en ejercicio de sus funciones, o si lo autorizare un mediador o conciliador profesional, que sea notario público o esté asistido por un notario público en forma permanente, de lo cual quedará constancia en el documento y en el protocolo del profesional indicado.

45 De hecho constituyó este uno de los principales puntos de disquisición durante la discusión y posterior aprobación del Decreto-Ley 5 de 2012, que establece el procedimiento de mediación civil y mercantil, en el Reino de España, ante la propuesta que hacía el proyecto de otorgar al acuerdo de mediación, documentado en forma no fehaciente, “eficacia ejecutiva”. Establecía la propuesta que “será título suficiente para instar la ejecución forzosa en los términos previstos en la LEC, siempre que a la demanda ejecutiva se acompañe copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento”.

46 RAFAEL NÚÑEZ-LAGOS, “Concepto y clases de documentos”, en *Revista de Derecho Notarial*, xvi, abril-junio de 1957.

47 Cuando en el procedimiento de mediación estuvieren involucrados intereses de incapaces y se arribare a un acuerdo, este debe ser posteriormente sometido a la homologación judicial del juez sorteado, en las mediaciones oficiales, o del juez competente que resultare sorteado, en las mediaciones privadas. Cfr. art. 12 del Decreto 622/95 argentino, de 25 de octubre. Por su parte el artículo 61 del “Proyecto de ley de medios de resolución de conflictos” de Paraguay establece que el acuerdo de mediación obliga a las partes desde el momento que ellas y el mediador suscriban el acta de mediación que lo documente, y tendrá los efectos de cosa juzgada desde el momento en que el juez competente lo homologue. Si el acuerdo de mediación tuviera

es factible realizar esta homologación ante un notario público sin necesidad de elevar a escritura pública el acuerdo de mediación. Pues es esta una de las principales materias de la denominada jurisdicción voluntaria que puede, sin lugar a dudas, ser transmitida al ejercicio de la actividad notarial⁴⁸.

El tratamiento de la jurisdicción voluntaria por parte del notariado es un tema complejo, a partir de las dificultades teóricas y doctrinales que existen en torno a aquella, si bien constituye una permanente reivindicación del notariado latino⁴⁹. Múltiples son los argumentos que pudieran brindarse para ello: desde la necesidad de que los tribunales ganen en eficiencia y rapidez, al depurar de su conocimiento aquellos procesos que no son compatibles estrictamente con la función que desempeñan, hasta el propio estudio de la función notarial. La cual se convierte en el principal fundamento de la razón de conocimiento de los asuntos de jurisdicción voluntaria.

El prestigio que el notariado se ha ganado dentro de la sociedad, al brindar seguridad jurídica a los actos en los que interviene, dotando a los mismos de la fe pública de la cual está investido, ha borrado para siempre conceptos como el

lugar existiendo un juicio pendiente, será competente para homologarlo el juez de la causa, y la homologación producirá además el efecto de terminar el proceso. Similar posición sostiene la norma española anteriormente referida en su artículo 25, cuando establece dos modalidades de acuerdos, según que el procedimiento de mediación se haya desarrollado estando pendiente el proceso judicial –o arbitral–, o bien traiga causa de un compromiso de mediación. En el primer caso, el acuerdo de mediación podrá ser homologado por el juez mediante auto, mientras que en el segundo caso la ejecución forzosa del acuerdo de mediación requiere su elevación a escritura pública.

48 Como materia de jurisdicción voluntaria pero en sede judicial ha sido concebida la validación del acuerdo de mediación en la “Primera Propuesta de implementación experimental de la mediación, conforme las posibilidades que ofrece la LPCALE”, y de acuerdo a lo establecido en los artículos 578 y 585 del propio cuerpo normativo, tanto en acuerdos de mediación extrajudicial como preprocesal. Cfr. Decreto-Ley 141/2006 de 27 de septiembre.

