



Noviembre 2011

¿INTERVENCIÓN DEL NOTARIO EN LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN CUBA?

Esp. Misalys Hernández Pérez

misalyshp@ult.edu.cu

Esp. Katia Rondón Roca

krondon@ult.edu.cu

Universidad de Las Tunas

Resumen: La Mediación familiar como entendimiento facilitado, se convierte cada día en el proceso estabilizador de la contienda familiar, por excelencia, en el mundo entero. Amen de que en Cuba no se ha instituido legalmente este método alternativo para los conflictos familiares, se desarrollan numerosos estudios al respecto. En aras de profundizar en la homologación de los acuerdos de mediación, para el caso cubano, se realiza la presente investigación, que si bien no agota la temática, propone reflexionar acerca de la posible intervención del Notario en dicho asunto.

Palabras Claves: Mediación familiar, homologación, acuerdos, Notario, Cuba.

¿Intervención del Notario en la Mediación familiar en Cuba?

El hombre en la búsqueda constante de vías para solucionar sus conflictos ha utilizado diferentes métodos. No es casual que la historia deleva la práctica de usos heterogéneos. La autodefensa o

voluntad del más fuerte, en la etapa de la Comunidad Primitiva, la creación de cuerpos legislativos contentivos de drásticas condenas como la Ley del Talión, el ejercicio del colosal poder que ostentaron los reyes o monarcas sobre sus súbditos, fueron tan solo la antesala de la ya legendaria administración de justicia, erigida sobre la base de disposiciones jurídicas.

Por su parte la negociación ha sido un elemento importante que de manera consciente e inconsciente ha sido recurrida por las partes de un conflicto en todas las etapas evolutivas. Al respecto, se instituyen fórmulas alternativas en la actualidad, intrínsecas a la vía judicial en algunas ocasiones, y en otras, al exterior de ella. Todas bajo el denominador común de la negociación. Entre los métodos más comunes y aceptados se encuentran los autocompositivos, que rinden culto a la autonomía de la voluntad, siendo sus más fieles exponentes la Conciliación y la Mediación.

La Mediación no obstante, es el proceso estabilizador de la contienda, por excelencia, tanto en el ámbito particular como social. “Es el sistema de cooperación y resolución de conflictos entre los miembros de una familia, considerada esta en sentido extenso, que a través de un proceso no jurisdiccional, voluntario, confidencial, facilitado por el mediador, que es un tercero imparcial, neutral, capacitado idóneamente y sin ningún poder de decisión, posibilita la comunicación entre las partes para que traten de plasmar los intereses comunes en un acuerdo viable y estable que resulte satisfactorio para ambas, y atiende, también, a las necesidades del grupo familiar, especialmente en la de menores y discapacitados”¹. Enarbola por tanto, la solución pacífica de las contradicciones en el ámbito de las relaciones familiares.

Este criterio ha sido compartido por autores de diferentes latitudes, e incluso, se ha trasladado al Derecho positivo de numerosos “Ordenamientos Jurídicos”². Sobresalen así mismo cuestiones o temáticas asumidas de manera análoga por las disposiciones jurídicas relativas a la Mediación entre las que encontramos: la definición de los principios que deben regir este proceso³

¹ GARCÍA VILLALUENGA, Leticia y BOLAÑOS CARTUJO, Iñaki, *La Mediación Familiar: Una aproximación Interdisciplinar*. Editorial: Ediciones Trea, S. L. España. Diciembre 2006

² Países como España, Italia, Chile, Argentina, Panamá, México, Canadá, Estados Unidos son ejemplos de países que han acogido la Mediación Familiar, siendo los dos últimos de los más experimentados.

³ En la mayoría de los países se observa identidad en cuanto a los principios de la Mediación: Voluntariedad, Igualdad, Imparcialidad, Confidencialidad y neutralidad y Profesionalidad, claro está, que los mismos son perfectamente apreciados a partir de la propia definición de este método alternativo.

independientemente de que se trate de una mediación obligatoria o preceptiva, inducida, sugerida o facultativa; y la relacionada con las ventajas⁴ y formas de conclusión del proceso.

Dentro de las maneras preceptuadas para culminar la Mediación familiar se destaca el arribar a acuerdos. En ellos se acopian las decisiones tomadas en las diferentes sesiones concertadas, así como las razones que las motivaron, e incluso pueden recaer sobre una parte o la totalidad de las materias sujetas a Mediación. Los mismos se sustancian ante la figura del mediador a través de actas que posteriormente se remiten al órgano de Mediación.

