

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central shield with a figure of a saint, likely St. Charles, holding a book. Above the shield is a papal tiara. The shield is flanked by two lions. The outer ring of the seal contains the Latin text "ORBIS CONSPICUA CAROLINA ACAD" at the top and "CETTERA MATHEMATICIS INTER" at the bottom.

**LA VULNERACIÓN DE LA FE PÚBLICA DEL NOTARIO POR MEDIO DEL  
CONVENIO OBLIGATORIO DE CONFIDENCIALIDAD, QUE TIENEN QUE FIRMAR  
TODOS LOS PRESENTES, CUANDO SE CELEBRAN AUDIENCIAS DE  
MEDIACIÓN, COMO MEDIO ALTERNATIVO EN LA RESOLUCIÓN DE  
CONFLICTOS, EN LOS CENTROS METROPOLITANOS DE MEDIACIÓN DEL  
ORGANISMO JUDICIAL**

**ROBERTO ANTONIO CANO LOPEZ**

**GUATEMALA, SEPTIEMBRE DE 2015**

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**LA VULNERACIÓN DE LA FE PÚBLICA DEL NOTARIO POR MEDIO DEL  
CONVENIO OBLIGATORIO DE CONFIDENCIALIDAD, QUE TIENEN QUE FIRMAR  
TODOS LOS PRESENTES, CUANDO SE CELEBRAN AUDIENCIAS DE  
MEDIACIÓN, COMO MEDIO ALTERNATIVO EN LA RESOLUCIÓN DE  
CONFLICTOS, EN LOS CENTROS METROPOLITANOS DE MEDIACIÓN DEL  
ORGANISMO JUDICIAL**

**TESIS**

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

por

**ROBERTO ANTONIO CANO LOPEZ**

Previo a conferírsele el Grado Académico de

**LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

Guatemala, septiembre de 2015

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA  
DE LA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
DE LA  
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Msc. Avidán Ortiz Orellana

VOCAL I: Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil

VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez

VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía

VOCAL IV: Br. Mario Roberto Méndez Alvarez

VOCAL V: Br. Luis Rodolfo Aceituno Macario

SECRETARIO: Lic. Daniel Mauricio Tejeda Ayestas

**RAZÓN:** “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



# USAC TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,  
27 de noviembre de 2014.

Atentamente pase al (a) Profesional, OSCAR RUPERTO CRUZ OLIVA  
\_\_\_\_\_, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante  
ROBERTO ANTONIO CANO LOPEZ, con carné 200515610,  
intitulado LA VULNERACIÓN DE LA FE PÚBLICA DEL NOTARIO POR MEDIO DEL CONVENIO OBLIGATORIO DE  
CONFIDENCIALIDAD, QUE TIENE QUE FIRMAR TODOS LOS REPRESENTANTES, CUANDO SE CELEBRAN  
AUDIENCIAS DE MEDIACIÓN, COMO MEDIO ALTERNATIVO EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS, EN LOS  
CENTROS METROPOLITANOS DE MEDIACIÓN DEL ORGANISMO JUDICIAL.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.

  
DR. BONERGÉ AMILCAR MEJÍA ORELLANA  
Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 25 / 03 / 2015.

  
Asesor(a)

**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**

Edificio S-7, Ciudad Universitaria Zona 12 - Guatemala, Guatemala



Lic. Oscar Ruperto Cruz Oliva  
Abogado y Notario  
Dirección: 16 avenida 20-45 zona 12  
Teléfono: 4212-9506  
Guatemala C.A.



Guatemala, 28 de mayo de 2015.

Doctor  
Bonerge Amílcar Mejía Orellana  
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala



Distinguido Doctor Mejía Orellana:

De conformidad con el oficio emitido por la Unidad de Asesoría de tesis de fecha 27 de noviembre de 2014, me permito manifestarle que en la calidad de asesor de tesis del estudiante Roberto Antonio Cano Lopez, quien desarrollo el tema intitulado, **“LA VULNERACIÓN DE LA FE PÚBLICA DEL NOTARIO POR MEDIO DEL CONVENIO OBLIGATORIO DE CONFIDENCIALIDAD, QUE TIENE QUE FIRMAR TODOS LOS REPRESENTANTES, CUANDO SE CELEBRAN AUDIENCIAS DE MEDIACIÓN, COMO MEDIO ALTERNATIVO EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS, EN LOS CENTROS METROPOLITANOS DE MEDIACIÓN DEL ORGANISMO JUDICIAL”**. Al respecto se propone el cambio de título por motivos de redacción quedando de la siguiente manera. **“LA VULNERACIÓN DE LA FE PÚBLICA DEL NOTARIO POR MEDIO DEL CONVENIO OBLIGATORIO DE CONFIDENCIALIDAD, QUE TIENEN QUE FIRMAR TODOS LOS PRESENTES, CUANDO SE CELEBRAN AUDIENCIAS DE MEDIACIÓN, COMO MEDIO ALTERNATIVO EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS, EN LOS CENTROS METROPOLITANOS DE MEDIACIÓN DEL ORGANISMO JUDICIAL”** por lo que le manifiesto lo siguiente:

- a) **Respecto del contenido científico y técnico de la tesis:** De la revisión practicada al trabajo de tesis relacionado, se puede establecer que cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, relativos al contenido científico y técnico de la tesis en virtud, asimismo, que el presente trabajo llena las expectativas por dicho normativo, al haberse empleado dichos lineamientos al desarrollarse la investigación del caso.
- b) **Respecto a la metodología y técnica de investigación científica:** se utilizó el método deductivo, en el análisis de los hechos los que originaron argumentos sobre las observaciones efectuadas llegando a conclusiones particulares. Asimismo, se utilizó el método histórico, donde se analizaron situaciones pasadas y acontecimientos históricos que son parte del tema. Se utilizaron técnicas bibliográficas, citas textuales y de paráfrasis, que ayudaron a plasmar el marco teórico. En definitiva el trabajo de tesis se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la norma respectiva.

Lic. Oscar Ruperto Cruz Oliva  
Abogado y Notario  
Dirección: 16 avenida 20-45 zona 12  
Teléfono: 4212-9506  
Guatemala C.A.



- c) **De la redacción utilizada:** Se observó en toda la tesis las técnicas de redacción, ortografía y gramática adecuadas para su desarrollo de fondo y forma según lo establecido por la Real Academia de la Lengua Española.
- d) **Respecto de la contribución científica:** La Contribución Científica lo constituye el proyecto de modificación de la literal (b) dentro del artículo 9, del Acuerdo 22/98 de la presidencia del organismo judicial de la Corte Suprema de Justicia. Para que los convenios de confidencialidad se modifiquen permitiéndole al profesional del derecho en su gestión como Abogado y Notario, ejercer su derecho sin ninguna limitante.
- e) **De la conclusión discursiva:** Se puede establecer que el bachiller realizó hallazgos dentro de la investigación, mismos que a mi consideración y criterio son adecuados y oportunos para el contexto en el que se desarrolló la misma, y del mismo modo, las conclusiones de dicho trabajo son congruentes con el trabajo final realizado.
- f) **Respecto a la bibliografía utilizada:** Finalmente se constató que en el desarrollo y culminación del informe final de la tesis, se utilizó doctrina de autores nacionales y extranjeros, así como haber realizado análisis tanto de la legislación interna como de legislación de otros países, lo cual, a mi criterio, es totalmente adecuado.

En conclusión y en virtud de haberse cumplido con las exigencias del suscrito asesor, derivadas del examen del trabajo en los términos anteriormente expuestos e individualizados y por las razones expresadas, así como haber cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, resulta procedente aprobar el trabajo de tesis relacionado, realizado por el estudiante: **Roberto Antonio Cano Lopez**, y en consideración, conferirse la opinión que merece, debiendo continuar su trámite administrativo legal correspondiente a efecto se emita orden de impresión y se señale día y hora para la discusión en el correspondiente examen público, así también **DECLARO** que no tengo parentesco dentro de los grados de ley con el bachiller. En tal virtud, emito **DICTAMEN FAVORABLE** aprobando el trabajo de tesis asesorado.

Atentamente.

Lic. Oscar Ruperto Cruz Oliva  
Abogado y Notario  
Colegiado 6671  
Oscar Ruperto Cruz Oliva  
Abogado y Notario



**USAC**  
**TRICENTENARIA**  
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 04 de agosto de 2015.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante ROBERTO ANTONIO CANO LOPEZ, titulado LA VULNERACIÓN DE LA FE PÚBLICA DEL NOTARIO POR MEDIO DEL CONVENIO OBLIGATORIO DE CONFIDENCIALIDAD, QUE TIENEN QUE FIRMAR TODOS LOS PRESENTES, CUANDO SE CELEBRAN AUDIENCIAS DE MEDIACIÓN, COMO MEDIO ALTERNATIVO EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS, EN LOS CENTROS METROPOLITANOS DE MEDIACIÓN DEL ORGANISMO JUDICIAL. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/srrs.



Lic. Avidán Ortiz Orellana  
DECANO



**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**

Edificio S-7, Ciudad Universitaria Zona 12 - Guatemala, Guatemala





## DEDICATORIA

### **A MI FAMILIA:**

Siendo, mi esposa Rosa Lorenza Marroquín de Cano, mi hijo Gustavo Adolfo Cano Marroquín, mi Hija Marlyn Jeazbeth Cano Marroquín y mi hija María Eugenia Cano Marroquín, ya que todos y cada uno por igual, como una unidad granítica siempre confiaron en mí, me alentaron, me apoyaron, brindándome siempre su amor y cariño, sin menoscabar nunca mi esfuerzo, me pusieron presión, siempre con sutileza y respeto.

### **A MI NIETA:**

Katherine Nicole Cano García, que dentro de su corta edad y su mundo de fantasía y realidad, me recordaba que tenía que trabajar en mi tesis, situación que me comprometía, por el ejemplo que para ella representa, y merece, pues entre el amor y el sacrificio fue y es un ser muy importante en mi existencia, es el sueño candente que me incita a seguir en los días de sombra.

### **A MI MADRE:**

Teresa Eugenia López Betanzos Viuda de Cano. Porqué fue la que de pequeño me infundo el amor al estudio, a la búsqueda de la verdad a través de la cultura y que en sus palabras siempre hubo un todo se puede lograr, tú mente lo define, y que con su convicción siempre resguardo la imagen de mi padre José Antonio Cano Wer D.E.P., gracias mamá.

### **A MI HERMANA:**

Por ser siempre incondicional conmigo, porque en los tiempos difíciles de nuestra niñez y juventud, siempre estuvo ahí.

### **A MIS FAMILIARES Y AMIGOS:**

Por tenderme siempre su mano, para que este momento se pudiera culminar, los cuales en todo momento me apoyaron, en diferente forma, ofreciéndome consejos, incluso, con aporte económico, es por eso todo mi agradecimiento y respeto para el Lic. Roberto López Villatoro, Lic.



Oscar Cruz Oliva, Dr. Edmundo Chang, Dr. Enrique Valladares, Lic. Evert Barrientos, Lic. Jairo Cermeño, Lic. Johan Nicolás Valent, Antropólogo Carlos Barrios, y señor Humberto Pérez Orellana, así como al Embajador Ramiro Méndez.

**A MI TÍO:**

D.E.P. Carlos Enrique Wer García, porque fue una de las personas que siempre me incitó, a culminar esta carrera, me ayudó a llegar a lo concepción de que como imagen y semejanza del creador, dejamos de crecer hasta que Dios nos llama a su presencia, por lo tanto el conocimiento debe de ser el pan de cada día para alcanzar mayores alturas.