49 La misma ha sido profusamente estudiada por la doctrina notarial y expuesta en numerosos congresos y jornadas nacionales e internacionales del Notariado, entre los que sobresalen: el IV Congreso Notarial español celebrado en Madrid en el año 1991 y el Primer Congreso Internacional del Notariado Latino celebrado en Buenos Aires en 1948, México en 1965 (el VIII) y el de Cartagena de Indias en 1992 (el XX) y también la Jornada Notarial Iberoamericana (XIII) celebrada en Asunción en junio de 2008. Dentro de la doctrina notarial cfr.: JOSEFINA CHINEA GUEVARA, “Jurisdicción voluntaria y función notarial”, en LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO e ISIDORO LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, *Derecho Notarial*, t. II, La Habana, Félix Varela, 2006, p. 41; MARÍA ELENA COBAS COBIELLA; ANTONIO HURTADO PÉREZ y NANCY OJEDA RODRÍGUEZ, “La jurisdicción voluntaria”, en *Revista Jurídica*, n.º 19, de abril-junio de 1988, año IV, La Habana; ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *El problema de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria a la luz de la experiencia histórica*, Disponible en: <http://www.fd.uo.edu.cu/asignaturas/notarial/> Consultado el 11 de octubre de 2011; VICENTE FONT BOIX, *El notario y la jurisdicción voluntaria*, ponencia presentada al VIII Congreso Internacional del Notariado Latino, Ciudad de México, 1 a 9 de octubre. Disponible en: <http://www.fd.uo.edu.cu/asignaturas/notarial/> Consultado el 11 de octubre de 2011; RAFAEL GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, ponencias de la Delegación española, “Tema I Jurisdicción voluntaria y función notarial”, *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 1 extraordinario 1992, XX Congreso Internacional del Notariado Latino, Cartagena de Indias; RAFAEL GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, “Jurisdicción voluntaria”, en LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO e ISIDORO LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, *Derecho Notarial*, t. II, La Habana, Félix Varela, 2006, p. 228 ss.

de función notarial típica y atípica⁵⁰. Como profesional del derecho, el notario es elegido a partir de un estricto proceso en el que debe demostrar sus conocimientos en diversas materias del derecho, su probidad y respeto moral, para finalmente quedar investido de la fe pública notarial.

Mediante su actuar, a partir de la autorización de documentos auténticos y exactos, protege las libertades individuales en las relaciones personales, patrimoniales y familiares en las que interviene, al tiempo que vela por el cumplimiento estricto de la legalidad y dota los actos en que interviene, sin conflictos, ni contiendas, de la legitimidad necesaria para que los mismos resulten eficaces; que es el fin que se persigue con la jurisdicción voluntaria. De ahí que no se haya dudado en afirmar que el notariado es “la magistratura de la jurisdicción voluntaria”⁵¹.

La jurisdicción voluntaria técnicamente no es jurisdicción, puesto que es una función ajena a la propiamente jurisdiccional. La misma se desarrolla mediante recurso sin contradicción e inexistencia de conflicto y partes. Simplemente existe un petionario que persigue el pronunciamiento del órgano competente, para certificar la existencia de los hechos que la norma contempla o la autenticidad de la situación de hecho o relación jurídica, de la cual pueda nacer o desarrollarse un nuevo estado jurídico, que no puede pertenecer ni se constituye en detrimento de un tercero.

Las resoluciones que sustentan los pronunciamientos de la materia no gozan del carácter de cosa juzgada, por lo que son susceptibles de impugnación por terceros cuyos derechos resulten eventualmente afectados por el pronunciamiento. El cual solo se realizará conforme a lo presentado y en los límites expuestos por el petionario, y que tiene, en criterio de CHINEA GUEVARA, el objetivo directo de *certificar hechos y relaciones jurídicas concretas*. En tal sentido, constituyen los instrumentos idóneos para probar su existencia⁵².

En materia de intervención notarial en asuntos de jurisdicción voluntaria y en el ejercicio en sí mismo considerado de la función notarial, no nos es dable olvidar que la fe pública, a través de sus notas de exactitud y de integridad, se materializa en la propia existencia del instrumento público notarial. En este documento coinciden los caracteres de ser público y auténtico, si bien tradicionalmente

50 La distinción entre la función notarial típica y la atípica radica, esencialmente, en la forma en que se realiza la dación de fe. Cuando el objeto de la misma lo constituyen hechos y actos jurídicos que ocurren ante el notario, se habla de función notarial típica, mientras que se denomina atípica toda aquella que queda fuera de este ámbito, como pueden ser los juicios de calificación de las actas de notoriedad. Estas diferencias han quedado hoy superadas por la doctrina: cfr. GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, ob. cit., p. 135.

51 NERI, I., *Tratado Teórico y Práctica de Derecho Notarial*, vol. 1, parte general, cit. por DIEGO LAFFERRIERE, Augusto, *Curso de Derecho notarial*, Provincia de Entre Ríos, Lulu.com, 2008, p. 32.