Al estar sujeta la Mediación familiar esencialmente a la espontaneidad, es de presumirse que las partes una vez que arriben a consensos en torno a las cuestiones objeto de Mediación, ante el o los mediadores, no necesiten validar ese acuerdo para garantizar su ejecución. Sin embargo, no en pocas legislaciones nacionales se determinan requisitos específicos y obligatorios para que esos acuerdos ostenten plenos efectos jurídicos. Ejemplos de lo anterior lo constituyen diferentes Estados españoles, que exigen que los acuerdos cumplan con los requisitos necesarios para la validez de los contratos⁵. En otros casos se insiste en la validación de los mismos a instancia de la autoridad judicial correspondiente u otra por exteriorización de la propia norma reguladora.

En Cuba, no se encuentra establecida la Mediación familiar, pero sí se ha generado un fuerte movimiento investigador en torno al tema, conducido por el Dr. Armando Castanedo Abay y la MSc. Yamila González Ferrer. Sus propuestas, han sido retomadas por la mayoría de los autores para desarrollar estudios al respecto, esencialmente lo relacionado con los requisitos, ventajas, técnicas de negociación, capacitación, así como el órgano mediador. Sin embargo todavía es insuficiente, a nuestro juicio, el tratamiento científico en torno a los acuerdos, una vez instituida la Mediación.

Si bien la norma jurídica reguladora de la Mediación deberá dilucidar sobre los particulares antes mencionados, también deberá definir la procedencia o no de la homologación de los acuerdos, y en

⁴ Existe un gran consenso internacional en cuanto a las ventajas que se derivan de la mediación, a partir de que contribuye a recuperar el diálogo como principal instrumento, modifica la forma tradicional de solución de la contienda, es menos costosa que la vía judicial y las sesiones pueden estar sujetas a la conveniencia de las partes, supera el esquema ganador-perdedor, y asumir el de ganador-ganador, desarrolla procesos mentales que apunten a resolver los conflictos en el futuro de otras maneras, así como fortalece la comunicación y la autoestima.

⁵ Véase legislaciones Españolas sobre Mediación familiar: artículos 20 al 21 de la Ley 7/2001, de 26 noviembre CORTES VALENCIANAS; artículo 14 de Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar en Canarias; artículo Ley 1 de 2009, reguladora de la mediación familiar en la Comunidad autónoma de Santa Lucía.

caso positivo, qué órgano será competente para ello como se prevé en legislaciones foráneas⁶. No obstante, una propuesta a valorar puede ser la vía notarial, por lo que se sugiere un análisis de la función notarial y la actividad que este funcionario desempeña.

El notario cubano y la Mediación familiar.

Múltiples son las definiciones que en relación a la figura del notario se han expresado. No obstante, resulta importante resaltar su doble naturaleza a la hora de emprender cualquier estudio en torno al tema, en tanto funcionario público y profesional del Derecho, ejerce función pública y Técnica, por cuya interposición “los actos privados y extrajudiciales que se someten al amparo notarial adquieren autenticidad legal”⁷.

La definición de notario en el ámbito cubano actual tiene como basamento legal la propia formulación de la Ley 50 de las Notarías Estatales. Su artículo 1 no solo lo caracteriza como funcionario público, sino que lo conceptualiza e identifica denotando la verdadera dimensión de este profesional del Derecho. Hecho que se complementa con el precepto jurídico enarbolado en el artículo 10 a) del citado cuerpo legal.

Es decir, que el Notario es el funcionario público facultado para dar fe de los actos jurídicos extrajudiciales en los que por razón de su cargo interviene, de conformidad con lo establecido en la ley, o por solicitud de las partes. Así mismo da fe de hechos, actos o circunstancias jurídicas de los que se deriven o declaren derechos o intereses legítimos para las personas o de cualquier otro acto de declaración lícita.

En el ejercicio de su labor fedataria actúa sobre la base del principio de rogación o justicia rogada, adaptando las solicitudes de los comparecientes al requerimiento de las leyes. Empero, solo tendrá lugar la comparecencia notarial, si no media litis en relación con el plano del contenido material del instrumento público. Le corresponde al notario calificar el acto, hecho o circunstancia que se pretende instrumentar, bajo el control de la legalidad en el documento.

⁶ Los artículos 20 al 21 de la Ley 7/2001, de 26 noviembre CORTES VALENCIANAS preceptúan la homologación de los acuerdos través de la vía judicial.

