

13

**EL NOTARIO COMO PROMOTOR
DE SOLUCIONES NO ADVERSARIALES EN MATERIA DE
DIVORCIO: SU ROL DE CONCILIADOR EN LA ACTIVIDAD
NOTARIAL**

EL NOTARIO COMO PROMOTOR

DE SOLUCIONES NO ADVERSARIALES EN MATERIA DE DIVORCIO: SU ROL DE CONCILIADOR EN LA ACTIVIDAD NOTARIAL

NOTARY AS A PROMOTER OF NON-ADVERSARIAL SOLUTIONS IN MATTER OF DIVORCE: HIS ROLE AS CONCILIATOR IN NOTARIAL ACTIVITY

Eugenio Egúez-Valdivieso¹

E-mail: eugenio.eguez@umet.edu.ec

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9351-606X>

Carlos Eduardo Durán-Chávez¹

E-mail: cduran@umet.edu.ec

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9857-2220>

¹ Universidad Metropolitana. Ecuador.

Cita sugerida (APA, séptima edición)

Egúez-Valdivieso, E., & Durán-Chávez, C. E. (2023). El notario como promotor de soluciones no adversariales en materia de divorcio: su rol de conciliador en la actividad notarial. *Revista Metropolitana de Ciencias Aplicadas*, 6(1), 106-114.

RESUMEN

En este ensayo se propone una reforma normativa para ampliar las atribuciones del notario como promotor de soluciones no adversariales en materia de divorcio, toda vez se presenta una problemática concreta relacionada con la actividad notarial, en cuanto a la limitación de las atribuciones del notario para resolver divorcios por mutuo consentimiento y casos de terminación de uniones de hecho, cuando existan hijos dependientes. En la actualidad, los notarios amparados en la jurisdicción voluntaria pueden tramitar el divorcio por mutuo consentimiento y la terminación de la unión de hecho. Sin embargo, en el caso de hijos dependientes, se requiere previamente de un acta de mediación o, en su lugar, una resolución judicial respecto de la tenencia, visitas y alimentos que bien pueden ser resueltas en sede notarial si los notarios tuviesen la facultad para conciliar. Se concluye que se hace necesaria una reforma normativa para que el notario tenga la facultad de actuar como conciliador, solo en los casos mencionados, a fin de dar una solución global al divorcio sin necesidad de acudir a la sede judicial o a un centro de mediación.

Palabras clave:

voluntariedad, extrajudicialidad, rogación, conciliación, jurisdicción voluntaria, desjudicialización.

ABSTRACT

In this essay, a regulatory reform is proposed to expand the attributions of the notary as a promoter of non-adversarial solutions in matters of divorce, every time there is a specific problem related to the notarial activity, in terms of the limitation of the attributions of the notary to resolve divorces by mutual consent and cases of termination of de facto unions, when there are dependent children. Currently, notaries covered by the voluntary jurisdiction can process the divorce by mutual consent and the termination of the de facto union. However, in the case of dependent children, a mediation act is previously required or, instead, a judicial resolution regarding custody, visits and food that may well be resolved at a notary office if the notaries have the power to reconcile. It is concluded that a regulatory reform is necessary so that the notary has the power to act as conciliator, only in the cases mentioned, in order to provide a global solution to divorce without the need to go to court or to a mediation center.

Keywords:

Voluntariness, extrajudiciality, rogation, conciliation, voluntary jurisdiction, dejudicialization.

INTRODUCCIÓN

La función notarial se rige, esencialmente, por los principios de asesoramiento o asesoría, rogación, de fe pública, veracidad, seguridad jurídica, legalidad, imparcialidad, forma, autoría de documento, libre elección, interpretación, intermediación, inmediatez, unidad de acto, objetivación, consentimiento, reserva o secrecía, resguardo, conservación o custodia, matricidad, registro o de protocolo, publicidad, extraneidad, profesionalidad, calificación, prioridad, dación de fe, voluntariedad y extrajudicialidad.

La sede notarial no es un espacio para la confrontación o el litigio sino para construir soluciones legales debidamente sustentadas que beneficien a los usuarios del servicio. En este sentido, el notario bien podría actuar como conciliador en algunos casos que requieran de su intervención a fin de que las partes involucradas en determinados actos o contratos puedan llegar a acuerdos beneficiosos sin que sea necesario recurrir a la función judicial.