52 JOSEFINA CHINEA GUEVARA, “Jurisdicción voluntaria y función notarial”, en PÉREZ GALLARDO y LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, *Derecho Notarial*, t. II, cit., p. 51 ss.

estos conceptos han sido indistintamente utilizados. Debemos tener presente que el documento es público, por haberse formado en el ejercicio de una actividad pública, que a su vez incide en su concepción como documento auténtico, lo que se manifiesta no ya en la propia concepción del documento sino en su eficacia, en su condición para producir efectos por sí mismo, sin que sea necesaria una intervención oficial ulterior. Es decir, implica, al decir de NUÑEZ LAGOS, que lleva en sí propio su fuente de prueba: prueba por sí mismo y se prueba a sí mismo⁵³.

Si bien la interrelación de estos conceptos pudiera parecer muy sencilla, en ella se integran tres elementos, puesto que la concepción pública del documento define, al decir de RODRÍGUEZ ADRADO, el sentido subjetivo del documento auténtico, entendiéndose como aquel que por sí solo –autonomía– hace fe –eficacia máxima– de la real procedencia del autor⁵⁴; esto a su vez determina la autenticidad corporal del instrumento, es decir, la correspondencia exacta con la matriz cuando de copias se trata, los signos formales *in genere* que le acreditan como documento público de la especie a que pertenezca y la conservación de la integridad documental con posterioridad a su autorización; al tiempo que determina la autenticidad ideológica, que implica su adecuación a la verdad, la coincidencia real entre el *actum* y su narración documental, el *dictum*⁵⁵.

b. La elevación a escritura pública del acuerdo de mediación.

Principales dilemas

Si bien el camino para lograr que la homologación del acuerdo de mediación se lleve por la vía notarial es todavía un poco escabroso, no sucede así con la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación, a partir del aporte en la notaría de copia tanto de las actas de la sesión constitutiva como del acta final del procedimiento de mediación. La elevación a escritura pública del acuerdo de mediación significa un procedimiento de conversión formal del documento privado, el cual adquiere el carácter de auténtico en los términos anteriormente esgrimidos. La elevación a documento público de cualquier documento privado no es meramente un reconocimiento del negocio jurídico instrumentado en aquel, visto el concepto de reconocimiento en su concepción más amplia, como generalidad y no como especie⁵⁶. En este sentido pudiera resultar sumamente

53 RAFAEL NÚÑEZ-LAGOS, “Los esquemas conceptuales del instrumento público”, en *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre, 1953, p. 149.

54 ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS, “Naturaleza jurídica del documento autentico notarial”, en *Revista de Derecho Notarial*, xlii-xlii, julio-diciembre de 1963, p. 155.

55 *Ibíd.*, p. 160-161.

56 Cabe distinguir la elevación de escritura pública del reconocimiento que se realiza de la firma o el contenido del documento privado, propiamente dicho: en este último supuesto, el hecho del reconocimiento no convierte en auténtico el documento que contiene el negocio, pues constituye, al decir de la doctrina, una *adición* de una diligencia funcionaria, pero no una con-

controvertido poder determinar si el acuerdo de mediación elevado a escritura pública pudiera devenir en un reconocimiento *in forma communi* o *in forma specialis* o *ex certa scientia*, tomando en consideración que si bien en el primero solo se reconoce el acuerdo de mediación tal cual ha sido concebido por las partes en el arreglo del conflicto, siendo la escritura una mera reproducción de este, cabría, al menos en principio, la posibilidad de que en el segundo tipo de reconocimiento las partes pudieran sustituir o modificar alguna de las convenciones a las que se hubiera arribado por concepto del acuerdo.

Se configuraría así, en el primer supuesto, un título que solo es declarativo o probatorio, cuyo contenido queda revestido de la eficacia del instrumento público notarial, mientras que en el segundo supuesto la escritura deja de ser meramente recognoscitiva para asumir un carácter constitutivo o dispositivo. En este supuesto la eficacia de la intervención notarial deja de ser exclusivamente sobre documento para acceder al contenido de la relación jurídica de la cual aquella es forma, es decir, el acuerdo de mediación. Se materializa en este último caso, como bien afirma RODRÍGUEZ ADRADOS, “un dualismo instantáneo, porque el otorgamiento de la escritura pública supone la extinción del contrato primordial, con respecto a los efectos ya producidos por éste y de aquellos aspectos transitorios que no suelen llevarse a la escritura pública”⁵⁷.