**A LA TRICENTENARIA  
UNIVERSIDAD DE SAN  
CARLOS Y MAGNA  
INSTITUCIÓN DEL SABER, EN  
PARTICULAR A LA FACULTAD  
DE CIENCIAS JURÍDICAS Y  
SOCIALES:**

La cual me cobijó en su seno, abriéndome la oportunidad para formarme como un académico e investigador profesional de las ciencias jurídicas, pues no hay ámbito en la vida que no sea regido por las leyes, tanto terrenales como celestiales, su concatenación nos dará la luz para una mejor coexistencia pacífica.

**Y, POR ÚLTIMO:**

Quiero no dedicar, sino agradecer a Dios por permitirme tener un lugar en este universo, para luchar por construir su obra cada día, como es buscar el bien para la especie humana y el universo que la complementa.



## PRESENTACIÓN

El presente diáfano y exhaustivo, contiene un análisis cualitativo, en lo relacionado a la vulneración de la fe pública del notario, por medio del convenio obligatorio de confidencialidad, que tiene que firmar todos los presentes, cuando se celebran audiencias de mediación, como medio alternativo en la resolución de conflictos, en los centros metropolitanos de mediación del Organismo Judicial.

Este problema que de manera muy sutil y de forma estratégica, también limitan, de manera preocupante, la buena fe entre las partes, sobre todo cuando el notario, como participante en las sesiones de mediación, o simplemente por estar presente, se le obliga a firmar un convenio de confidencialidad, cuyo propósito, es obligar tanto a las partes como al notario, a no poder revelar la información obtenida, ni utilizarla en su beneficio, dicha disposición, se encuentra regulada en el Acuerdo 22/998 inciso (b) de la presidencia del Organismo Judicial, el cual a su vez está comprendido, dentro del ámbito cognoscitivo del derecho notarial abocado con el derecho civil, para ello se tomó como base el periodo histórico comprendido del mes de octubre y diciembre del año 2014.

La presente investigación académica, tiene como propósito, restituir los derechos de las partes a través de la inviolabilidad, y no limitación del derecho constitucional, para ejercer la fe pública del notario, para lo cual se realizaron entrevistas a expertos en el tema.

La intención es poder aportar a la academia un sentido pesquisador en la relación a los procedimientos de mediación y las partes en conflicto, versus sus intereses.



## HIPÓTESIS



Si bien es cierto que también los acuerdos de confidencialidad obligados a ser firmados, por las partes, en las audiencias de mediación, al no lograr llegar a un acuerdo feliz, vulneran la buena fe de las partes y la fe pública de los notarios que participan.

La posible solución a la presente vulneración, sería la ampliación o modificación del Artículo 9 inciso (b) del Acuerdo 22/998 de la presidencia del Organismo Judicial de la Corte Suprema de Justicia, para que en los convenios de confidencialidad se le permita al profesional del derecho como notario ejercer su derecho sin ninguna limitante de confidencialidad.

## COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS



Se comprobó la hipótesis a través del método deductivo y comparativo, puesto que los centros de mediación, del Organismo Judicial, en su concepción lógica jurídica, tienen como propósito restablecer el tejido social, y de esta forma aportar a la economía procesal, así como a la desconcentración en los diferentes juzgados, siendo estos una herramienta y un medio ideal, para lograr la efectividad, de la justicia pronta y cumplida de manera económica, logrando así ayudar a resolver los casos que se le presentan a través de la persuasión y aceptación responsable en su proporción a cada parte en contienda, resguardando de esta manera los derechos humanos, consagrados en la Constitución Política de la República de Guatemala.

Por lo anterior, la hipótesis es válida en virtud que es importante solicitar la modificación o ampliación, del acuerdo en mención de la presidencia del organismo Judicial, en su parte conducente del inciso (b), con el objeto de evitar una contradicción jurídica que violente o vulnere, un derecho constitucional otorgado al profesional del derecho por parte de la investidura que el estado le enviste, como garante de la tutela jurídica en relación a la fe pública.



## ÍNDICE

Pág.

Introducción .....	i
--------------------	---

### CAPÍTULO I

1. El notario .....	1
1.1. Requisitos para el ejercicio del notariado en Guatemala .....	5
1.2. Teorías que se relacionan en la función del notario .....	7
1.3. La fe pública .....	10
1.4. Tipos de fe pública .....	13
1.5. Clases de fe pública .....	14
1.6. Fe pública notarial .....	16

### CAPÍTULO II

2. El principio de la buena fe .....	21
2.1. La buena fe entre las partes .....	26
2.2. Mediador .....	27
2.3. La buena fe del mediador .....	30

### CAPÍTULO III

3. La mediación .....	33
3.1. Métodos alternativos .....	39
3.2. Fin supremo de la mediación .....	48

### CAPÍTULO IV

4. Los convenios de confidencialidad .....	51
--	----



Pág.

4.1. Origen de los convenios .....	56
4.2. Finalidad de los convenios .....	64
4.3. Modelo de acta del convenio de confidencialidad que las partes firman antes de someter su conflicto a mediación .....	65
4.4. Análisis de la vulneración de la fe pública del notario, por medio del convenio obligatorio de confidencialidad, que tiene que firmar todos los representantes, cuando se celebran audiencias de mediación, como medio alternativo en la resolución de conflictos, en los centros metropolitanos de mediación del Organismo Judicial .....	66
4.5. Proyecto de reforma al Acuerdo 22/998 de la presidencia del organismo judicial .....	67
<b>CONCLUSIÓN DISCURSIVA .....</b>	<b>71</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>73</b>



## INTRODUCCIÓN

El propósito fundamental para la presente investigación, fue para poder efectuar un análisis diáfano, desde el punto de vista doctrinario, legal, y práctico, en lo asimétrico y relativo a la necesidad de poder reivindicar los derechos de la fe pública del notario, dentro de los convenios de confidencialidad, firmados en los centros de mediación, con el propósito de resguardar la buena fe entre las partes y el derecho de acción que cada una tiene así como su derecho de defensa.

Los objetivos se alcanzaron al reconocer que cuando las audiencias o sesiones de conciliación, que son de carácter voluntario, y con la buena fe de las partes, que se resolverán los conflictos, y cuando esto no sucede porque no se arriba a un final feliz, la relación se vulnera más, quedando el notario limitado por dichos convenios, sin poder hacer constar la buena fe de su patrocinado en otra instancia.

La hipótesis fue comprobada, ya que con la modificación del Acuerdo número 22/998 de la presidencia del Organismo Judicial en su Artículo número 9 en el inciso b), se estaría evitando la vulneración de la fe pública del notario, como el resguardo de la buena fe entre las parte y lo cual vendría a coadyuvar en el fortalecimiento de dicha instancia ante los ciudadanos. Los objetivos fueron alcanzados, al determinar la importancia de dicha modificación al convenio en mención.

La tesis se dividió en cuatro capítulos: primer capítulo se estableció lo que es el notario, requisitos para el ejercicio de notariado, teorías, la fe pública, tipos de fe pública, clases de fe pública, fe pública notarial, el segundo capítulo habla acerca de: el principio de buena fe, la buena fe entre las partes, mediador, la buena fe del mediador; en el tercer capítulo se desarrollaron conceptos tales como la: la mediación, métodos alternativos, fin supremo de la mediación; el cuarto capítulo se concretó el tema de los convenios de confidencialidad, origen y finalidad de los convenios, modelo de acta del convenio de confidencialidad, análisis de la vulneración de la fe pública del notario, por medio del



convenio obligatorio de confidencialidad, que tiene que firmar todos los representantes, cuando se celebran audiencias de mediación, como medio alternativo en la resolución de conflictos, en los centros metropolitanos de mediación del Organismo Judicial, proyecto de reforma al Acuerdo 22/998 de la presidencia del Organismo Judicial;

Los métodos utilizados fueron: El deductivo y comparativo, procedimiento que parte de principios generales a fin de llegar a conclusiones particulares: para obtener consecuencias lógicas, este método sirvió para ir de lo complejo a lo simple, establece principios básicos, se desarrolla en la justificación del problema que se plantea descomponiendo dicha justificación en un que, un porque y un para que, de la investigación; el comparativo, nos ayuda a encontrar semejanza y diferencia entre dos o más objetivos que se analizan, es una forma de observación ordenada y cuidadosa que nos permite establecer coincidencias y diferencias en la comparación de dos o más objetivos, permite la corroboración de las conclusiones en la aplicación de los otros métodos, que, indiscutiblemente se aplicó en la especificación, operacionalización y en la delimitación del problema, de tal manera podemos decir que ambos métodos se observaron en la formulación de la hipótesis; y, en el último capítulo, del bosquejo que serán los puntos en los cuales pretendo demostrar teorías que procedan de la investigación que conlleva a la modificación del Acuerdo número 22/998 de la presidencia del Organismo Judicial en su Artículo 9 literal b), como una solución al problema planteado, es decir; los supuestos que serán una de las bases de donde inicia las conjeturas para realizar la investigación. La técnica utilizada fue la bibliográfica, con la cual se obtuvo el material y documental que respalda este informe.

Es vital que se modifique el acuerdo en mención, de la presidencia del Organismo Judicial, para que los centros de mediación, de dicho organismo puedan lograr sus objetivos, de restablecer el tejido social, y de esta manera volverse necesarios a la población en conflicto, pues la fe pública del notario y la buena fe entre las partes, son de suma importancia, en este asunto, ayudando al estado en la economía procesal y al mismo tiempo se logre la descarga de los juzgados que imparten justicia.

## CAPÍTULO I



### 1. El notario

“El notario es el profesional del derecho, encargado de una función pública, que consiste en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, y redactar los instrumentos adecuados a ese fin, confiriéndoles autenticidad, así como conservar los originales de estos y expedir copias que den fe de su contenido”.<sup>1</sup>

En consecuencia el notariado es el conjunto de actividades que realiza el notario por medio del ejercicio de su profesión como tal, el notario como profesional del derecho tiene como misión llevar a cabo una serie de actuaciones que le permiten prestarle un servicio profesional a cualquier persona que lo requiera haciendo constar hechos y actos que le constan, en virtud de estar investido de fe pública que le otorga el Estado.

El notario sufre un giro radical en su rumbo a partir de la recepción del derecho romano ya que se sustituye el derecho autóctono, adquiriendo el notariado una verdadera dignidad científica; y se crean fórmulas para cada instrumento pero previo a dicha fórmula se da una explicación acerca de lo que se refiere el contrato en específico. Pero en la edad media con la disolución del imperio romano se da un retroceso a la evolución del notariado en virtud de que el notario tiene como fin primordial

---

<sup>1</sup> Muñoz, Nery Roberto. **Introducción al estudio del derecho notarial**. Pág. 41

preservar los derechos del señor feudal y no de servir a los intereses de las partes contratantes u otorgantes.

“Ya en la época del descubrimiento de América se creó una legislación especial para América la cual regulaba la figura del escribano a quien se le exigía el título académico de escribano y luego sustentar y aprobar un examen ante la Real Audiencia, si lo aprobaba debía obtener el nombramiento; los escribanos cumplían la función de guardar un registro de escrituras, autos e informaciones y demás instrumentos públicos. Estos registros pasaban a los escribanos sucesores siempre había que tener presente que los protocolos no eran propiedad del escribano sino propiedad estatal”.<sup>2</sup>

La actuación notarial tiene como único objetivo la producción del instrumento público, sin embargo, para poder lograrlo el notario desarrolla una diversidad de actividades las cuales tienen por objeto canalizar la energía jurídica que tiene su asiento en la voluntad humana.

En el derecho notarial guatemalteco, específicamente en la legislación no existe una definición específica de notario sin embargo el Código de Notariado en el Artículo 1, lo define así: “El notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte”.