Realmente no hay consenso en la doctrina respecto de cuántos deben ser los principios que deben regir la función notarial, ni cuál debería ser el orden de importancia, sin embargo, es indudable que su aplicación es fundamental para el desarrollo de las actividades del notario por lo que se ha considerado importante establecer una definición básica de cada uno de ellos para tenerlos en cuenta durante el presente análisis.

En la actualidad, de conformidad con lo previsto en el artículo 18 numeral 22 de la Ley Notarial (Ecuador. Presidencia de la República, 1966), se identifica una limitación de las atribuciones del notario para resolver divorcios por mutuo consentimiento y casos de terminación de uniones de hecho, cuando existan hijos dependientes. Los notarios pueden tramitar el divorcio por mutuo consentimiento y terminación de la unión de hecho, y en el caso de hijos dependientes, se requiere previamente de un acta de mediación o resolución judicial respecto de la tenencia, visitas y alimentos. Esta atribución se encontraba establecida en la Ley Notarial como una facultad exclusiva del notario.

Sin embargo, por resolución de la Corte Constitucional No. 7-16-IN/21 (Ecuador. Corte Constitucional, 2021) se declara la inconstitucionalidad de la palabra “exclusivas” específicamente para la atribución establecida en el numeral 22 del artículo 18 de la Ley Notarial, relativa a la facultad privativa del servicio notarial, cuando expresa: ***“Tramitar el divorcio por mutuo consentimiento y terminación de la unión de hecho, únicamente en los casos en que no existan hijos menores de edad o bajo su dependencia según lo previsto en la Ley, y de haber hijos dependientes, cuando su situación en relación a tenencia, visitas y alimentos se encuentre resuelta con acta de mediación o resolución judicial dictada por Juez competente”***.

Por otra parte, el numeral 3 del artículo 334 del COGEP (Ecuador. Asamblea Nacional, 2015) expresa que ***“el divorcio o terminación de unión de hecho por mutuo consentimiento, cuando haya hijos dependientes y que su situación en cuanto a tenencia, visitas y alimentos no se encuentre resuelta previamente, es una competencia exclusiva de las o los juzgadores”***.

E preciso recordar que antes de que el numeral 22 del artículo 18 de la Ley Notarial, sea sustituido por la disposición reformativa tercera de Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 517 de 26 de junio del 2019, refería como competencia del notario tramitar divorcios por mutuo consentimiento, sólo en los casos en que los cónyuges no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia.

En la actualidad, se extendió la competencia al notario para tramitar el divorcio por mutuo consentimiento y terminación de la unión de hecho, sólo cuando no existan hijos menores de edad o hijos que dependa de los padres, y de existir hijos dependientes, cuando su situación relativa a tenencia, régimen de visitas y alimentos esté previamente resuelta con acta de mediación o resolución judicial. Es importante destacar que la actividad legislativa actual tiende a incrementar progresivamente las atribuciones del notario conforme fue expresado, lo cual beneficia al usuario del sistema.

En relación con lo manifestado anteriormente, se puede constatar que la atribución del notario respecto del divorcio no contencioso se ha ampliado con la evolución de la sociedad y del Derecho, para que los asuntos de familia sean resueltos con la menor incidencia al grupo familiar puesto que ya se ve afectado por las consecuencias propias de un divorcio. En sede notarial se tiene menos exposición al público y por tanto, mayor resguardo del derecho a la intimidad personal y sobre todo protege a la familia.

La Constitución de la República del Ecuador prescribe que el servicio notarial se constituye en uno de los órganos auxiliares de la función judicial (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008) teniendo esta última como principios, entre otros, el principio de simplificación, eficacia, celeridad y economía procesal.

Además, para viabilizar la intervención del notario, debe concedérsele la facultad conciliadora para que se pueda definir tenencia, alimentos y régimen de visitas, y sólo en estas actuaciones cumpliría el rol de conciliador, luego de lo cual asumiría nuevamente su papel de notario, conforme a la práctica ordinaria, sin desvirtuar la naturaleza de su función. Indefectiblemente, la reforma incluiría el reconocimiento del instrumento notarial respectivo con los mismos efectos que tiene actualmente el acta de mediación, es decir, el valor de sentencia ejecutoriada pasada en autoridad de cosa juzgada.

DESARROLLO

Respecto de los principios que rigen la actividad notarial, a continuación, se realizará una síntesis de lo que han expresado Lucas & Albert (2019). Al referirse al principio de **fe pública** se ha dicho que el notario está investido por el Estado de la fe pública, y por tanto otorga a todas sus actuaciones la certeza y seguridad jurídica que se requiere y la confianza del usuario. Cuando se menciona al principio de **veracidad** se refiere a que se busca que toda manifestación sea verdadera, de lo cual da fe el notario.