versión formal, propiamente dicha. Para RODRÍGUEZ ADRADOS, el documento es heteróntico, nunca auténtico: cfr. RODRÍGUEZ ADRADOS, ob. cit., p. 162. En el ordenamiento jurídico cubano el reconocimiento de firma y del contenido del documento privado constituye un título ejecutivo que genera la ejecución, siempre que el título de crédito sea líquido, vencido y exigible, y solo procede ante la autoridad judicial, previo el cumplimiento del procedimiento establecido, de tal forma que resulta improcedente concebir el reconocimiento de firma o de contenido de un documento privado con efectos de título ejecutivo; aunque el artículo 121 b) de la Resolución 70/1992, “Reglamento de las Notarías Estatales”, de 9 de junio, considera como otros documentos notariales “la identificación o legitimación de firmas, libros o documentos que autorice el Notario”, teniendo este que dar fe de la legitimidad de la firma de quien se trate o del documento, en su caso. La regulación que al respecto hace la norma no es por lo demás del todo clara, pues si bien por momentos hace creer que nos encontramos ante un supuesto del reconocimiento que hemos venido comentando, lo cierto es que posteriormente, en la regulación que hace en el artículo 124, habla de la necesidad de que la firma que se legitime se estampe ante notario; y si no fuere así, este deberá cerciorarse de que es la misma que la persona acostumbra a usar en todos sus actos, no asumiendo responsabilidad alguna por el contenido del documento cuya firma legitima, y existiendo la posibilidad de abstención si dicho contenido fuere contrario a derecho. De ahí que en más de una ocasión no queda claro si lo que se está haciendo es el reconocimiento de una firma que se estampó en un documento previo al reconocimiento o coetáneo, con este, en cualquier caso, queda claro que no es este el reconocimiento que genera un título ejecutivo del crédito. Resulta sumamente interesante la regulación que al respecto hace la ley ritaria civil nacional cuando establece que reconocida la firma, quedará preparada la ejecución, aunque se niegue la deuda, mientras que reconocida la deuda, aunque se niegue la firma, igualmente quedará preparada la ejecución. Cfr. arts. 121 b), 124 y 125 de la Resolución 70/1992, de 9 de junio, Reglamento de las Notarías Estatales, y arts. 486, 487 y 491 de la Ley 7/1977, de 19 de agosto, “Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico”, modificada por el Decreto Ley 141/2006, de 27 de septiembre.

57 ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS, “El concurso de documentos”, en *El Notario del siglo XXI*, n.º 49, mayo-junio de 2013, p. 6.

En cualquiera de los supuestos anteriormente esgrimidos, lo cierto es que la escritura pública interfiere en el acuerdo de mediación ya sea solo en el aspecto instrumental o en este y en el negocial. Y es que no es para nada desdeñable que se conciba que en el interregno que media entre la adopción del acuerdo y la elevación a escritura pública puedan existir determinados cambios o modificaciones en algunos de los acuerdos a los que se ha arribado producto del proceso de mediación. Estas modificaciones siempre podrán venir tanto del actuar del propio notario como de las partes, sin embargo, en cualquier supuesto, el notario como fedatario público y mediador en potencia es quien debe garantizar en el uso de sus funciones, y especialmente la de asesoramiento, el sostenimiento del acuerdo de mediación alcanzado, aun cuando este tenga modificaciones.

El tema de las transformaciones que pudiera tener la escritura de elevación con respecto al acuerdo no es para nada pacífico en la doctrina⁵⁸. Sin embargo, debemos tener presente que estas pueden surgir desde el propio momento en que el notario realiza el control de la legalidad de cada una de las prestaciones que se han adoptado, velando por la equidad de las mismas y por la protección imparcial de cada una de las partes; pero al mismo tiempo el notario puede intervenir para garantizar la efectividad de estos acuerdos por el período de tiempo en que sea necesario, siempre y cuando aquellas, en virtud de las características del ejercicio que dicha función conlleva, decidan la intervención de un tercero que controle el proceso de ejecución del acuerdo. Resulta loable que en este *iter* del proceso de mediación las partes declaren en el propio instrumento la posibilidad de que el notario intervenga, no ya de una forma pasiva, como sujeto controlador exclusivamente, sino también de forma activa, asesorando a cada una de las partes sobre el cabal cumplimiento del acuerdo.