En la doctrina, ha sido ampliamente debatido si el notario es o no funcionario público. Las teorías sobre la naturaleza jurídica de la actuación notarial, unas afirman que es un

---

<sup>2</sup> **ibid.** Pág. 3



funcionario público, otras lo consideran un profesional liberal y las eclécticas o mixtas, piensan que es una función pública desarrollada por un profesional liberal.

Podrá el legislador, en sus definiciones, denominarlo así; pero bien se sabe que no es misión del legislador dar definiciones sino instituir normas, es decir proposiciones hipotéticas de una conducta futura. El escribano público será funcionario público, si la ley le asigna, el conjunto de las interrelaciones humanas, la condición jurídica que corresponde a los demás funcionarios públicos: su estatuto jurídico. No será funcionario público, aunque la ley lo denomine así, si en el cúmulo de sus derechos y deberes no tiene la condición de tal.

Se puede decir que el notario es un funcionario público a quien el Estado de Guatemala, le ha conferido fe pública para hacer constar hechos y actos que le consten, siendo este un profesional universitario encargado de una función pública, facultado, para hacer constar hechos que presencie y circunstancias que le consten, a solicitud de parte interesada o por mandato legal, así mismo para tramitar y resolver asuntos de naturaleza no contencioso; entiéndase lo relativo a la jurisdicción voluntaria.

La función notarial se encomienda para su desempeño a particulares, licenciados en derecho. La ley considera a un profesional del derecho en el notariado latino, sistema al que pertenece el notariado guatemalteco, el cual indica que el notario es una persona que ha demostrado tener los conocimientos necesarios para actuar como profesional del derecho, que conoce la ciencia jurídica; en cambio, conforme al sistema anglosajón,



anglosajón, no es necesario que el notario sea perito en derecho y profesional del derecho, puesto que su función no es redactar el contrato y revisar la legalidad de los actos que ante él se celebren, sino únicamente dar fe de conocimiento y del otorgamiento de las firmas, el cargo del notario es temporal y no vitalicio, puede recaer en cualquier persona mayor de edad, independientemente de su profesión u ocupación.

Se dice que el notario está facultado para autenticar y dar forma en los términos de la ley guatemalteca, a los instrumentos en que se consignent los actos y hechos jurídicos. Como consecuencia, los hechos y actos contenidos en los instrumentos que certifica el notario, tienen el carácter de auténticos, y valen erga omnes. Al determinar quién es notario, se dispone que la formulación de los instrumentos se haga a petición de parte. Este es el principio de rogación. El notario actúa porque se lo solicitan, sólo presta sus servicios cuando una persona física o moral interesada en el otorgamiento de una escritura o en hacer constar un hecho o un acto jurídico, se lo pide.

La definición más aceptada por la comunidad jurídica es la aprobada por la Unión Internacional en el Primer Congreso de la Unión la cual indica que: “Es el profesional del derecho, encargado de una función pública, que consiste en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin, confiriéndoles autenticidad, conservando los originales de éstos y expidiendo copias que den fe de su contenido. En su función está contenida la autenticación de hechos”<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup><http://es.scribd.com/doc/52150728/TRABAJO-DE-INVESTIGACION-DE-NOTARIADO-l#scribd>  
(Consultado el 03/04/2015)

En consecuencia el Estado, como resguardador de la paz social, tiene el deber de proteger no solo la vida de los individuos, sino también sus derechos subjetivos, en cuanto estos no se opongan a la moral, al orden público y a las buenas costumbres.

Para llevar a cabo tal protección de los derechos privados del individuo, el Estado necesita tener certeza acerca de cuáles son esos derechos sobre lo que el particular exige la tutela del ordenamiento jurídico. La fe pública viene, precisamente, a cumplir esa importante misión de carácter preventivo, por tal razón, la fe pública notarial tiene un doble matiz: por una parte es una función pública, por cuyo conducto los actos jurídicos privados y extrajudiciales sometidos a su amparo adquieren autenticidad legal; y por el otro, es una función técnica, porque su ejercicio requiere de personas dotadas de especiales conocimientos en diversas materias jurídicas.

### **1.1. Requisitos para el ejercicio del notariado en Guatemala**

El Código de Notariado en el Artículo 2º indica lo siguiente: "Para ejercer el notariado se requiere:

- Ser guatemalteco.
  
- Mayor de edad, es decir mayor de 18 años, según el Código Civil en su artículo 8º.



- Del estado seglar, es decir no ser ministro de ningún culto.
  
- Domiciliado en la república, con la excepción de aquellos actos y contratos que surtirán efectos en Guatemala y en los casos en los que el notario guatemalteco estuviera en el extranjero.
  
- Poseer título facultativo, el cual se obtiene en cualquiera de las universidades de la República, o bien con título obtenido en el extranjero autorizando dicha incorporación la Universidad de San Carlos de Guatemala, con exclusividad.
  
- Se debe de registrar en la Corte Suprema de Justicia el título facultativo, así como la firma y el sello que usará con el nombre y apellidos del notario.
  
- Ser una persona de notoria honradez.
  
- Ser colegiado activo, según el Artículo 90 de la Constitución Política de la República de Guatemala.
  
- Inscribirse electrónicamente en el Archivo General de Protocolos, registrar firma, sello y entregar una fotografía.



## 1.2. Teorías que se relacionan en la función del notario

Varias son las teorías de la función notarial, siendo las mismas las que se enumeran y explican de manera breve a continuación:

- Funcionarista: La teoría funcionarista o funcionalista como también se le denomina es aquella en la cual: “El notario actúa a nombre del Estado, y algunas leyes lo definen como funcionario público investido de fe para autenticar y legitimar los actos que requieren su intervención y el origen mismo de la institución, tanto si se sitúa en los tabellones romanos o en los iudice chartularii de la Edad Media, sugiere que se trata de una función pública desempeñada después de un análisis de las principales opiniones vertidas sobre la materia expresa que no puede negarse el carácter público de la función y la institución notarial. Las finalidades de autenticidad y la legitimación de los actos públicos exigen que el notario sea un funcionario público que intervenga en ellos en nombre del Estado y para atender, más que al interés particular, al interés general o social de afirmar el imperio del derecho, asegurando la legalidad y la prueba fehaciente de los actos y hechos de que dependen las relaciones privadas”.<sup>4</sup>
- Profesionalista: La teoría profesionalista o profesionista como también se le denomina se fundamenta en ataques al carácter de función pública, los cuales atribuye a la actividad notarial. Al recibir, interpretar y dar forma a la voluntad de las

---

<sup>4</sup> Salas, Oscar. **Derecho notarial de Centroamérica y Panamá**. Pág. 15.

partes, lejos de ser una función pública; es un quehacer eminentemente técnico y profesional.

- Ecléctica: Las legislaciones notariales de los distintos países centroamericanos consideran al notariado como una profesión. Ninguna de las mismas requiere que los notarios sean nombrados sino que los mismos obtengan una autorización para el ejercer o registrar el título que los capacite para el ejercicio del notariado, pero dicha autorización se tiene que hacer a favor de quienes llenen los requisitos legales establecidos.

Ninguna de las legislaciones anotadas requiere que los notarios sean nombrados sino que obtengan una autorización para ejercer, o registrar el título que los capacite para el ejercicio del notariado; pero dicha autorización tiene que hacerse en beneficio de quienes reúnan los requisitos legales.

La teoría anotada es la que más se adapta al caso de Guatemala, debido a que la misma acepta que el notario ejerce una función pública sui generis, debido a que es independiente, además no se encuentra enrolado en la administración pública, no devenga un sueldo por parte del Estado, pero debido a la veracidad, autenticidad y legalidad que otorga a los actos que autoriza, cuenta con un respaldo del Estado, debido a la fe pública que ostenta; pero no representa al Estado.

Lleva a cabo sus actuaciones por sí mismo y su función notarial la presta a los particulares, siendo ellos quienes hacen efectivo el pago de sus honorarios. El notario

ejerce su profesión de manera inmediata después de haber llenado los requisitos que determina la norma ya que el mismo no es nombrado.

En conclusión, el notario guatemalteco, es el profesional del derecho que se encarga de una función pública, y por ende la teoría ecléctica es la que más se adapta al caso de la sociedad guatemalteca.

- Autonomista La teoría autonomista reconoce tanto el carácter profesional como el documentador, siendo para la misma el notario un oficial público. La teoría anotada presupone para la figura del notario una situación nueva, independiente de ambos extremos; de una situación autónoma. Dicha teoría exige que el notariado sea ejercido como profesión libre e independiente.

Por tanto el notario es un oficial público, es un intérprete legal y no un funcionario que ejerce de conformidad con los principios de la profesión, lo cual hace que el mismo cuente con autonomía. Como un oficial público se encarga de la todas las normas y como profesional libre recibe por el mismo el encargo directo de los particulares.

La problemática de la función notarial surge en el sentido de la determinación de que si el notario es o no funcionario público, o bien si la función pública que el mismo presta lo hace funcionario público.

En la sociedad guatemalteca, el notario es un profesional del derecho que presta una función pública y no un funcionario público. A pesar de que las normas vigentes en

Guatemala lo reconocen como funcionario público, el Código de Notariado vigente, no lo reconoce como tal.

### 1.3. La fe pública

En la actualidad existen bastantes definiciones de distintos tratadistas del derecho notarial que son muy aceptadas e incluiremos algunas en el presente trabajo, iniciando con la siguiente que nos lleva a tener una definición propia de lo que es la fe pública.

Nery Muñoz expone la definición de lo que es fe de la manera siguiente: “Fe, del latín fides, es una virtud fundamental del ser humano que lleva en si la expresión de seguridad, de aseveración, de que una cosa es cierta, sea que se manifieste con o sin ceremonial, esto es, solemnemente o no, en cualquier orden, privada o pública. En sentido general, fe es la adhesión del entendimiento a una verdad habida por testimonio; se llega a ella no por consentimiento sino por asentimiento”.<sup>5</sup>

El tema de la fe pública del notario, es de gran importancia, debido a que la mayoría de los trabajos de investigación realizados o por realizarse, se enfocan más en otras áreas del derecho y no en el ámbito notarial, que es un tema que se aplica a todos los actos que realizan las personas individuales o jurídicas en todo momento.

---

<sup>5</sup> Nery, *Op. Cit.* Pág. 407.

Es necesario resaltar, que en la actualidad no existe una investigación específica y concreta que explique la fe pública del notario, sin embargo en casi todos los estudios o investigaciones realizadas por diversos autores nacionales como internacionales, referente al notario, siempre hay una parte codificada para la fe pública que posee el notario, se demuestra así que la fe pública del notario es una característica relevante y propia de su profesión

Se puede decir que Giménez-Arnau indica que la fe es: “Presunción de veracidad respecto a ciertos funcionarios a quienes la ley reconoce como probos y verdaderos, facultándoles para darle a los hechos y convenciones que pasan entre los ciudadanos.”<sup>6</sup>

En cambio Guillermo Cabanellas define la fe como la: “Creencia: Crédito que se da a una cosa por la autoridad del que la dice o por la fama pública. Confianza o seguridad que en una persona o cosa se deposita”.<sup>7</sup>

Giménez-Arnau, expone: “La fe pública, al igual que todas las instituciones que integran la publicidad jurídica o satisfacen sus necesidades, se producen fatalmente en la sociedad para la realización normal del Derecho que es uno de los fines del Estado”.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Giménez-Arnau, **Enrique. Derecho notarial.** Pág. 208.

<sup>7</sup> Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual.** Pág. 181.

<sup>8</sup> Giménez-Arnau, **Op. Cit.** Pág. 287.