Con relación al principio de **seguridad jurídica** se afirma que a través de este se garantiza el respeto a los derechos del ciudadano. En cuanto al principio de **legalidad**, este ha de entenderse como la obligación de respetar la normativa jurídica vigente. Es muy importante también, el principio de **autoría** del documento que significa que el notario sigue siendo el autor del documento notarial.

Respecto del principio de **forma**, se puede colegir que este se refiere a la exigencia de que se cumplan con los requisitos, las formalidades esenciales y el pleno conocimiento de validez de cada una de las instituciones jurídicas, la formalización y el conocimiento del documento que autoriza, y de la inclusión en los archivos de la notaría.

Los autores precitados Lucas & Albert (2019), siguiendo con el análisis de los principios, expresan: *“en relación con el principio de libre elección, este se refiere a la posibilidad de que los particulares elijan libremente a cualquier notario. Otro de los principios fundamentales dentro de la actividad notarial es el principio de rogación que significa que el notario sólo puede actuar a pedido expreso del usuario. En cuanto al principio de interpretación este se relaciona estrechamente con el principio de asesoría, es decir que el notario identifica la problemática que se pretende resolver por parte del usuario y le brinda consejo. Con relación al principio de inmediación este se vincula con el contacto directo del notario con sus clientes. A su vez, el principio de inmediatez, se relaciona con la celeridad en la atención al usuario”*

En cuanto al principio de **unidad de acto**, este consiste en que las actas y diligencias notariales deben ser firmadas en un solo acto, en unidad con los comparecientes y el notario. El principio de **consentimiento** refiere que los intervinientes actúen sin presión y sin ningún tipo de vicios de consentimiento. En lo relacionado con el principio de **reserva, secreto profesional o secrecía** este consiste en no hacer público, o de conocimiento de terceros, aquellos hechos o circunstancias ajenas de las cuales se ha tomado conocimiento en razón del desempeño de la función notarial, ya sea por revelación de la parte, de terceros o por la propia actuación del notario.

El principio de **matricidad** por su parte, comprende la obligación de custodiar los documentos originales que ha autorizado el notario, de modo que sólo sus copias auténticas operan en el tráfico y en el protocolo. Respecto del

principio de **registro o de protocolo**, este refiere al deber de conservar en los archivos de la notaría el original de la matriz.

Por su parte, el principio de **extraneidad**, está relacionado con el hecho de que el notario no puede ser parte interesada en el acto, contrato, o negocio en el que interviene. El principio de la **profesionalidad** se refiere a la capacidad y formación profesional que debe tener el notario, con el fin de brindar siempre la tan anhelada seguridad jurídica, inherente a su ministerio.

Conforme a los principios expresados, es indudable que el rol del notario va más allá de ser un simple fedatario y, en muchos aspectos tiene similitudes con el rol de un conciliador o mediador. Así lo expresa Milán Morales (2015), cuando cita a Giménez-Aranu (1976), al referir que *“la posibilidad de ver al notario en dualidad de funciones, dígame 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”*. (p. 411)

Si bien, los autores se refieren a la dualidad notario-mediador, se podría entender la misma bifuncionalidad notario-conciliador, en relación de que la intervención como tercero imparcial, en ambos casos, y neutral, en el caso del rol de conciliador, implica una actividad proactiva de parte de este para la solución del conflicto. Por otra parte, existen algunas semejanzas en los principios que rigen tanto en la actividad notarial como en los procedimientos de mediación, como el principio de **fe pública**, como se establece en el tercer inciso del Art.47 de la Ley de Arbitraje y mediación que expresa: *“Por la sola firma del mediador se presume que el documento y las firmas contenidas en éste son auténticas”* (Ecuador. Congreso Nacional, 2006). También hay coincidencias entre los procedimientos de mediación y la actividad notarial en los principios de seguridad jurídica, legalidad, forma, libre elección, rogación, consentimiento, reserva, extraneidad, buena fe, entre otros.

De otra parte, Milán Morales (2015), al referirse a los aspectos coincidentes entre las funciones del notario y del mediador/conciliador, expresa que existen varias características similares entre las dos figuras. La primera concurrencia, es la preparación académica y actualización constante que se requiere para el desempeño de estas delicadas funciones. Otro aspecto se relaciona a la intervención del profesional como asesor, consejero o guía para que el usuario que acude en busca de apoyo encuentre las orientaciones que le permitan encontrar una respuesta adecuada. Otros aspectos se refieren a la prestancia del profesional dentro de la sociedad, los valores éticos, la reserva que debe mantener respecto de lo que llegan a conocer para seguridad y garantía de los usuarios, la objetividad e imparcialidad.