⁷ GIMÉNEZ ARNAU, Enrique, *op. cit.*, p. 45.

Este posicionamiento para nada se contrapone con la función asesora que reconoce el artículo 10 inciso II de la Ley 50⁸. No obstante revela, a nuestro juicio, la no pertinencia de la actuación notarial como mediador primario en la solución de conflictos familiares.

El notario/a como funcionario público y depositario de la Fe pública notarial, le imprime certidumbre, autenticidad, legalidad a los actos que realiza, con el objetivo no solo de garantizar la seguridad jurídica inmediata, sino también la finalidad probatoria y la creación de la prueba preconstituida.

Aunque la finalidad superior del instrumento que redacta y autoriza no es la probatoria, es importante tener en cuenta la importancia que el principio de la prueba preconstituida tiene para el documento notarial y para la propia seguridad jurídica. El artículo 281 en relación al artículo 294 de la LPCALE concede a los documentos autorizados por Notario el valor de prueba plena entre las partes que en ellos hayan figurado, respecto a las declaraciones y respecto a terceros, en cuanto a la fecha y al motivo de su otorgamiento.

Desde esta perspectiva deberá orientarse la intervención notarial en los asuntos de Mediación Familiar, en función de la homologación de los acuerdos, a través de un instrumento público. Siendo los documentos notariales que redacta y autoriza el notario la escritura y el acta, perfectamente reconocidas e identificadas en el artículo 10 incisos a) y b), en relación con el artículo 13 a) y b) de la Ley 50 de las Notarías Estatales. Las actas contienen hechos, actos o circunstancias que, por su naturaleza, no constituyen acto jurídico, en tanto en las escrituras, el contenido es un acto jurídico.

En relación a las primeras, existe una clasificación precisada en el Reglamento de La Ley 50 de las Notarías Estatales. De la interpretación gramatical de cada uno de los tipos preceptuados y la esencia de su contenido, se deduce la imposibilidad de homologar los acuerdos de Mediación familiar a través de un acta notarial.

Sin embargo, del contenido de las escrituras puede inferirse la posibilidad de materializar los acuerdos de Mediación familiar y su cumplimiento. Destaquemos que la escritura, como instrumento público y bajo las formalidades previstas por la ley, posee plena eficacia jurídica y en efecto valor probatorio, fuerza ejecutiva y es considerada como un título de legitimación.

⁸ La Ley 50 define entre las funciones y obligaciones del notario: “asesorar a las personas naturales o jurídicas que requieran sus servicios a quienes instruye sobre sus derechos y los medios jurídicos para el logro de sus fines, esclarece las dudas y advierte del alcance jurídico de las manifestaciones que formulen en el documento notarial de que se trate”

El notario cubano en su actuar cotidiano autoriza escrituras públicas cuyo contenido resulta de las relaciones jurídicas familiares, como puede ser la de divorcio notarial⁹ con o sin la presencia de hijos/as, reconocimiento de hijos, autorizaciones de menores de edad para viajar, autorizaciones de menores de edad para contraer matrimonio, solo por citar algunos ejemplos. Todas bajo la premisa del acuerdo previo para instar al juez de paz.

De manera que puede ser pertinente que una vez que las partes arriben a la negociación en la Mediación familiar, se puedan llevar a escritura pública esos acuerdos. Estas escrituras tendrán la forma y efectos que la ley concede para las relaciones familiares que en la cotidianidad el notario autoriza¹⁰ y en otros casos podrá asumirse la escritura de compromiso para otras situaciones objeto de Mediación.

En el caso específico de la escritura de compromiso tendrá la forma y efectos jurídicos que la Ley 50 y su Reglamento prevén para las escrituras públicas notariales. Contendrá en la parte expositiva los antecedentes del acto. En la parte dispositiva se hará constar la voluntad de los otorgantes en forma de estipulaciones o cláusulas que el Notario redactará con claridad, precisión y propiedad de estilo, ordenándolas prelativamente a los efectos jurídicos del acto.

Así mismo se constituirá en requisitos indispensables para la validez de los acuerdos, la comparecencia y voluntad al acto, así como las formalidades que desde el punto de vista legal son exigibles tanto para el contenido material como para el instrumento, verificado por el notario actuante investido a su vez, de todas las solemnidades y formalidades que la ley le otorga.

¿En qué momento intervendrá el Notario en la Mediación familiar?