Debatible se torna el tema de la elevación del acuerdo a escritura pública, cuando verse sobre temas de derecho no dispositivo, como pudiera ser todo lo relativo a las normas del ejercicio de la patria potestad y sobre los discapacitados. En este punto sobresalen las posiciones de quienes consideran que estas materias deben ser excluidas de la mediación, de otra parte están quienes piensan que solo podrán ser aprobados acuerdos con respecto a estas materias siempre que tengan la aprobación judicial⁵⁹, y finalmente los que discurren en el hecho de que la in-

58 En contra pueden consultarse las opiniones de José Rojas, *¿Es la mediación la panacea de la resolución de conflictos del siglo XXI? Aspectos más importantes del Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*. Disponible en: www.abbantia.com

59 A nivel internacional es patente la posición que trata de disminuir el dirigismo, por parte de los poderes públicos, sobre las decisiones adoptadas con respecto a los menores hijos, cuya intervención está limitada a los supuestos en que en el ejercicio de la función se lesione o ponga en peligro al menor. Cfr. STS 97/2005 (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 14 de febrero, Ponente: José Almagro Nosete. Comentada por VÍCTOR MORENO VELASCO, "La ejecución del acuerdo de mediación en la relación a las materias no disponibles en las crisis matrimoniales. Una propuesta de solución", en *La Ley*, 12 de junio de 2012. Disponible en: http://handlermm1.mediaswk.com/pdfView.ashx?url_data_id=868347

intervención notarial ofrece garantías suficientes para el ejercicio y protección de los derechos de los sectores más vulnerables protegidos por normas de *ius cogens*, en cualquier caso manteniendo una postura sistémica con respecto al resto del ordenamiento jurídico⁶⁰ y con las últimas tendencias a nivel internacional sobre la materia.

Consideramos prudente que el notario, en el ejercicio del control de los acuerdos adoptados, vele también por la protección de los intereses de los sectores más vulnerables, y que solo se necesite la intervención del fiscal o de los jueces cuando lo pactado sea lesivo o perjudique a los menores, o bien cambien las circunstancias que llevaron a las partes a adoptar el referido acuerdo y se corra el riesgo de un resquebrajamiento de los derechos de dichos sujetos.

Reflexiones finales

La mediación es una fórmula de resolución extrajudicial de conflictos consistente en un método que desarrolla un tercero imparcial y neutral, con suficiente capacitación profesional para intentar que las partes lleguen a un acuerdo y superen sus controversias. La mediación es un sistema voluntario, flexible y confidencial.

Cuando se habla de prevención de conflictos por el notario, esta puede escindirse en dos áreas jurídicas: en la redacción de una cláusula de previsión de los conflictos sucesorios-familiares, y como garantía del acuerdo perfeccionado.

Atendiendo al principio de autonomía de la voluntad que rige a los testamentos, el disponente posee la facultad de nombrar una persona concreta que pueda fungir como mediador en caso de suscitarse un litigio entre los herederos en cuanto a la partición y administración de la herencia, sin que ello contravenga las normas del Código Civil cubano.

No siempre el mediador es un profesional del derecho, y menos un funcionario público, de ahí que el resultado de la mediación recogido en el referido acuerdo, como documento privado, no es ni siquiera prueba semiplena y por lo tanto vale *por y desde* la confesión judicial, y por ende no es auténtico. Solo elevando el acuerdo de mediación a escritura pública o mediante su homologación

60 Si bien el Decreto-Ley 154/1994, "El Divorcio Notarial", de 6 de septiembre, contempla la posibilidad de adoptar decisiones con respecto a los menores hijos, lo cierto es que en la redacción del Anteproyecto de Código de Familia existen criterios contrapuestos en cuanto a la factibilidad de mantener el divorcio notarial con hijos e hijas menores de edad. La Comisión redactora se afilia al criterio de que cuando existen hijos e hijas menores de edad el divorcio debe efectuarse por la vía judicial. Para esta Comisión, de tomarse la decisión de mantener el divorcio notarial con hijos e hijas menores de edad, este debe ser siempre con la presencia del fiscal (hacemos la propuesta de cómo debe redactarse), puesto que hay elementos de la formulación vigente que no deben mantenerse porque contradicen los principios rectores del derecho de familia y vulneran los derechos de niña, niños y adolescentes consagrados en la Convención de los Derechos del Niño. Cfr. Anteproyecto de Código de Familia, versión de febrero de 2010. UNJC-MUNJUS-FMC.

por un juez puede este acuerdo adoptar los caracteres que lo pueden constituir en un verdadero título ejecutivo.