Bernardo Pérez Fernández del Castillo, dice que fe, significa: “Creer en aquello que no se ha percibido directamente por los sentidos: acepto lo que el otro dice, acepto que tal conocimiento es cierto, creo que tal acto efectivamente se realizó”.<sup>9</sup>

Se puede decir que es igual a creencia. Fe es la creencia o confianza de algo que se ha percibido por los propios sentidos y se acepta por la autoridad de quien lo dice.

Fe es aceptar la palabra de otro, al entender y confiar que es honesto y por lo tanto que su palabra es veraz. El motivo básico de toda fe es la autoridad el derecho de ser creído de aquel a quien se cree. Este reconocimiento de autoridad ocurre cuando se acepta que él o ella tienen conocimiento sobre lo que dice y posee integridad de manera que no engaña.

La fe, es el poder que compete al funcionario para dar vida a las relaciones jurídicas, constituyendo una garantía de autenticidad. El Estado a determinadas personas mediante ciertas condiciones que la ley establece, destacándose especialmente la notarial, por los requisitos de gran honorabilidad, título habilitante especial e incompatibilidad, dedicación exclusiva a la función fedataria impuesta a los que con ella son investidos.

Por lo tanto es la potestad de infundir certeza a actuaciones, hechos y actos jurídicos, produciéndolos con una persuasión de verdad por medio de la autenticidad conferida a

---

<sup>9</sup> Caneiro, José A. **Derecho notarial**. Pág. 125.

los documentos que los prueban. Supone la verdad oficial cuya creencia se impone. Su fundamento radica en la necesidad social de estabilidad y armonía.

La fe pública es un atributo del Estado que tiene en virtud del ius imperium y es ejercida a través del notario quien recibe la fe pública del titular de éste poder por disposiciones de la ley.

#### 1.4. Tipos de fe pública

En el derecho notarial existen 2 tipos de fe pública las cuales son la fe pública originaria y la fe pública derivada.

- Fe Pública Originaria: Que se da cuando el hecho se traslada al papel en forma de narración captado directa y coetáneamente por la vista y el oído del funcionario. Se trata de un documento directo percibido por los sentidos del funcionario e inmediato (narrado en el mismo momento).
- Fe Pública Derivada: “Es aquella en que el funcionario no actúa sobre hechos, cosas o personas, sino únicamente obre otros documentos. El hecho sometido a la evidencia del funcionario es otro documento preexistente. Se está en presencia de fe pública derivada, cuando se ve que la fórmula concuerda con su original u otra semejante”.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> Carral y De Teresa, Luis. **Derecho notarial y derecho registral**. Pág. 58

## 1.5. Clases de fe pública

Por ser uno de los fines fundamentales del Estado la realización del derecho, es al Estado a quien compete la reglamentación de las diversas funciones que pueden distinguirse en el amplio concepto de la fe pública.

Como los hechos humanos fácilmente entran en el campo de los hechos jurídicos, puede asegurarse que la mayor parte de las actividades humanas, lo mismo cuando se desenvuelven en los cauces normales del negocio jurídico que cuando actúan normalmente en la realización de hechos ilícitos, tienen contacto o relación con los órganos de la fe pública y provocan o pueden provocar la intervención y el amparo de ésta. Existen diversas clases de fe pública.

- Fe Pública Judicial: Es la que tienen los documentos autenticados por los tribunales de justicia, o sea las resoluciones y certificaciones que expiden. La fe pública judicial es la que ejerce el Secretario de los Tribunales, cuya función autenticadora es muy parecida a la del notario y se diferencia únicamente en los modos de intervención. Legalmente así lo establecen la Ley del Organismo Judicial en los Artículos 171 y 173 es este último un artículo muy importante, por su relación con lo anteriormente expuesto, y el mismo dice: "Si el Secretario del tribunal fuere notario podrá dar fe plena de las actuaciones judiciales de que conozca el tribunal al cual sirve, sin precisar la intervención de ningún otro funcionario, bajo su responsabilidad, al dejar una razón en auto".

- Fe Pública Registral: “Es la que poseen los registradores, para certificar la inscripción de un acto que consta en un registro público, el cual tiene autenticidad fuerza probatoria desde que fue inscrito”.<sup>11</sup> En igual sentido indica Giménez-Arnau al indicar que: “El documento auténtico se hace público por medio de otro que lo copia para desplegar la autenticidad, su fuerza probante del acto a favor o en contra de cualquier interesado, desde la fecha de su inscripción”.<sup>12</sup>
- Fe Pública Administrativa: Es la que tiene por objeto dar notoriedad y valor de hechos auténticos a los actos realizados por el Estado o las personas de derecho público dotadas de soberanía de autonomía o de jurisdicción.

Esta fe pública administrativa se ejerce a través de los documentos expedidos por las propias autoridades que ejercen la gestión administrativa en los que se consignan órdenes, comunicaciones y resoluciones de la administración.

De ahí la necesidad de la intervención notarial en la contratación administrativa en la que el notario, aun es funcionario, actúa con plena y total independencia y constituye eficaz garantía de los derechos de los administrados. Es ésta la postura tradicional, defendida, según la cual con la escritura pública se otorga a la relación del derecho una firmeza, estabilidad y autenticidad que sin ella no tiene.

---

<sup>11</sup> Baquix, Josué Felipe. **Apuntes de derecho notarial**. Pág. 30

<sup>12</sup> Giménez-Arnau, **Op. Cit.** Pág. 208

- Fe Pública Legislativa: Es la que posee el organismo legislativo y en donde se cree en las disposiciones emanadas del mismo, las cuales pasan a ser generalmente leyes de la república. Esta es de tipo corporativa ya que la tiene el Congreso como órgano, y no sus representantes en lo individual.
- Fe pública notarial: Es la impuesta por los notarios como facultad independiente del Estado la cual explicare más adelante por ser parte fundamental del tema de la vulneración de la fe pública del notario, por medio del convenio obligatorio de confidencialidad, que tiene que firmar todos los presentes, cuando se celebran audiencias de mediación, como medio alternativo en la resolución de conflictos, en los centros metropolitanos de mediación del Organismo Judicial

## 1.6. Fe pública notarial

Siendo la fe pública notarial “la facultad del estado otorgada por la ley al notario. La fe del notario es pública porque proviene del Estado y porque tiene consecuencias que repercuten en la sociedad”.<sup>13</sup>

La fe pública como potestad otorgada por el Estado: Es evidente que no existe uniformidad en el campo doctrinal respecto de si debe considerarse o no al notario como funcionario público, o bien, si es sólo un delegado de la fe pública del Estado; sin embargo, de manera genérica, al tomar en cuenta la actual redacción del artículo

---

<sup>13</sup> Muñoz. **Op. Cit.** Pág. 82

primero del Código de Notariado de Guatemala, puede válidamente sostenerse que, el notario público es una persona que con sujeción a normas jurídicas realiza, de manera autónoma, una función pública que originalmente corresponde al Estado y que se traduce, fundamentalmente, en autenticar hechos o actos jurídicos con fuerza de fe pública. La función notarial es de orden público.

La fe pública notarial, es la función específica del poder del Estado de carácter público, consistente en garantizar de una forma indubitada la veracidad de determinados hechos y actos que de una manera directa o indirecta afecten la actuación de la legalidad socialista.

En Guatemala corresponde al Ejecutivo, ejercerla por conducto de su administración. Y al ser el titular de la fe pública el Ejecutivo, la puede delegar en forma parcial, a los funcionarios y empleados que forman parte de su administración. De igual manera la exposición de motivos de la Ley de 1,901 de México reitera esta posición al expresar: “La fe pública no es, no puede ser más que un atributo del Estado, supuesto que es una manifestación de derecho aplicada a la validez y credibilidad de actos concernientes a la vida civil; por esta razón, el individuo que conforme a la ley hace constar esos actos, que lo reviste de solemnidad y les da fe pública, no hace otra cosa que obrar, en nombre del Estado, ejercer una función de éste, y es, por tanto, un funcionario público”.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> Pérez Fernández Del Castillo, Bernardo. **Derecho notarial**. Pág. 200

Los anteriores argumentos legislativos, proporcionan seguridad jurídica, uno de los fines primordiales del Estado, así el notario coadyuva en la realización de estos fines, con la redacción y autorización de los instrumentos públicos. La fuerza probatoria que otorga el Estado al instrumento notarial, es actualmente circunstancial, fortalece al instrumento dándole las características de prueba documental pública indubitable, mientras no se apruebe judicialmente lo contrario.

La vulneración de la fe pública del notario, así como lo inadecuado de los convenios de confidencialidad, los cuales de manera muy sutil y de forma estratégica, también limitan, la buena fe entre las partes, sobre todo cuando el notario, como participante en las sesiones de mediación, o simplemente por estar presente, se le obliga a firmar un convenio de confidencialidad, cuyo propósito, es obligar tanto a las partes como al notario, a no poder revelar la información obtenida, ni utilizarla en su beneficio, dicha disposición establecida por el Acuerdo 22/98 en su inciso b), Artículo 9, es un Acuerdo, emitido por la presidencia del organismo judicial, convirtiéndose en una norma establecida por los centros de mediación, que a su vez ejecutan los mediadores, como procedimiento estándar, procedimiento que en determinado momento, contraviene los Artículos número 1 y 60 del Código de Notariado.

Como consecuencia también se mira afectado el uso o aplicación del Artículo 186 del Decreto 107, no obstante la vulneración de la fe pública del notario, como la buena fe entre las partes, se limita dejando a las partes en un estado de indefensión,

circunstancia que afecta en mayor proporción a la parte que busco dicho arreglo, al condicionar al pacto.

También se contraviene, el derecho de legítima defensa, pues dicho derecho tiene que accionarse, haciendo uso de todos los medios que el elemento pasivo, sindicado o la parte más débil, que quizás está siendo acusada, tenga a su alcance, pues si la parte que está siendo afectada es conminada a aceptar una deuda incierta, es entonces donde la parte, tiene a su alcance, el poder solicitar a ruego, al notario que lo acompaña, que faccione el acta donde se pueda hacer constar los hechos, y se pueda demostrar su buena fe de mediar, pues en dicha acta notarial debe hacerse constar todo lo actuado y donde se manifieste la buena fe y la buena voluntad de la parte más débil, pues esto podría significar la victoria en una contienda legal.



## CAPÍTULO II



### 2. El principio de la buena fe

La buena fe se entiende por la rectitud, honradez, buen proceder. Creencia o persuasión personal de que aquel de quien se recibe una cosa, por título lucrativo u oneroso, es dueño legítimo de ella y puede transferir el dominio. Guillermo Cabanellas indica que: “La buena fe, aplicada al cumplimiento de las obligaciones contractuales presenta dos aspectos fundamentales: la buena fe - creencia, en cuanto al conocimiento de no estar actuándose en detrimento de un interés legítimo y la buena fe - lealtad como intención de cumplir con los deberes jurídicos del contrato”.<sup>15</sup>

La buena fe se entiende como la disposición de los contratantes de darle a los contratos, la interpretación y ejecución que realmente han establecido de mutuo acuerdo es decir de conformidad con su propia voluntad.

La Buena fe se refiere al “Convencimiento, en quien realiza un acto o hecho jurídico, de que éste es verdadero, lícito y justo. El concepto tiene extraordinaria importancia en materia contractual y de derechos reales (propiedad, posesión, servidumbres, etc.), así como también en materia de prescripción”.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Cabanellas de Torres, Guillermo. **Op. Cit.** Pág. 54.

<sup>16</sup> **Ibid.** Pág. 124.