Ciertamente, Milán Morales (2015), se refiere a una propuesta del notario como mediador para el ordenamiento jurídico cubano, pero lo adecuado, en el caso ecuatoriano, sería la conciliación pues esta faculta al notario, en su rol de conciliador, para proponer fórmulas de arreglo lo cual no es permitido para el mediador debido al principio de neutralidad, que le impide emitir sugerencias de arreglos a las partes. Consecuentemente, debido a la formación profesional del notario y a su experiencia, bien podría orientar con certeza a los usuarios para que elijan la mejor alternativa para sus intereses.

Por tanto, la diferencia entre mediación y conciliación se refiere a que, en la primera, el mediador no puede intervenir proponiendo fórmulas de arreglo, mientras que en la segunda, sí puede hacerlo. Al respecto, Pérez Fuentes & Cobas Cobiella (2013), refieren que *“en la materia de la mediación se le devuelve el protagonismo a las partes, “Autocomposición frente a heterocomposición”. Lo cual comparativamente, no significa que en los casos de intervención de los Notarios, los comparecientes no tengan la suficiente relevancia, sin embargo, cabe decir que quien construye el documento público es el Notario, a diferencia de lo que sucede en sede de Mediación, en que el mediador asume una función diferente”*. (pp. 656-657)

Actualmente, en Ecuador la diferencia entre la mediación extrajudicial y la conciliación intrajudicial consiste en que, en la primera el mediador no puede proponer fórmulas de arreglo a diferencia de la segunda, en la que el conciliador sí puede presentar sugerencias y recomendaciones a las partes. Sin embargo, no existen argumentos para sostener tal distinción. Por el contrario, hay quienes afirman que, si las partes no encuentran salidas adecuadas para su conflicto, es justo que el mediador pueda orientarles y recomendar alternativas de solución. En este sentido, quienes sostienen este criterio consideran que lo ideal sería que tanto al mediador como al conciliador se les faculte para sugerir posibles salidas al conflicto, pero que se deje expresamente establecido que estas recomendaciones no son vinculantes y que esta particularidad sea dada a conocer a las partes para que no se sientan presionadas.

En los procesos de mediación, si bien ya no se produce esa interacción entre las partes y el mediador, como sucede en los procesos judiciales con el principio de inmediatez, en cambio aparece un proceso dialógico entre las partes, que buscan construir un acuerdo, con el apoyo profesional del tercero imparcial y se produce ese contacto directo e inmediato entre los protagonistas del conflicto.

Con estos antecedentes, desde el punto de vista normativo, resulta relevante destacar lo dispuesto en la Constitución de la República (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008), respecto a la promoción para la resolución de conflictos a través del fomento de una cultura de paz, por medio de métodos alternativos

de resolución de controversias, tendentes a coadyuvar con la desjudicialización de las causas que cursan en los tribunales.

Además, el Código Orgánico de la Función Judicial (Ecuador. Asamblea Nacional, 2009) reconoce a los medios alternativos como una forma del servicio público de administración de justicia, lo cual constituye una declaración trascendental en la búsqueda de una cultura de paz. De otra parte, la Ley de Arbitraje y Mediación define a la mediación como un procedimiento de carácter extrajudicial y definitivo que pone fin al conflicto (Ecuador. Congreso Nacional, 2006).

A su vez, el Código Orgánico General de Procesos (Ecuador. Asamblea Nacional, 2015), también se refiere a la mediación y conciliación como formas extraordinarias de conclusión del proceso. En este sentido, la propuesta de reforma a la Ley Notarial que se presenta en este ensayo, tiene como objetivo que se faculte al notario la tramitación del divorcio por mutuo consentimiento y terminación de la unión de hecho, y en el caso de hijos dependientes, este proceda a solucionar previamente lo concerniente a la tenencia, visitas y alimentos, lo cual contribuiría con los propósitos expresados en las normas citadas y así facilitar al ciudadano la resolución de sus conflictos de manera ágil y eficiente.