Bibliografía

- BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, RODRIGO (coord.), *Manual de Derecho Civil, Sucesiones*, 2.^a ed., Editorial Bercal, 2012.
- BOLÁS ALFONSO, JUAN, “El notario y sus funciones desde la visión de la Unión Europea”, en *Derecho Notarial*, t. I, La Habana, Félix Varela, 2006.
- CASTANEDO ABAY, ARMANDO, *Mediación para la gestión y solución de conflictos*, La Habana, ONBC, 2009.
- CAVALLÉ CRUZ, ALFONSO, “Hay un tiempo para cada cosa”, en www.notariosyregistradores.com Consultado el 25 de abril de 2010.
- CHINEA GUEVARA, JOSEFINA, “Jurisdicción voluntaria y función notarial”, en PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B. y LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, ISIDORO, *Derecho Notarial*, t. II, La Habana, Félix Varela, 2006.
- CHIOVENDA, JOSÉ, *Principios de Derecho Procesal Civil*, trad. de la 3.^a ed., prólogo y notas de JOSÉ CASÁIS Y SANTALÓ, t. I, Madrid, Reus, 1922.
- CLÉRICI DE ROVIRA, MARÍA SILVANA, *La mediación para resolver conflictos*, México, Pax, 1997.
- COBAS COBIELLA, MARÍA ELENA; HURTADO PÉREZ, ANTONIO y OJEDA RODRÍGUEZ, NANCY, “La Jurisdicción voluntaria”, en *Revista Jurídica*, n.º 19, abril-junio de 1988, año IV, La Habana.
- CORDÓN MORENO, FAUSTINO, “Artículo 1.224”, en *Tomo XVI, Vol 2.º: Artículos 1214 a 1253 del Código Civil (2.ª edición) (enero 1991)*.
- Diccionario de la Lengua Española Real Academia Española*, t. II, 21.^a ed., Madrid, Espasa, 1992.
- DIEGO LAFFERRIERE, AUGUSTO, *Curso de Derecho notarial*, Provincia de Entre Ríos, Edit. Lulu.com, 2008.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, ANTONIO, *El problema de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria a la luz de la experiencia histórica*. Disponible en: <http://www.fd.uo.edu.cu/asignaturas/notarial/> Consultado el 11 de octubre de 2011.

FERNÁNDEZ GIMENO, JOSÉ PASCUAL, *Abogacía y Derecho: Gestión de conflictos jurídicos*, IV Parte, *Solución de conflictos, litigación y ética*, La Habana, ONBC, 2012.

FONT BOIX, VICENTE, *El notario y la jurisdicción voluntaria*, ponencia presentada al VIII Congreso Internacional del Notariado Latino, Ciudad de México, 1 a 9 de octubre. Disponible en <http://www.fd.uo.edu.cu/asignaturas/notarial/> Consultado el 11 de octubre de 2011.

GARCÍA VILLALUENGA, LETICIA y ROGEL VIDE, CARLOS, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/ 2012*, Reus e Instituto Complutense de Mediación y Gestión de Conflictos, Madrid, 2012.

GIMENEZ-ARNAU, ENRIQUE, *Derecho Notarial*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1976.

GOMÁ LANZÓN, IGNACIO, “El arbitraje en el Derecho sucesorio. El arbitraje testamentario”, en *El Notario del Siglo XXI*, n.º 50, Madrid, 2013.

GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, RAFAEL, “Jurisdicción voluntaria y función notarial”, en *Revista Jurídica del Notariado*, n.º 1 extraordinario 1992.

GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, RAFAEL, “Jurisdicción voluntaria”, en PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. y LORA -TAMAYO RODRÍGUEZ Isidoro, *Derecho Notarial* ed., tomo II, La Habana, Editorial Félix Varela, 2006.

GOZÁINI, OSVALDO ALFREDO, *La mediación. Una nueva metodología para la resolución de controversias*, ponencia presentada al I Congreso Internacional de Derecho Procesal, La Habana, 2007.

GUTIÉRREZ OYARZÚN, ROMINA, “La nueva ley de mediación y su aplicación práctica”, 2012. Disponible en http://www.calp.org.ar.ombu.avnam.net/uploads/La_nueva_ley_de_mediacion_aplicacion_practica.pdf

HUALE MANSO, TERESA, *La mediación en asuntos civiles y mercantiles. La transposición de la Directiva 2008/52 en Francia y en España*, La Ley, Madrid.