⁹ Este instrumento notarial que declara el divorcio tiene fuerza ejecutiva directa e inmediata, a todos los efectos legales a partir de la fecha de su autorización y contendrá los acuerdos de los cónyuges sobre los aspectos relacionados con: “la disolución del vínculo matrimonial, la determinación en relación con la conservación de la patria potestad sobre los hijos comunes menores, salvo que existiere fallo judicial en contrario, acreditado por alguno de los cónyuges, el discernimiento de la guarda y cuidado de los hijos comunes menores, la determinación de la cuantía de la pensión que corresponda conceder a los hijos comunes menores y al excónyuge, en su caso, el régimen de comunicación de aquel de los padres al que no se le confiera la guarda y cuidado de los hijos comunes menores de éstos, las convenciones de los cónyuges sobre el destino de la vivienda, si mediara acuerdo, las advertencias legales correspondientes en cuanto a la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes, en caso de que expresamente declinaren su derecho a realizarla en el propio acto.”⁹

¹⁰ Pudieran tener la forma de escritura pública las cuestiones referidas a guarda y cuidado, régimen de comunicación, pensión alimenticia tanto para los hijos menores como para los cónyuges, las cuestiones referidas a la vivienda, la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes, etc.

El notario cubano tiene muy bien determinada su competencia y sede notarial definidos en la Resolución de nombramiento que emite la máxima autoridad de las Direcciones Provinciales de Justicia. A partir de allí resolvemos que su intervención deberá estar sujeta a diferentes variantes que pueden ser: que se solicite, previamente, por el órgano mediador la presencia del notario en cada una de las etapas, lo que obviamente conlleva a una planificación más estricta de las fases de Mediación, y otra variante pudiera ser, que el notario tenga su sede en el lugar donde se desarrolle el proceso mediador, de manera que se evite la comparecencia de las partes en fecha distinta a la que se arribe a dichos acuerdos y le permita desplegar en esa sede, además, toda la actividad pública y técnica para la que fue investida.

Ideas conclusivas.

- La Mediación se convierte cada día en un tema novedoso en el devenir jurídico, como entendimiento facilitado que proporciona, amplias posibilidades a las partes en conflicto.
- Las legislaciones nacionales condicionan la validez de los acuerdos de mediación familiar, a la existencia de requisitos, entre ellos su homologación.
- Una propuesta a considerar para la homologación de acuerdos una vez instituida la Mediación familiar en Cuba, es la vía notarial, sin que ello signifique que el notario se convierta en mediador primario en la solución de conflictos familiares.
- Resulta factible autorizar a través de escrituras públicas notariales los acuerdos de Mediación familiar cuyo contenido resulte de las relaciones familiares, previa disposición normativa.

Bibliografía.

Libros y artículos

CABALLI, María Cristina y QUINTEROS AVELLANEDA, Liliana Graciela, Introducción a la Gestión no adversarial de conflictos, Grupo de ediciones del Árbol, 1ra ed, Buenos Aires, 2009

GIMÉNEZ ARNAU, Enrique, *op. cit.*,

HERNÁNDEZ PÉREZ, Misalys, La Mediación familiar, Tesis en opción al título de Especialista en Derecho Civil y Patrimonial de Familia, Camaguey, 2009.

PÉREZ GALLARDO, Leonardo, Derecho Notarial, tomo II, Ed Félix Varela, La Haban, 2007

PÉREZ GALLARDO, Leonardo, Derecho Notarial, tomo III, Ed Félix Varela, La Haban, 2008

PÉREZ GALLARDO, Leonardo, Indicaciones metodológicas para el estudio del Derecho Notarial en el curso para trabajadores, La Habana, 2001

GARCÍA VILLALUENGA, LETICIA y BOLAÑOS CARTUJO, IÑAKI, *La Mediación Familiar: Una aproximación Interdisciplinar*. Editorial: Ediciones Trea, S. L. España. Diciembre 2006

Legislación

Código de Familia, La Habana, 1975

Constitución de la República de Cuba, La Habana, 1976

Decreto Ley 154 de Divorcio Notarial, La Habana, 1994

Decreto-Ley 241/2006. Modificativo de la LPCAL en Cuba

Ley 50 de las Notarías Estatales, La Habana, 1984

Ley 7/1977 Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico de Cuba

Ley 7/2001 de Mediación Familiar en la Comunidad Valenciana.

Ley 15/2003 de la Mediación Familiar de Canarias.

Ley 1/2008 de Mediación Familiar del País Vasco.

Ley 1/2009 de Mediación Familiar en Andalucía

Resolución 70. Reglamento de las Notarías Estatales, La Habana, 1992