Respecto de este punto que destaca como objetivo del presente ensayo, se expresa que el notario, previa rogación de las partes *“habrá de asesorarlas con imparcialidad, conciliando y equilibrando intereses, con la finalidad de buscar la fórmula jurídica más adecuada para la consecución de los fines que se pretendan alcanzar”*. (Fernández, 2015, p. 136)

Así el mismo autor sostiene, en cuanto a la relación existente entre los principios que rigen la mediación y la actividad notarial, lo siguiente: *“Estos principios que han de informar la actividad de los mediadores coinciden, con carácter general, con los que inspiran la actuación notarial... No solamente se evitan litigios por la configuración de relaciones jurídicas sanas y sin irregularidades, sino que la misma intervención del notario en la fase inicial del contrato, podríamos decir, en las negociaciones previas, es en muchas ocasiones decisiva para evitar el conflicto”*. (Fernández, 2015, p. 136)

En relación a la sociedad ecuatoriana, conviene destacar la importancia de la cultura jurídica, pues esto determina la manera en la que gestiona las controversias que se presentan. Si la función judicial, que constituye un sistema adversarial para la solución de conflictos, es el medio principal que se ha puesto a disposición de los ciudadanos y que está reconocida como parte de la estructura estatal en la norma fundamental, evidentemente se está alentando la confrontación, el litigio y la contradicción, más aún si se declara que los métodos no adversariales de solución de conflictos son alternativos. La cultura de

la disputa y el enfrentamiento ha generado una sociedad violenta que está muy alejada de las declaraciones acerca de la cultura de paz, pues no hay coherencia entre la realidad y las buenas intenciones prescritas en la carta magna.

Por su parte, Córdor (2020), se refiere al avance progresivo de la desjudicialización del divorcio, y en este sentido, a la atribución que se ha hecho extensiva a los notarios, en estos casos. Por tanto, expresa: ***“Doctrinariamente, se ha establecido que la transferencia de estas atribuciones a los notarios es una consecuencia del progresivo fenómeno de desjudicialización del divorcio y tiene como fin disminuir el costo personal y patrimonial, que el largo proceso de divorcio judicial causa a todos los involucrados”*** (p. 4)

En atención a los principios de eficacia, celeridad y simplificación, debería otorgársele la facultad al notario, para atender los asuntos relacionados con la tenencia, alimentos y visitas de los hijos menores de edad o dependientes, que son sometidos a su conocimiento, observando en su actuación el principio de legalidad, aplicando en su actividad, las normas pertinentes.

Los principios que inspiran la actividad notarial, conjuntamente con los principios enunciados en el párrafo precedente, se constituyen en bases sólidas para que el notario, que posee condiciones para asumir la tramitación de diversos asuntos que le son requeridos, pueda asumir esta facultad, fomentando en el caso de así requerirse, propuestas de soluciones para resolver algún punto controvertido respecto de la tenencia, visitas o alimentos de los hijos menores.

Por lo general, las personas buscan instintivamente las mejores condiciones para desarrollar sus actividades y eligen las opciones más adecuadas. Por esta razón, los mecanismos alternativos de solución de conflictos van ganando adeptos puesto que las condiciones son más adecuadas y menos complejas que el servicio judicial. Asimismo, los asuntos que antes eran de exclusiva competencia del órgano judicial, ahora algunos de aquellos casos pueden ser conocidos y resueltos en otros espacios extrajudiciales.

En cuanto a los notarios, también se puede apreciar la expansión de sus labores y la diversidad de aspectos en los que pueden intervenir y su labor es cada vez más apreciada y considerada. Es por ello que el servicio notarial tiende hacia la integralidad en la prestación de servicios, para brindar una atención completa al usuario evitando que acuda a diferentes instancias. En muchos casos, el notario requiere recurrir a la conciliación para resolver de manera global y es por ello que se sugiere que se le confieran las atribuciones necesarias en casos específicos como el que se plantea en el presente ensayo, es decir en los casos de divorcios por mutuo consentimiento y de

terminación de uniones de hecho, cuando existan hijos dependientes.

Una vez que se han precisado los principios notariales, se advierte que no existe contradicción entre la actividad notarial y la conciliación, en todo caso se complementan. Es preciso destacar que de ninguna manera se pretende desvirtuar la naturaleza de las funciones y atribuciones típicas del notario, al otorgarle facultades conciliatorias en los casos concretos de divorcios por mutuo consentimiento y en los casos de terminación de uniones de hecho, cuando existan hijos dependientes, sino que por el contrario, se busca complementar su actividad en favor de los usuarios del sistema para que no tengan que acudir a diferentes instancias y estamentos para definir su situación.