Como hace referencia lo anterior en materia la buena fe es de gran importancia y es así que la buena fe se refiere a “La buena fe, aplicada al cumplimiento de las obligaciones contractuales. Presenta dos aspectos fundamentales: la buena fe-creencia, en cuanto conocimiento de no estar actuándose en detrimento de un interés legítimo, y la buena fe-lealtad, como intención de cumplir con los deberes jurídicos que resultan del contrato”.<sup>17</sup> La buena se entiende por la creencia de que las partes actúan con honradez, sin la intención de causar un daño y con el interés de cumplir con sus obligaciones.

El notario está autorizado, de conformidad con la ley para dar fe, de los contratos y demás actos extrajudiciales, que son sometidos a su función. En el medio guatemalteco el notario como profesional consciente del papel que desempeña, es depositario de la fe pública notarial, que ha adquirido desde el momento de obtener el título profesional de notario, esta misión encomendada tiene una gran importancia y del buen uso que se haga de la misma depende en gran parte la credibilidad que las personas depositan en los trámites en que intervenga el notario.

Desde el momento en que el notario se encuentra investido de fe pública notarial, tiene la obligación de que en todos los actos en los cuales se requieren sus servicios profesionales actúe únicamente con la verdad teniendo como base de todas sus actuaciones sus valores morales y principios de Ética Profesional.

---

<sup>17</sup> **Ibid.** Pág. 124

En las distintas universidades del país, es necesario que el estudiante desde el inicio de su carrera pueda obtener principios sólidos sobre Ética profesional y hacerle conciencia de la importancia del buen uso de la fe pública en todos los actos en los que sea requerido. Resulta preocupante que en la actualidad se desconfía del notario y es este el tema central de la presente investigación, ya que no se le da el lugar que corresponde a este profesional del derecho y es por el mal uso que algunos notarios le han dado a la profesión, consecuencia de la falta de valores morales que deben regir la conducta humana y en especial la de los profesionales del derecho.

Tanto el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, asociaciones notariales y el Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial, les corresponde crear los mecanismos necesarios para que al notario se le devuelva la credibilidad en todos sus actos y atacar públicamente todo acto que perjudique la dignidad del profesional del derecho, cuando éste actúe dentro del marco que le señala la ley.

La fe pública depositada en el notario debe de tenerse como verdadera en todos sus actos mientras no se compruebe lo contrario y en este sentido debe de jugar un papel muy importante el Tribunal de Honor que funciona en el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, el que tiene la obligación de velar por el fiel cumplimiento de los notarios en todas las funciones en las cuales se requiere sus servicios profesionales, y debe de castigar drásticamente a los notarios que hagan mal uso de la fe pública encomendada por cuya culpa se ha perdido la confianza depositada en el notario.

El Tribunal de Honor debe de actuar siempre sin compadrazgos de ninguna clase y hacer público como medio de castigo el nombre del notario a quien se le ha confirmado su participación en actos fuera de la ley. En el Código de Ética profesional del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, se establecen los siguientes Principios:

“Artículo 1.- El Abogado debe ser un servidor de la justicia y un colaborador de su administración.

Artículo 2.- Guardar el secreto profesional, constituye un deber y un derecho para el Abogado.

Artículo 3.- El Abogado debe de obrar con honradez y buena fe”.

“Se conoce como buena fe a la integridad y la honestidad en el comportamiento. Quien actúa con buena fe, no pretende hacer el mal: si se equivoca o termina dañando a alguien o algo, no habrá sido con dicha intención. Por ejemplo: Yo actué de buena fe: no sabía que el televisor que te vendí funcionaba mal, “No te preocupes, mi padre sabe que actuaste con buena fe y que no querías complicar las cosas”.<sup>18</sup>

De lo cual puede deducirse que dado que para obtener el título de notario es necesario obtener el título de Abogado, el encuadramiento de la persona del abogado previsto en los artículos precitados incluyen al notario, pudiendo establecerse que el Notario debe obrar con honradez y buena fe, tal como está previsto en el Código referido.

<sup>18</sup> <http://definicion.de/buena-fe/> (Consultado el 20/04/2015)



La fe pública de la cual el notario es depositario debe ser utilizada éticamente, dado que el uso no ético que algunos notarios han hecho de ella ha degenerado la condición fedante del notario al grado que muchas instituciones y personas particulares desconfían de la certeza y la verdad de las actuaciones notariales.

En el derecho, el principio de buena fe está vinculado a la certeza que uno tiene respecto a la veracidad o a lo correcto de algo. La buena fe requiere honestidad en el vínculo con las partes que intervienen en un contrato.

Cuando una persona vende algo y se firma un contrato que detalla las características y condiciones de lo vendido, no debe faltar a la verdad ni tratar de engañar al comprador. Se espera, por lo tanto, que lo declarado sea de buena fe. Si un individuo vende una casa que tiene problemas en los cimientos y no lo dice, estará actuando con mala fe.

Se trata de un principio constitucional que exige a las leyes y las autoridades públicas de un lugar a que presuman la buena fe en las acciones de los ciudadanos y a su vez, que quienes dirigen el rumbo de las sociedades actúen procurando hacerlo con intenciones buenas.



## 2.1. La buena fe entre las partes

Las partes de una mediación pueden ser personas individuales o jurídicas, o bien pueden ser un colectivo sin personalidad jurídica, como las comunidades o grupos de empleados quienes deben actuar de acuerdo a la buena fe como requisito esencial en los procesos de mediación.

Asimismo, las entidades públicas pueden recurrir a la mediación, en la resolución de conflictos sociales, legales y políticos. De acuerdo al campo de la mediación, como se las partes pueden tener varios tipos relaciones entre sí por ejemplo: Esposos o convivientes, ex cónyuges o padres separados, o parientes entre sí; padres y profesores, estudiantes y maestros, o compañeros de estudios; compañeros de trabajo, grupos sindicales entre sí, empleados y patronos; comerciantes con sus acreedores, distribuidores, agentes o proveedores; accionistas o cuadros administrativos entre sí; víctima y sindicado u ofendido y menor infractor; comunidades entre sí o con terratenientes o autoridades.

Los participantes en el procedimiento de mediación las partes actuarán conforme a las exigencias de la buena fe y del mantenimiento del respeto recíproco. La acreditación de la ausencia de buena fe de las partes producirá los efectos que le son propios en el ámbito de la libertad de los pactos, y el mediador/a también tendrá derecho a dar por concluida la mediación.

Es esencial que las partes inmersas en una mediación se presenten preparadas a la misma y, con autoridad suficiente, para concertar un acuerdo rápido y eficaz, benéfico para todos. Por consiguiente, las partes se deben de conducir en todo el proceso de mediación con absoluta buena fe tanto para el proceso como para las demás partes.

## 2.2. Mediador

Según Goldberg, Sander y Rogers citados por Highton y Álvarez, “el motivo por el que participa el mediador es justamente para ayudar a las partes a discutir sus problemas. La temática de la discusión de los problemas es propia de los protagonistas. La forma en que se discuten es incumbencia del mediador y forma parte del procedimiento. Por ello, en la mediación, las partes en conflicto mantienen el control de la solución, pero ceden al mediador el control del procedimiento”.<sup>19</sup>

El mediador tiene que poseer y debe reunir las características siguientes:

- Imparcial: Es indispensable que el mediador durante todo el proceso mantenga una actitud neutral hacia las partes; así como, debe evitar transmitir su propio criterio respecto al conflicto.
- Tercero: El mediador es ajeno al proceso y a las partes, pues su única relación es la de ser un facilitador; dado que el conflicto es de las partes y no del mediador.

<sup>19</sup> Highton, Elena, y Álvarez, Gladys. **Mediación para resolver conflictos Ad-Hoc**. Pág. 34.

- Conocedor del conflicto: El mediador debe descubrir las posiciones, intereses y necesidades de las partes, para poder delimitar el conflicto y excluir otras diferencias o circunstancias no esenciales al mismo, a fin de poder realizar su función de facilitar la comunicación.
  
- Orientador: Al mediador le corresponde guiar el proceso mediante técnicas establecidas, que le permite ganar la confianza de las partes, a quienes les corresponde la solución del conflicto.
  
- Oyente activo: El mediador debe evitar afectar su imparcialidad y lo logra escuchando atentamente a las dos partes y comprendiendo su situación. • Flexible: su función es la de facilitar la comunicación y por este motivo es que tiene la facultad de dirigir el proceso, el mediador no debe empeñarse en que se cumplan todas las fases en todos los conflictos, ya que no siempre son necesarias para cumplir su función. • Respetuoso: El mediador debe respetar a las partes en todo momento, para lograr el respeto y confianza.
  
- Experto: El diálogo dirigido por el mediador utilizando ciertas técnicas, pretende que las partes se detengan y analicen cual es el conflicto, y cómo pueden solucionarlo.

Las características anteriormente expuestas son básicas, y es necesario que todo mediador las reúna, ya que de ello depende en gran parte el éxito del resultado de la mediación. Si el mediador advierte que una de las partes no está actuando de buena

fe, tiene todo el poder de retirarse del proceso y dar por terminado el mismo, toda vez que se ha violentado un principio fundamental de toda mediación.

Los mediadores son facilitadores de la comunicación entre los involucrados; son controladores del proceso, no de los resultados, que quedan en manos de las partes, es decir, los mediadores no deciden cómo se resuelve el conflicto, recayendo dicha facultad en las mismas partes.

Lo ideal es que las partes decidan un mediador por común acuerdo, especializado en el tema y/o que ya haya mediado en la discusión del artículo antes de presentarse la solicitud de mediación informal en vez de uno asignado al azar, o que se haya presentado de forma voluntaria. Las funciones del mediador son las siguientes:

- Estudiar el caso para poder ejercer un papel crítico en la resolución del conflicto;
- Guiar a las partes para poder llegar a un acuerdo;
- Designar los puntos a tratar en la mediación, y llevar el orden de ideas planteadas por las partes involucradas;
- Solicitar opiniones externas en caso de que las partes lo soliciten, o sea considerado necesario;

- Determinar el consenso entre las partes involucradas sobre los temas tratados;
- Redactar los principios fundamentales, proposiciones y disposiciones finales del caso, bajo las cuales se dará por cerrada la mediación, y se aplicarán de forma inmediata a discreción del mediador.

Cabe destacar que el mediador no está obligado a editar el artículo. Aunque, de ser necesario, el mismo puede revertir el artículo a una revisión deseada desde la cual se pueda iniciar, con mejor perspectiva y fluidez.

### **2.3. La buena fe del mediador**

La mediación es un proceso voluntario. Ni los participantes ni los mediadores pueden ser obligados a transitar por un proceso de mediación, pues su esencia es la decisión libre de realizar una negociación asistida, cuyos acuerdos se cumplirán en la medida en que las partes estén involucradas en la confección de los mismos y este involucramiento sólo es posible si las partes han concurrido voluntariamente, además el mediador debe actuar en toda la tramitación de la mediación con absoluta buena fe ya que nadie puede ser obligado a negociar. No obstante, éste carácter de voluntariedad es a su vez uno de los límites de la mediación ya que sin ella no hay mediación posible como lo es la buena fe del mediador.



La buena fe en este caso consiste en que el mediador debe conducirse con buena fe en cuanto a que debe existir una absoluta disposición para alcanzar acuerdos y con congruencia entre lo que se piensa y se expresa.



## CAPÍTULO III



### 3. La mediación

De acuerdo a José Adolfo Reyes Calderón, la mediación es: “Un proceso mediante el cual, los participantes, junto con la asistencia de persona o personas neutrales, que no ejercen jurisdicción del Estado, 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 necesidades”<sup>20</sup>.

Entre la conciliación y la mediación hay cierta diferencia, ya que el conciliador tiene la facultad de proponer fórmulas de solución, mientras que el mediador no puede proponer, se asemejan en que ambos buscan que las partes lleguen a un acuerdo satisfactorio.