JIMENO CENDRA, VÍCTOR, *Derecho Procesal Civil 1. El proceso de declaración. Parte General*, 3.ª ed., Madrid, Reus, 2010.

LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS *et al.*, *El nuevo régimen de la familia filiciación, patria potestad, economía del matrimonio y herencia familiar*, Cuadernos Civitas, 1981.

MALDONADO ORIAS, GABRIELA, *Propuesta de Mediación y Arbitraje en Propiedad Industrial para la Comunidad Andina de Naciones*, obra suministrada por la Universidad Andina Simón Bolívar, Bolivia. Disponible en <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/BDA/bo-int-0006.pdf>

MARIÑO SOTOMAYOR, ESTRELLA; ORDELIN FONT, JORGE LUIS y VEGA CARDONA, RAÚL JOSÉ, “Las actas de notoriedad: apuntes para un análisis doctrinal y práctico”, en *Notario del Siglo XXI*, n.º 47, enero-junio de 2013, Madrid.

MERINO ESCARTÍN, JOSÉ FÉLIX, *Contrato de Mediación*, en www.notariosyregistradores.com

MONTERO AROCA, JUAN y *et al.*, *Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil*, 10.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.

MORENO-BALDIVIESO, RAMIRO, “Medios alternativos de solución de controversias”, en *Revista de Arbitraje y Mediación*, 3 de agosto de 2005. Disponible en: http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/conferencia_acj2.php

MORENO VELASCO, VÍCTOR, “La ejecución del acuerdo de mediación en la relación a las materias no disponibles en las crisis matrimoniales. Una propuesta de solución”, en *DiarioLaley.es*

NÚÑEZ-LAGOS, RAFAEL, “Los esquemas conceptuales del instrumento público”, en *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre de 1953.

NÚÑEZ-LAGOS, RAFAEL, “Concepto y clases de documentos”, en *Revista de Derecho Notarial*, xvi, abril-junio de 1957.

NÚÑEZ-LAGOS, RAFAEL, “Reconocimiento de documento privado”, en *Revista de Derecho Notarial*, xxiii, enero-marzo de 1959.

ORTELLS RAMOS, MANUEL *et al.* *Derecho Procesal Civil*, 12.ª ed., Thomson-Reuters Arazandi, 2013.

PALACIO, LINO ENRIQUE, *Manual de derecho procesal civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003.

PÉREZ CEBADERA, MARÍA ÁNGELES, “La ejecutoriedad del acuerdo de mediación”, en *Revista de Jurisprudencia*, n.º 2, 15 de enero de 2013.

PÉREZ DAUDÍ, VICENTE, “La mediación y las medidas cautelares”, en *Revista para el Análisis del Derecho, InDret*, Barcelona, julio de 2012. Disponible en: www.indret.com

PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B., *Derecho de Sucesiones*, t. II, La Habana, Félix Varela, 2004.

PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B. y LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, ISIDORO, *Derecho Notarial*, t. II, La Habana, Félix Varela, 2006.

PÉREZ GURREA, ROSANA, “Estudio sistemático, normativo y doctrinal de la mediación en asuntos civiles y mercantiles: una especial referencia a la mediación electrónica”, en *Revista Digital Facultad de Derecho*, n.º 6, 2013, dedicado a: Premios García Goyena XII Edición. Disponible en: http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBICACIONES/06/PUBLICACIONES/REVISTA%20DIGITAL%20FACULTAD%20DE%20DERECHO/NUMEROS%20PUBLICADOS/NUMERO%20VI/ESTUDIOSISTEMATICONORMATIVODOCTRINAL_O.PDF

PETZOLD RODRÍGUEZ, MARÍA (2004). “Algunos métodos alternos de resolución de conflictos y su consagración en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: El arbitraje y la mediación”, en *Frónesis*, vol. 11, n.º 2, Caracas.

POLONIA, ADRIANA, *Mecanismos de controversias en la región*, Washington, 2000.

RODRÍGUEZ ADRADOS, ANTONIO, “Naturaleza jurídica del documento autentico notarial”, en *Revista de Derecho Notarial*, XL-LXLII, julio-diciembre de 1963.

RODRÍGUEZ ADRADOS, ANTONIO, “El concurso de documentos”, en *El Notario del Siglo XXI*, n.º 49, mayo-junio de 2013.

RODRÍGUEZ PRIETO, FERNANDO, “La previsión del conflicto sucesorio en el testamento”, en *El Notario del Siglo XXI*, n.º 44, Madrid, 2013.