En Colombia, la norma suprema le otorga al notario facultades de conciliador o árbitro, considerando su conocimiento del Derecho y su respetabilidad en la sociedad. En este sentido, Pasos et al. (2021), señalan que ***“el artículo 116 de la Constitución Política de Colombia le dio vida a la investidura temporal del notario, dentro de la administración de justicia para proferir fallos en calidad de conciliador o árbitro”*** (p. 163).

La evolución de la actividad notarial es impostergable y por tanto debe acoplarse a la tendencia actual de resolución de conflictos que busca la colaboración y el consenso antes que la confrontación y la disputa.

En el caso colombiano, la Corte Constitucional al referirse a la conciliación expresa que el tercero imparcial puede proponer fórmulas pacificadoras, como lo expresa Pasos et al. (2021), ***“la conciliación es una forma jurídica de arreglo pacífico de las diferencias, siempre que estas sean susceptibles de acuerdo de transacción, desistimiento y las que exprese la ley. De acuerdo a las definiciones citadas anteriormente, la conciliación puede entenderse como un mecanismo alternativo de solución de conflictos cuyo objetivo es poner fin a una controversia surgida entre dos o más partes, liderado por una tercera persona imparcial y neutral que ayuda a las partes a buscar una solución consensual, proponiendo fórmulas pacificadoras que las partes pueden rechazar o aceptar”***. (p. 161)

En Ecuador la infraestructura de órgano auxiliar notarial, es muy amplia y está distribuida en todo el territorio con 595 notarías (Ecuador. Consejo de la Judicatura, 2022). Esto es muy importante puesto que de este modo se acerca a la población los servicios que requiere para cumplir con los actos y contratos de diferente índole. Por ello también es importante que se realicen alianzas estratégicas con centros de mediación para complementar el servicio. El crecimiento de la demanda de los medios alternativos no adversariales de solución de conflictos se debe a las facilidades y bondades que prestan al usuario la conciliación, la mediación, y otros métodos alternos de solución de conflictos, así como el servicio notarial.

Es indudable que el rol del notario dentro de la cultura jurídica de la sociedad ecuatoriana, tiene un reconocimiento tácito especial por su destacada presencia, puesto que expresa seguridad, transparencia y legalidad para los usuarios, que buscan realizar un acto o contrato que, en muchos casos, es relevante para la vida familiar, como en asuntos de carácter sucesorio, familiar, contractual, societario, etc. Además, coadyuva al fortalecimiento de una cultura de paz.

Para corroborar lo señalado, Martínez (2020), expresa que *“podrá realizarse ante Notario la conciliación de los distintos intereses de los otorgantes con la finalidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial”*. *¿Por qué el legislador ha elegido al Notario para ser conciliador? Por su gran preparación jurídica, prestigio y reconocimiento social y por su carácter de funcionario público, que le exige independencia subjetiva de las partes e imparcialidad”*.

Poner a disposición de la ciudadanía métodos de solución de conflictos alternativos al sistema judicial y de carácter no adversarial, es una forma de conducir a la sociedad hacia una cultura de paz en la que la herramienta fundamental sea el diálogo en lugar de la confrontación. Por tanto, dotar al notario de atribuciones para conciliar en asuntos de tenencia, visitas y alimentos, para complementar el trámite en sede notarial de un divorcio por mutuo consentimiento y la terminación de la unión de hecho cuando existen hijos dependientes, permitiría al usuario disponer de un servicio integral para solucionar esta clase de conflictos de familia en un ambiente de armonía y tranquilidad.

Es indudable que las funciones y atribuciones establecidas para el notario deben mantenerse, pero si para su mejor desempeño se requiere complementar sus facultades, como la de conciliar en los casos concretos descritos en líneas anteriores, se debe proceder de conformidad a esta necesidad y aprovechar la prestancia del notario, obtenida a través de los años durante su desempeño dentro de la comunidad, debido a sus conocimientos del Derecho.

Definitivamente, la resolución de conflictos se inclina cada día más hacia la búsqueda de métodos colaborativos y pacíficos, a través del diálogo, y en este sentido, la tendencia es ir desplazando los métodos adversariales. Por ello, todo esfuerzo por reducir las dificultades para acceder a soluciones rápidas, eficientes y apegadas a Derecho, irá evolucionado para acoplarse a una nueva realidad.

Al amparo de la estructura jurídica en vigencia, no es posible que el notario pueda actuar como conciliador para tramitar asuntos de alimentos, régimen de visitas y tenencia, pero ello no significa que en el futuro no puedan reformarse las leyes para evolucionar en el empeño de solucionar los conflictos a través de métodos no adversariales.