En América Latina, existen dos escuelas en materia de resolución alternativa de conflictos, que son la colombiana y la argentina. Para la colombiana, los términos conciliación y mediación son términos sinónimos; mientras que en Argentina, se entiende por conciliación la que se realiza en un proceso judicial; en Guatemala tanto la conciliación como la mediación no se establecen como sinónimos, ya que existen diferencias entre ambas, pero si pueden celebrarse de forma judicial o extrajudicial, tal

---

<sup>20</sup> Reyes Calderón, José Adolfo. **Mecanismos alternativos de la justicia**. Pág. 57

como lo establece la legislación guatemalteca, ejemplo de ello están los procesos laborales, de familia, los Centros Mediación del Organismo Judicial.

Para este estudio, se establece que hay una diferencia conceptual entre conciliación y mediación, si bien las diferencias entre ellas no son grandes, puesto que las funciones del mediador y el conciliador son similares. Asimismo, se reconoce el carácter extrajudicial de la mediación; en tanto que la conciliación puede ser judicial o extrajudicial.

Christopher Moore, define a la mediación como: “La intervención en una disputa o negociación, de un tercero, imparcial y neutral que carece de poder autorizado de decisión para ayudar a las partes en disputa a alcanzar voluntariamente su propio arreglo mutuamente aceptable”.<sup>21</sup>

De las definiciones anteriores, se establecen puntos de concurrencia entre estos medios alternativos de resolución de conflictos, entre ellos que:

- El tercero participante no tiene calidad de juez o funcionario del Estado;
  
- El tercero facilitador del procedimiento es imparcial;

---

<sup>21</sup> Moore, Christopher. **El proceso de mediación**. Pág. 52

- El fin perseguido es la solución del conflicto. Asimismo, se encuentran diferencias, entre los mismos que:
- En el arbitraje, el tercero tiene capacidad de resolver el conflicto por sí mismo, por medio de un laudo, que es vinculante;

Las facultades de dirección y orientación del conciliador son más amplias porque éste puede emitir opinión y proponer soluciones; mientras que en la mediación su papel es crear condiciones de diálogo, que tiendan a buscar soluciones.

“Breve historia de la mediación. La historia de la humanidad nos ha permitido aprender que cuando los conflictos son vividos bajo una visión de grupo, y no tanto como asuntos personales o individuales, se aborda de mejor forma la diferencia entre los seres humanos, se entiende que los desajustes entre personas o clanes pueden debilitar la solidaridad y la integración de las comunidades y en consecuencia, estos temas, corresponden a todo.

En un interesante estudio hecho por Howar Ross, publicado en el libro, la Cultura del Conflicto, señala dos aspectos para tener en cuenta en cuanto a observar el conflicto en una sociedad, lo que se denomina la teoría estructural, que es la forma como está organizada la sociedad y la teoría psicocultural, que se refiere a los integrantes de esa

sociedad y su percepción del mundo donde viven. A continuación señalamos algunos de sus valiosos aportes:

El pueblo Arusha de Tanzania utiliza una institución llamada “moot” para resolver las disputas, no acepta las iniciativas particulares en la resolución de conflictos importantes que afectan a todo el grupo familiar. El uso de la violencia es considerado como un signo de debilidad en la argumentación de una disputante.

El pueblo Gitskan, en la Columbia Británica, el conflicto es un tema importante que debe ser resuelto con prontitud. El jefe de la tribu trae el problema a la mesa de negociación, con la frase “esto es lo que hay”. Toda la comunidad aporta opiniones y propuestas. Luego “llegan a un consenso que permita la convivencia aun cuando no sea de agrado de todos.

En la comunidad tradicional hawaiana existe la institución “ho opono” que significa enderezar, restaurar y mantener buenas relaciones dentro de la familia y los poderes sobrenaturales”<sup>22</sup>

Dicho conflicto histórico presume que los problemas se atienden más cuando son grupales y no de forma individual, pero debemos de tener presente que lo grupos, están conformados por persona, es aquí donde podemos discernir que no son los

---

<sup>22</sup> Barrera Santos, Yesid. **Manual del mediador del Organismo Judicial**. Pág.7.

grupos los que tienen que mejorar, son las personas para que las cosas tengan un verdadero cambio, por otro lado al mencionarse la teoría estructural como la visión perfecta dentro de la sociedad organizada, comparativamente, establecemos que es inexacta para la nuestra, pues nuestra sociedad es una sociedad difusa, no organizada dentro de los parámetros de orden, la nuestra podríamos decir que es un desorden ordenado, en cuanto a la teoría psicocultural también tenemos una opinión diferente, pues en este tipo de sociedad existente lo podríamos definir como la percepción, de acuerdo al nivel de aberración del entorno.

“En las comunidades africanas, las enfermedades mentales son entendidas como resultado de conflictos sociales. El terapeuta sirve como mediador. Su función consiste en sugerir, conectar, ofrecer aceptación y favorecer un clima positivo de reconciliación.

Los filósofos griegos daban un significado a la mediación, la idea entre los intermediarios entre Dios y el alma.

Si se quiere encontrar indicios de instituciones con mayor perfección podemos acudir al tribunal de Aguas de Valencia, en España, desde el año 1239.

La concepción de mediación adquiere fuerza y prestigio en el ámbito internacional después de 1899, con la Conferencia de la Paz de la Haya, a partir de aquí se ha impulsado la mediación como servicio internacional entre pueblos.

En los Estados Unidos, está la comunidad puritana de Dedham, ubicada en Boston, mantenían un sistema informal de mediación, en todas las ramas del sector económico, social y político”.<sup>23</sup>

Estos ejemplos, se basan más que todo, en los pueblos, que han atravesado por algún tipo de conflicto que siendo individual, se transforma en colectivo, afectando a la sociedad por su nivel de trascendencia, pues el punto de vista de cada cultura le da un nivel o magnitud diferente.

“A partir de los años sesenta inicia la aparición de los llamados Centros Comunitarios de Mediación como política en todos los Estados de la Unión.

La figura se ha promovido como servicio estatal, hasta tener hoy en día una asociación de mediadores. La mediación en el Organismo Judicial. Dentro de los acuerdos de paz, se contempló la modernización del Organismo Judicial como uno de los temas importantes, específicamente en el Acuerdo sobre el Fortalecimiento del Poder Civil y Función del Ejército en una Sociedad Democrática, firmado en México, el 19 de septiembre de 1996.”<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> **Ibid.** Pág. 8.

<sup>24</sup> **Ibid.** Pág. 9.

Actualmente, las personas o grupos sociales que se encuentran más vulnerables son los que mayormente buscan la mediación como alternativa para resolver conflictos, debido a que no creen en los tribunales de justicia, para resolver sus problemas económicos, sociales y culturales que se dan en el grueso de la población guatemalteca, ya que no son resueltos por los entes encargados de administrar justicia.

### **3.1. Métodos alternativos**

Desde la antigüedad los procesos desintegradores en la búsqueda de acuerdos y soluciones, han sido el parámetro de la aplicación de la justicia; una justicia individual, colectiva o social, la cual cree ser el punto de equilibrio a la resolución de conflictos y lo que ha conllevado a la justificación de la violencia e incluso la venganza privada, esto como respuesta inmediata.

En ese eje de desarrollo la civilización ha dejado de ser parte de la evolución para convertirse en una civilización decadente, donde el sujeto de cambio de la historia que es el hombre, ha pasado a ser el objeto de cambio, esto quiere decir; cuanto tienes, cuanto vales, un trozo perecedero de carne, o mercancía humana, es aquí donde los valores y la ética han pasado a ser parte de un segundo plano desplazado de la conducta y la responsabilidad del ciudadano.

Frente a esta debacle legal, social y moral, la cual es parte de una acción gradual, para la disolución social que tiene como único fin someter al ser humano a la voluntad de los poderes hegemónicos, el cual en su contexto de ejecución establece que deben de crearse más leyes para sustituir esa falta de autocontrol, voluntad y valores que el ser humano necesita, pero que en un momento determinado abandona inconscientemente como parte de un nuevo orden económico social, hoy llamado la sociología del desastre.

Pero como el ser por naturaleza es bueno, siempre en lo más malo y obscuro de él habrá algo bueno, aquí es donde podemos decir filosóficamente que se cierran las fauces del infierno, por lo tanto este sentimiento, lo inclino, al arrepentimiento, a aceptar la solidaridad, una solidaridad inconsciente que es parte del arma ideológica del sometimiento en las mentes alienadas.

“Es aquí donde los movimientos y propuestas que pretenden rescatar la cordura y la razón del ser humano. Por el respeto a la vida y el rechazo a toda forma de violencia, se moviliza con principios de libertad y justicia, proponiendo estrategias, programas, que permitan regresar a una línea base, donde la convivencia pacífica nos integre en una visión de paz, donde el impacto de nuestras acciones repercuta en las futuras generaciones.”<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> Barrera Santos. **Op. Cit.** Pág. 4.

- Como doctrina: la convivencia pacífica, la tolerancia, la solidaridad.
- Como estrategia: la cooperación que conlleva a la soberanía compartida.
- Como acción gradual: se establece una disolución social, diseñada estratégicamente, para el dominio de los recursos, lo cual se convierte en el eje principal del debilitamiento, la vulnerabilidad de la justicia, lo que abre el camino para tener el pretexto de reorganizar y fortalecer la justicia y sus medios, pero es aquí donde en Guatemala, la reforma a la justicia nos impone estrategias que al ciudadano le facilita resolver de forma rápida, económica y sencilla sus controversias, a través de su propia voluntad en los conflictos que lo agobian en su diario vivir, creando de una manera eficiente los métodos alternos para la resolución de conflictos.

“En el criterio sostenido por la Comisión para el Fortalecimiento de la Justicia hay varias condiciones para implantar los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, en especial la mediación; los que son importantes destacar: en primer lugar encontramos que el personal que deba atenderlos así como los recursos deben ser adecuados para el efecto, es decir perfilar al profesional con las condiciones académicas y humanas que responda a las expectativas necesarias para la aplicación de tales métodos alternativos”<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> <http://biblio3.url.edu.gt/Tesis/2004/07/Garrido-Carlos.pdf> (Consultado el 10/05/2015)

En la antigua China, la resolución óptima de una desavenencia se lograba a través de la persuasión moral y el acuerdo y no bajo la coacción. En la Grecia Clásica, se dotaba de plena validez legal a los acuerdos a que llegaran los llamados a juicio, antes de comparecer ante el juez. Asimismo, en Roma, durante la República, se inicia el procedimiento arbitral, que era la solución de conflictos de forma privada.

Estos sistemas se dividen en dos partes, la primera para la sustanciación que era dirigida por el Pretor y la segunda en que se dicta sentencia, realizada por particulares, que en materia civil correspondía al iudex árbitro y en lo penal, estaba a cargo de un iudex o varios iurati jurados.

El pretor dotaba de autoridad para fallar a los árbitros y jurados. El jurisconsulto Cicerón recomendaba la transacción entre las partes en litigio, para lo cual en algunos casos las partes habrían de sacrificar algo del derecho propio para obtener una pronta solución. José Roberto Junco Vargas indica que en el reino de Castilla, en las Siete Partidas, emitidas por el rey Alfonso X, El sabio, indicaba que se reconocía legalmente el avenimiento de los litigantes por medio de los árbitros (arbitradores) o por los amigables componedores, que es un antecedente de los conciliadores.

Asimismo, en la Edad Moderna, en Holanda, desde 1,590, cuando dos personas tenían una disputa entre sí eran obligados a llevar su pleito ante los jueces conciliadores, llamados los hacedores de la paz.