RODRÍGUEZ LLAMAS, SARA, “Mediación como solución alternativa a disputa”, *Revista de la Junta Local de conciliación y arbitraje*, n.º 2, julio-diciembre, México, 1990.

ROJAS, JOSÉ, *¿Es la mediación la panacea de la resolución de conflictos del siglo XXI? Aspectos más importantes del Real Decreto-ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*. Disponible en: www.abbantia.com

SALA-WALTHER, JUAN ÁLVAREZ, “Pasado y futuro del albaceazgo”, en *El Notario del Siglo XXI*, n.º 50, Madrid, 2013.

SANTOS VIJANDE, JESÚS MARÍA, “Tratamiento procesal de la mediación y eficacia ejecutiva del acuerdo de mediación en la Ley 5/2012”, en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, n.º 1, 2013. Disponible en: www.riedpa.com/COMU/documentos/RIEDPAI1303.pdf

SENÉS MOTILLA, CARMEN, “La eficacia del compromiso de mediación y de los ‘acuerdos de mediación’”, en: www.elderecho.com/.../Alcance-ejecutividad-Real-Decreto-Ley_12_459.

TRIGO SIERRA, EDUARDO y MOYA FERNÁNDEZ, ANTONIO JOSÉ, “La mediación civil y mercantil en España y en el Derecho Comparado: A propósito del Real Decreto-Ley 5/2012”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* / 32-2012.

VADO GRAJALES, LUIS OCTAVIO, *Medios alternativos de resolución de conflictos. Mecanismos para acercar la justicia a la sociedad*. Disponible en: <http://comunidad.vlex.com/aula>.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS, “Comentario al Artículo 317, sobre clases de documentos públicos”, Sección: Libro segundo. De los procesos declarativos, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil (Enero 2009)*.

VENEGAS PÉREZ, JOSÉ REINALDO, *La función notarial preventiva de litigios. La mediación notarial*, trabajo de investigación para optar al título de especialista en Derecho Notarial, dirigido por la Dra. Caridad del Carmen Valdés Díaz, La Habana, diciembre de 2006. Un ejemplar de este trabajo está depositado en el Departamento de Derecho Civil y de Familia, Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, Cuba.

VIOLA DEMESTRE, ISABEL, *La mediación como método de resolución de conflictos en seguros: nuevas oportunidades al amparo de la Ley 5/2012*, Barcelona, 24 de febrero de 2013, en: jornadamediacion.com/wp.../DAS%20UB%2024%2001%20VIOLA.pdf

WAGNER, KLAUS, *La función notarial preventiva de litigios: El consejo y la mediación notarial como uno de sus instrumentos*, ponencia de la delegación alemana al XXIII Congreso Internacional del Notariado Latino.

4.^a Sala de la Corte Suprema de Chile, sentencia de Casación Fondo Civil, 22 de septiembre de 1994, M.P.: BULLEMORE GALLARDO, rol n.º 20.716-93.

Anteproyecto de Código de Familia, versión febrero 2010. UNJC-MUNJUS-FMC.

Decreto 622/95, Buenos Aires, de 25 de octubre; Proyecto de ley de medios de resolución de conflictos de Paraguay.

Decreto-Ley 154 de 6 de septiembre de 1994, “El Divorcio Notarial”.

Decreto/Ley 5 de 2012, que establece el procedimiento de Mediación Civil y Mercantil.

Ley 24.573, de Mediación y Conciliación civil y comercial, de la República de Argentina, sancionada el 4 de octubre de 1995, promulgada el 25 de octubre de 1995.

Ley 50/1984 del 28 de diciembre, “De las Notarias Estatales”.

Ley 7/1977 del 19 de agosto, “Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico”, modificada por el Decreto Ley 141/2006 de 27 de septiembre.

Ley 7727/1997 de 9 de diciembre sobre Resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social.

Ley 83/1997 del 11 de julio, “De la Fiscalía General de la República”.

Ley de Arbitraje y Mediación de la República de Ecuador, RO/145 de 4 de septiembre de 1997.

Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., en sentencia dictada el 27 de septiembre de 2010 en un proceso ejecutivo, M.P.: IVÁN ALFREDO FAJARDO BERNAL.

Tribunal Supremo de la República de Cuba, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, Sentencia 746 de 31 de octubre de 2006. Tercer Considerando. Ponente: Acosta Ricart.