Es así como Pazos (2015), refiriéndose a la legislación mexicana, expresa que *“desde la entrada en vigor la LJV, cualquier persona podrá solicitar al notario la realización de una conciliación, siempre que los conflictos sean de Derecho privado, y no medien intereses públicos o especialmente protegidos (menores, incapacitados, funcionarios o administraciones, etc.). El notario citará a la otra parte a un acto de conciliación (al que puede presentarse o no, ya que no es obligatorio hacerlo) y recogerá necesariamente en una escritura pública los acuerdos que se alcancen. Esta escritura pública tendrá fuerza ejecutiva, de modo que la parte que incumpla los acuerdos se verá forzada a ello en un procedimiento de ejecución (necesariamente judicial) en el que no se entra en el fondo del asunto, sino que se limita a obligar al incumplidor a realizar lo acordado”*.

Es importante advertir que, si se llegara a conferir al notario facultades para conciliar en asuntos de alimentos, régimen de visitas y tenencia, sería necesario también dotar de efectos jurídicos especiales a la escritura que contenga el acuerdo conciliatorio para que en caso de incumplimiento estos acuerdos tengan los efectos de una sentencia ejecutoriada como lo tiene el acta de mediación. Asimismo, este documento que contenga el acuerdo conciliatorio tendría el carácter de confidencial, en virtud de que entre los involucrados se encontrarían niñas, niños y adolescentes.

Resulta necesario considerar las consecuencias de estas reformas legales puesto que de cierta manera podrían producirse rivalidades entre los centros de mediación y las notarías debido a que, en casos de divorcio, régimen de visitas, tenencia y alimentos, las dos sedes tendrían las mismas competencias. Por ello, también podría pensarse en la creación de alianzas estratégicas entre notarías y centros de mediación para brindar un servicio eficiente y eficaz a los usuarios del sistema.

La atribución conciliadora que se confiera al notario permitirá a las partes solucionar sus problemas de manera pacífica y sin confrontaciones de ninguna naturaleza. En otros ordenamientos jurídicos los términos mediación y conciliación se los utiliza indistintamente, pero en el fondo la idea fundamental es conferir al notario de atribuciones conciliatorias. Así lo manifiesta Sotomayor (2021), al señalar que *“la Sede Notarial, al privilegiar a la “Mediación” dentro de los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias (MASC), permitirá diluir para los intervinientes, las barreras de comunicación originadas por el conflicto, restableciendo con ello la comunicación asertiva y el diálogo entre las partes intervinientes, propiciando con ello poner voz y rostro a sus historias, permitiéndose escuchar el uno al otro, evitando que las personas se encuentren emocionalmente colapsadas. Esta dinámica propicia para ellos un proceso transformativo que provoca un cambio de actitud en las personas y la forma de relacionarse en el futuro”*.

La voluntariedad es el principio coincidente entre la función notarial y el procedimiento de conciliación, y es lo que distingue al servicio notarial del ámbito judicial. Los usuarios que acuden al notario saben de antemano que no tendrán que contradecir, sino que simplemente requieren de ciertas acciones para perfeccionar determinado acto o contrato. Por esta razón la ley debe facultar al notario para que en casos específicos pueda conciliar para obtener las decisiones necesarias para proseguir con los trámites.

CONCLUSIONES

Si bien la jurisdicción voluntaria es diferente de la conciliación, excepcionalmente podría conferirse al notario la facultad de actuar como conciliador en el divorcio por mutuo consentimiento, así como también en la fijación de la pensión de alimentos, régimen de visitas y tenencia de los hijos menores, para los fines previstos en el divorcio. En la actualidad en Código Orgánico General de Procesos, le confiere al juez la facultad de conciliar, es decir, que dentro de un procedimiento judicial el juez puede actuar a través de un método heterocompositivo de solución de conflictos (proceso judicial) y a la vez puede actuar dentro de un método autocompositivo de solución de conflictos (conciliación). La razón de ello, es finalmente la economía procesal y la mínima intervención para lograr soluciones rápidas y beneficiosas para las partes. Por tanto, también se podría conferir al notario la posibilidad de que actúe como conciliador para dar una solución global al divorcio sin necesidad de acudir a la sede judicial o a un centro de mediación.