La Conciliación. Bogotá, Ediciones Jurídicas Radar, 1996, Pág. 11. 9 sistemas fueron elogiados por el notable político y filósofo Voltaire. Por ello, durante la Revolución Francesa, una ley del año 1,790 disponía que no se admitiera en los tribunales de justicia ninguna demanda civil, sin previo intento de conciliación entre las partes, a cuyas diligencias los interesados debían comparecer personalmente y no por medio de apoderado. Por último, el Canon de la Iglesia Católica de 1,917, decretado por el Papa Benedicto XV, indicaba que la conciliación era un deber cristiano que tenían, tanto las autoridades o jueces como los particulares para evitar litigios.

Tal precepto tiene su base teológica en la primera carta de San Pablo a los corintios, en la que el apóstol exhortaba a la congregación cristiana del lugar a no resolver sus conflictos por medio de los tribunales, sino que nombraran personas de su comunidad para conciliarlas.

Asimismo, se tiene como antecedente el canon de 1,446, en el que Papa Eugenio IV llamaba a la grey católica a procurar acuerdos amistosos a fin de evitar la litis o para resolver la ya entablada. En Guatemala, el Código Procesal Civil y Mercantil (Decreto Ley 107 y sus reformas), vigente desde 1,964, contenía disposiciones para el arbitraje, que era catalogado como un proceso de conocimiento.

No obstante, este procedimiento no era muy utilizado y era necesaria su actualización para su mayor aplicación. El origen de la Ley de Arbitraje (Decreto 67-95 del Congreso

de la República) se basa, en gran parte, en el proyecto de 'Ley Uniforme de Arbitraje Comercial', preparado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. La Ley Modelo es una creación de la CNUDMI concebida principalmente para el Derecho Mercantil Internacional, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de diciembre de 1996 y cuyo proyecto fue previamente aprobado el 21 de junio de 1,985, al finalizar el XVIII período anual de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

Por su parte, la Asamblea General de la ONU, en su resolución 40/72 del 11 de diciembre de 1,985, recomendó que todos los Estados examinen debidamente la 'Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional', teniendo en cuenta la conveniencia de la 10 uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional.

En su momento, el Anteproyecto de la Ley de Arbitraje recogía, debidamente adaptada a la legislación guatemalteca en general, la citada Ley Modelo de la UNCITRAL. El anteproyecto fue preparado para el Ministerio de Economía, el cual, luego de someterlo a la revisión de sus asesores internos, así como de órganos especializados en la materia, estimó pertinente elevarlo a la Presidencia de la República para que ésta, lo remitiera si lo estimaba procedente, como iniciativa de la ley al Congreso de la República. Dicho organismo aprobó el 3 de octubre de 1,995 la Ley de Arbitraje, mediante el Decreto 67-95.

El 17 de noviembre de 1,995 fue publicada en el Diario Centroamérica, entrando en vigor el 25 de noviembre de 1,995.<sup>7</sup> La Ley de Arbitraje (Decreto 67-95 del Congreso de la República) se encuentra estructurada de la siguiente manera: - Capítulo I: Disposiciones Generales; - Capítulo II: Acuerdo de Arbitraje; - Capítulo III: Composición del Tribunal Arbitral; - Capítulo IV: Competencia del Tribunal Arbitral; - Capítulo V: Substanciación de las Actuaciones Arbitrales; - Capítulo VI: Pronunciamiento del Laudo y Terminación de las Actuaciones; - Capítulo VII: Impugnación del Laudo; - Capítulo VIII: Reconocimiento y Ejecución de Laudos; - Capítulo IX: Otros Métodos Alternativos para la resolución de conflictos entre particulares; - Capítulo X: Disposiciones finales y derogatorias.

6 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Nota explicativa sobre la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional. Viena, Naciones Unidas, 1994.

Por lo que se puede observar anteriormente, dentro de la legislación vigente sobre métodos de resolución alterna de conflictos, se le da al arbitraje el tratamiento legislativo más desarrollado, de acuerdo al contenido de la Ley de Arbitraje, en la cual la conciliación se encuentra reconocida en los Artículos 49 y 50 de este cuerpo legal; mientras que la mediación no está regulada en esta ley.

Definición: En el idioma español, se han utilizado una serie de términos, como Técnicas Alternativas de Resolución de Conflictos, Resolución Alternativa de Disputas, Métodos Alternos de Resolución de Conflictos y Resolución Alternativa de Conflictos, entre otros. Cualquiera de estas denominaciones se identifica con el término Alternative

Dispute Resolution. Son soluciones extrajudiciales, en las que las partes en conflicto o un tercero designados por ellas, lo resuelven, poniendo fin a un conflicto jurídico suscitado entre ellas, siempre y cuando se trate de materias transigibles y de libre disposición de las mismas. Clases: En la legislación nacional, se reconocen como los principales medios de resolución alterna de conflictos, los siguientes:

- Arbitraje: El jurista argentino Oswaldo Alfredo Gozaíni señala que el arbitraje es: “Un método o técnica por el cual se trata de resolver extrajudicialmente las diferencias que intercedan en las relaciones entre dos o más partes, a cuyo fin se acuerda la intervención de un tercero (o tribunal) para que los resuelva”.<sup>27</sup>

Para el colombiano Julio Benetti Salgar, el arbitraje es: “La solución de conflictos por medio de un tribunal de arbitramento compuesto por particulares, quienes no tienen la investidura de jueces del Estado ni ninguna otra de carácter oficial, aunque adquieren la primera para efectos de adelantar y fallar el proceso que se someta a su jurisdicción, desplazando naturalmente a los jueces normales y ordinarios en el conocimiento de dicha cuestión, los cuales sin embargo conservan jurisdicción y competencia para actuar en otros conflictos distintos de aquellos que en cada caso se llevan a la justicia arbitral”.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> Gozaíni, Oswaldo Alfredo. **Formas alternativas para la resolución de conflictos**. Pág. 17

<sup>28</sup> Benetti Salgar, Julio. **El arbitraje en el derecho colombiano**. Pág. 4.

- Conciliación: Según José Roberto Junco Vargas, la conciliación es “un proceso en el que existe una situación de conflicto entre una o más persona, quien o quienes se someten a la intervención de un tercero imparcial que desarrolla parte activa y quien dirige y orienta, previo conocimiento de la situación de conflicto y por manejo de la comunicación, y propone las fórmulas de arreglo, todo lo anterior con el fin de buscar el mutuo acuerdo como principio de solución”.<sup>29</sup>

La conciliación es un mecanismo o alternativa no procesal de resolución de conflictos, a través de la cual las partes, entre quienes exista una diferencia originada en relaciones comerciales o de cualquier otra índole, tratan de superar el conflicto existente, con la colaboración activa de un tercero, objetivo e imparcial, cuya función esencial consiste en impulsar las fórmulas de solución planteadas por las partes o propuestas por él, evitando así que el conflicto llegue a Instancia jurisdiccional o arbitral.

Métodos que a la vez, son manipulados por intromisión extranjera y que en su buena voluntad les trunca el objetivo principal que es la restructuración del tejido social, es aquí donde analizamos que la imposición de firmar convenios de confidencialidad en los acuerdos de voluntad pacífica, como de convicción propia, vulneran la buena fe, cuando las partes deciden resolver sus diferencias, convirtiéndose simplemente en un teatro legal, pues al no llegar a un acuerdo las partes quedan más vulneradas y la acción notarial de la fe pública es vulnerada y limitada por el mismo método de

---

<sup>29</sup> Junco Vargas, José Roberto. **La conciliación**. Pág. 32.

mediación implantado y reestructurado por el organismo judicial en el Acuerdo 22/98 e su Artículo número 9, inciso (b) de la presidencia del organismo judicial. Ya que en la visión simplista recalcamos, la mediación busca únicamente la reparación, pero sabemos que su fin supremo es la reestructuración del tejido social y no solo evitar la Litis, sino que acrecentar la razón, lo comprensión y la fraternidad entre las partes.

### **3.2. Fin supremo de la mediación**

El mediador debe tomar en cuenta que es un invitado en la mediación, que no tiene ningún juicio directo en tomar decisiones por las partes involucradas, sino que debe ser imparcial en sus opiniones, ya que si interviene en el proceso, ya no cumple la función de mediador, sino de juez, por lo tanto se perdería la naturaleza y razón de ser de la mediación. El autor Caivano Roque señala que, en términos generales, la mediación tiene como fin supremo cooperar con las partes en el proceso de negociación, a través del cual aspiran a solucionar sus conflictos. La dinámica propia de este proceso y la intervención del tercero neutral, genera una serie de fines específicos, tales como:

- Lograr un ánimo de cooperación y confianza entre las partes.
  
- Desarrollar la habilidad de las partes para comunicarse, o para comprender los sentimientos de la otra y compartir las decisiones necesarias.

- Asegurar a todas las partes la oportunidad de que sus puntos de vista sean escuchados y lograr que sienten que han sido tratados con justicia.
- Reducir la tensión que el conflicto genera.
- Lograr que las partes se abran a los hechos relevantes.
- Favorecer el orden privado en el desarrollo de la resolución voluntaria del conflicto.
- Llegar a un acuerdo razonable y justo.

El mediador debe asumir que el objetivo esencial de la mediación no es llegar a un acuerdo, sino es la de brindar un proceso en el que las partes puedan instruirse a sí mismas con respecto al conflicto y analizar las distintas opciones que tienen para solventarlo.

La legislación guatemalteca regula los procedimientos de la mediación como método de resolución de conflictos, sin embargo la regulación legal de la mediación es insuficiente, lo que ha contribuido a que el notario se vea afectado por el convenio de confidencialidad y su fe pública se vea disminuida, tomando en cuenta que las leyes de Guatemala se han ido regulando y cambiando de acuerdo a las necesidades de la humanidad que pretenden lograr el bien común, sin embargo el tema de la mediación y la fe pública no ha sido abordado de manera seria y concreta.



## CAPÍTULO IV



### 4. Los convenios de confidencialidad

Que consiste en que la información tratada durante el procedimiento de aplicación de los mecanismos alternativos no deberá ser divulgada y no podrá ser utilizada en perjuicio de las partes dentro del proceso judicial. El deber de confidencialidad no se extiende a la información relativa a la comisión de un delito no susceptible de solucionarse por los mecanismos alternativos.

Esta es una de las características más importantes de la mediación. Implica que todo lo que se diga en el proceso debe mantenerse en secreto para todos los terceros extraños a la mediación. Todas las personas que concurren, ya sean mediadores, co-mediadores, participantes u observadores en los programas de entrenamiento, están afectados por la confidencialidad y deben comprometerse a guardarla. Llegado el caso que no se llegue a un acuerdo en el proceso de mediación y deba continuar ante la justicia, los mediadores, co-mediadores y observadores del proceso, puede suceder que sean citados como testigos a un juicio relacionado con la disputa y pueden con toda libertad manifestar su imposibilidad de referirse a cualquier cuestión interna del encuentro de mediación donde participó.

Ya que tiene como prueba el convenio de confidencialidad firmado en el escenario de la mediación. La confidencialidad no solo debe ser mantenida frente a terceros

extraños al proceso, sino también con respecto a lo expresado por cada participante en las reuniones individuales o privadas, a no ser que los involucrados autoricen al mediador para que comunique al otro participante alguna parte de lo que ha expresado.

Se firma un convenio de confidencialidad, por lo que el mediador no podrá revelar lo sucedido en las sesiones, ante el Juez ni ante de terceros ajenos al marco de la mediación, ni los que las partes le confíen en sesión privada, salvo autorización previa.

Las partes y todos los que hayan intervenido o presenciado la mediación también se comprometen a respetar el deber de confiabilidad.