Ciertamente, el ordenamiento jurídico ecuatoriano se denota inconsistente puesto que, por una parte, se acepta que los centros de mediación, debidamente acreditados por el Consejo de la Judicatura, puedan conocer solicitudes para fijar alimentos, determinar el régimen de visitas y establecer la tenencia, pero no es posible que a través de la mediación se acuerde el divorcio por mutuo consentimiento, quedando de esta manera incompleto el servicio que se brinda al usuario. Por otro lado, se faculta al notario para que tramite el divorcio por mutuo consentimiento, pero no se le faculta para conciliar en alimentos, tenencia y visitas. Por tanto, para poner a disposición de los ciudadanos varios espacios para soluciones no adversariales, convendría dotar a los centros de mediación y a los notarios de las atribuciones necesarias para que puedan concluir todas las etapas de este proceso de familia de frecuente ocurrencia.

En este sentido, el notario pudiera actuar como: conciliador, proponiendo fórmulas de solución en caso de algún punto controvertido o, como fedatario en la ejecución de los acuerdos definidos. En la actualidad, el notario está facultado para divorciar pero no para asuntos complementarios y relacionados que dependen del divorcio y que el notario, atendiendo al principio de

legalidad que debe observar en sus actuaciones, también puede resolver, velando por el cumplimiento del intereses superior del niño, las disposiciones previstas en la Constitución de la República del Ecuador, el Código de la Niñez y Adolescencia, la tabla de pensiones expedida por el Ministerio de Inclusión Económica y Social (MIES) entre otras normas aplicables, a los efectos de resolver estos puntos previo al divorcio voluntario por mutuo consentimiento.

En relación con lo expuesto, se concluye que es necesario efectuar una reforma normativa para que el notario pueda intervenir como conciliador, solo en los casos mencionados, a fin de dar una solución integral al divorcio sin que sea necesario acudir a la sede judicial o a un centro de mediación.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Cóndor. A. (2020). Divorcio por mutuo consentimiento: ¿Puede ser la mediación un mecanismo idóneo? Universidad San Francisco. Quito - Ecuador. (Trabajo de fin de grado). Universidad San Francisco de Quito
- Ecuador. Asamblea Nacional. (2009). Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial Suplemento N° 544. http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_funcion.pdf
- Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449. https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
- Ecuador. Asamblea Nacional. (2015). Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial N° 506. https://www.emov.gob.ec/sites/default/files/transparencia_2018/a2.4.pdf
- Ecuador. Congreso Nacional. (2006). Ley de Mediación y Arbitraje. Registro Oficial N° 417. <https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/mediacion/Ley%20de%20Arbitraje%20y%20Mediacion.pdf>
- Ecuador. Consejo de la Judicatura. (2022). Guía de Servicios de la Función Judicial. <https://apps.funcionjudicial.gob.ec/siscadep/frmConsultaExterna/frmConsultaExterna.php#>
- Ecuador. Corte Constitucional. (2021). Sentencia N° 7-16-IN/21. <https://www.zonalegal.net/uploads/documento/40014906-0403-4e9d-adfb-0b2e72a53a06.pdf>
- Ecuador. Presidencia de la República. (1966). Ley Notarial. Decreto Supremo 1404. Registro Oficial 158. <https://www.gob.ec/sites/default/files/regulations/2022-10/LEY%20NOTARIAL.pdf>
- Fernández, M. (2015). La jurisdicción voluntaria notarial. Su especial relevancia en el ámbito sucesorio. Marcial Pons.

- Lucas, S., & Albert, J. (2019). Los principios notariales como aporte a la justicia preventiva y a la seguridad jurídica. *Pol. Con.*, 4(11), 41-66.
- Martínez, J. (2020). La conciliación notarial una herramienta útil de resolución de conflictos. <https://www.lawyerpress.com/2020/05/04/la-conciliacion-notarial-una-herramienta-util-de-resolucion-de-conflictos/>
- Milán Morales, N., Ordellin Font, J.L., & Vega Cardona, R.J. 2015. 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*, 28, 403–433.
- Pasos, E., Arias, F. & Reyes. S. (2021). Conciliación extrajudicial ante las instancias notariales en Cartagena de Indias - Colombia. *Revista Saber, Ciencia y Libertad*, 16(2), 157 – 172.
- Pazos, P. (2015). Solución extrajudicial de conflictos ante notario. <https://www.notariosenred.com/2015/09/solucion-extrajudicial-de-conflictos-ante-notario/>
- Pérez Fuentes, G. M., & Cobas Cobiella, M. E. (2013). Mediación y jurisdicción voluntaria en el marco de la modernización de la justicia: Una aproximación a la legislación española. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 46(137), 647-677.
- Sotomayor, C. (2021). Mediación notarial. Puebla-México. <https://icaep.com.mx/mediacion-notarial/>