Para poder entender un poco más la confidencialidad dentro del procedimiento de mediación judicial en Guatemala nos remitimos al capítulo cuarto del manual del mediador del organismo judicial en su numeral diecinueve (19). ¿Qué es? Indicándonos que es un procedimiento voluntario no-adversario en el que un tercero neutral, especializado en materia, que no tiene poder sobre las partes, ayuda a las partes para que a través de la comunicación y la cooperación, encuentren, por si mismos, el punto de armonía y la solución más propicia a sus conflicto<sup>30</sup>

Es precisamente en este principio, donde de forma sutil se violenta la fe pública del notario, pues es in necesario firmar un convenio para dicho profesional del derecho, ya que el artículo número dos del código de ética profesional del colegio de abogados

---

<sup>30</sup> Barrera Santos. **Op. Cit.** Pág. 41.

estipula muy claramente que establece guardar el secreto profesional constituye un deber y un derecho para el abogado.

Acuerdo de confidencialidad ¿Qué es un acuerdo de confidencialidad? Un acuerdo de confidencialidad, o cláusula de confidencialidad, se constituye en una manifestación de la voluntad de las partes encaminada a producir la obligación de guardar y no revelar a terceros información que una de las partes desea proteger, y que se puede desarrollar en una etapa pre-contractual o incluir dentro de un contrato. ¿Es lo mismo una cláusula de confidencialidad que un acuerdo de confidencialidad? Una cláusula es lo que compone un contrato o un acuerdo, lo cual hace que el acuerdo sea el género y la cláusula la especie. Por lo tanto para saber cuál de los dos usamos vamos a tener en cuenta en qué momento vamos a revelar la información confidencial, si es en etapa de negociación celebramos un acuerdo de confidencialidad, pero si la vamos a revelar durante la ejecución del contrato, dentro del mismo se incluye esa cláusula de confidencialidad. ¿Qué se entiende por etapa de negociación? En la esfera de la contratación privada, ya sea nacional (entre dos o más personas domiciliadas en el mismo país) o internacional (entre dos o más personas domiciliadas en distintos países) se entiende que antes de celebrar un negocio jurídico las partes deberán conocer y entender algunas razones que los van a llevar a obligarse, esta etapa puede asimilarse a la etapa de negociación, en la cual las partes empiezan a evidenciar sus intereses comunes, a saber con quién posiblemente contratarán y aquellos motivos que los van a llevar a la causa que se constituye como elemento esencial del contrato, o a determinar.

Para ello muchas veces se hace necesario mostrar más de lo que se pueda ver en un certificado de existencia y representación de la sociedad o de lo que las noticias o las partes digan, se hace necesario revelar información de actividades que la compañía ha desarrollado, de la forma de manejar sus procesos, de lo que constituye su objeto social o cualquier cosa que pueda ser considerada un activo de la compañía y por ser información que puede ser usada para defraudar sus intereses se ha ideado pactar una cláusula contractual que no obstante tener el derecho comercial la regla de la consensualidad para efectos probatorios la misma se hace constar en un documento que termina constituyendo un acuerdo de confidencialidad.

¿Cuál es la relación de un acuerdo de confidencialidad con el deber de buena fe? La justificación de un acuerdo de confidencialidad se basa en el principio de la buena fe, pues allí se consagran los parámetros de conducta orientados a ese obrar. Según Carlos Andrés Perilla Castro el mismo se emplea para proteger el deber precontractual de confidencialidad que se relaciona con el carácter secreto de la información y el deber de guardar el secreto. ¿Qué debe contener un acuerdo de confidencialidad? Es fundamental determinar la información que se va a revelar y la forma en la cual se va a entregar, la cual va a constituirse en el objeto del acuerdo y sobre la cual van a recaer las obligaciones. Como dentro del acuerdo no se revela toda la información, si por ejemplo, la información que se va a revelar consiste en un procedimiento mediante el cual se logra darle un acabado de cuero a un nylon, ello no implica definir en el objeto todo el procedimiento.

Simplemente se podrá manifestar el nombre del procedimiento y la forma mediante la cual se va a revelar la información (entrega de CD's, visitas técnicas, libros, documentos, etc.) Allí mismo se describen las obligaciones, y son las de no revelar la información, y otras que se relacionen con el objeto del acuerdo. Así mismo se deberá incluir la responsabilidad a que haya lugar por violar el acuerdo y las consecuencias que ello genere, por ejemplo incluyendo una cláusula penal. Es importante también definir un término de vigencia, es decir, durante cuánto tiempo se debe mantener la información en reserva, y la forma mediante la cual se deberá restituir la información que se haya entregado.

“¿Qué consecuencias se puede generar por incumplir un acuerdo de confidencialidad? Dentro de una esfera contractual lo que se generaría serían las consecuencias derivadas ya sea del incumplimiento de las obligaciones o las que las partes determinen en el documento. Por lo tanto si con ello se causa algún perjuicio la parte que incumpla su obligación deberá indemnizar a la otra parte, y si se consagran sanciones expresas en el acuerdo se hará acreedor de las mismas, por esto la determinación de una cláusula penal puede llegar a ser fundamental en este tipo de acuerdos”.<sup>31</sup>

¿En qué se sustenta? El principal sustento de la figura de mediación está en la Voluntariedad de las partes, quienes por su propia decisión acuden al servicio y se

---

<sup>31</sup> file:///C:/Users/RCano/Downloads/ABCES\_Clausula\_de\_confidencialidad%20(1).pdf (Consultado el 25/05/2015).

someten al cumplimiento de las reglas que acuerdan para lograr el objetivo que la figura pretende.

En la Capacidad que tengas la partes en conflicto para solucionar sus diferencias, siempre y cuando estén conforme a la ley.

“En la absoluta Confidencialidad que tiene la figura para las partes comprometiéndose a toda persona que participa a cumplir con la no-vulnerabilidad del principio”.<sup>32</sup>

#### **4.1. Orígenes de los convenios**

La confidencialidad es un aspecto clave de la relación entre profesionales sanitarios y pacientes. Supone la cesión del paciente de una parte reservada de sí mismo y los principios éticos de autonomía y no maleficencia están íntimamente ligados con su preservación. También numerosas normas legales obligan al secreto profesional, imponiendo en algunos casos duras sanciones a menudo desconocidas. En este artículo se hace un repaso por cuestiones que a veces resultan conocidas en abstracto, pero que están recogidas en la normativa legal, como son la propiedad de la historia clínica, las anotaciones subjetivas, su custodia y rectificación o quién y para qué se puede acceder a la misma.

---

<sup>32</sup> Barrera Santos. *Op. Cit.* Pág. 44.

Palabras clave: Confidencialidad. Historia Clínica. Bioética.

El secreto profesional en el ejercicio de la medicina ha sido un tema de interés a lo largo de la historia. Desde tiempos inmemoriales se ha tenido un especial cuidado en mantener la reserva de la información recabada. Ya en el siglo IV a.C. se formula el Juramento Hipocrático que entre sus cinco obligaciones incluye la siguiente:

Guardaré silencio sobre todo aquello que en mi profesión, o fuera de ella, oiga o vea en la vida de los hombres que no deban ser públicos, manteniendo estas cosas de manera que no se pueda hablar de ellas. (Juramento Hipocrático. Atribuido al médico griego Hipócrates de Cos -Cos, c. 460 a.C.- Tesalia c. 370 a.C.)

Este punto del juramento, presente en la tradición médica occidental a lo largo de los siglos es recogido y adaptado en los códigos deontológicos de las profesiones sanitarias. La Asociación Médica Mundial preconiza en 1948 "Guardar y respetar los secretos confiados a mí, incluso después del fallecimiento del paciente" (2ª Asamblea General de la A.M.M. Declaración de Ginebra, Suiza. Septiembre de 1948).

En la incipiente disciplina de enfermería se redacta en 1893 el Juramento de Florence Nightingale en honor a la considerada fundadora de la enfermería moderna, que todavía vivía por aquel entonces. En él se lee Consideraré confidencial toda

información personal que me sea revelada y todos los asuntos familiares de los que tenga conocimiento en el ejercicio de mi profesión.

Tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su Artículo 12, como la Constitución Española en el Artículo 18 tratan la intimidad como un derecho fundamental del individuo.

En 1997, España suscribió el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio de Oviedo), que reconoce el derecho de las personas al respeto de su vida privada en asuntos de salud, así como a conocer toda la información obtenida respecto a su salud, salvo las restricciones que establezca la ley.

“Las principales normas que reconocen y regulan el derecho a la intimidad en el marco sanitario son la Ley 14/1986 General de Sanidad (Art. 10.3), la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y su Reglamento de Desarrollo, la Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente y en Navarra la Ley Foral 17/2010 de Derechos y Deberes de las Personas en Materia de Salud.

Cabe destacar que en 2002 estas cuestiones ya se regularon en Navarra en la Ley 11/2002, de 6 de mayo, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a

la información y a la documentación clínica. Esta norma, pionera en el Estado Español, fue modificada parcialmente por la Ley 41/2002 y derogada por la Ley Foral 17/2010.

Por supuesto en la actualidad los códigos deontológicos de las organizaciones colegiales de medicina y enfermería recogen la obligación de guardar el secreto profesional.”<sup>33</sup>

– Confidencialidad: El diccionario de la Real Academia Española de la lengua define intimidad en su segunda acepción como "Zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia y privacidad como ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión.”<sup>34</sup> En la vida privada cabe aquello que no se quiere que sea del normal conocimiento y la intimidad forma en ella un núcleo esencial que protegemos con más fuerza.

“Respecto a confidencial, se define como que se hace o se dice en confianza o con seguridad recíproca entre dos o más personas.

Hablando en términos de bioética, podemos ver principalmente dos principios comprometidos en lo referente a la preservación del secreto: la autonomía y la no maleficencia.

---

<sup>33</sup> [http://scielo.isciii.es/scielo.php%3Fscript%3Dsci\\_arttext%26pid%3DS1137-66272011000100008](http://scielo.isciii.es/scielo.php%3Fscript%3Dsci_arttext%26pid%3DS1137-66272011000100008) (Consultado el 25/05/2015).

<sup>34</sup> Diccionario de la Real Academia Española. Versión Digital. 2012.

El paciente que acude a un centro sanitario establece una relación *quid pro quo* en la que deberá ceder información a cambio de una adecuada atención. Atendiendo a su principio de autonomía es libre de revelar la cantidad de datos que estime oportuna, pero esta autonomía se ve limitada por el deber de dar información veraz y suficiente. Así lo recoge diferente legislación sanitaria, como la Ley Foral 17/2010 en su artículo 74.2 "Todas las personas tienen el deber de facilitar los datos sobre su estado físico o sobre su salud que sean considerados necesarios para el proceso asistencial o por razones de interés general, de manera leal y verdadera". La única protección de su intimidad que el paciente tiene ante esta obligación es la discreción del profesional. Se entiende que hay un acuerdo tácito que obliga moralmente al silencio y que también lo recoge la ley. Nos encontramos ante una doble obligación, ética y legal.

Debemos considerar la información privada del paciente un don, en tanto que entrega una parte de sí mismo, en cierto modo único que ha de ser tratada con lealtad sin compartirla con otros. Es solo el propio interesado quien puede decidir qué información pertenece a su más estricta intimidad, según sus propios criterios.

Existe además un deber moral de fidelidad para con el paciente. Se deben respetar los acuerdos a que se llegan (*pacta sunt servanda*), y esto incluye el acuerdo implícito acerca de la confidencialidad de la información que se maneja en la actuación sanitaria. La relación de los pacientes con los profesionales de la salud se basa necesariamente en la confianza. El usuario debe revelar datos que pertenecen a la esfera de lo íntimo

para que quien le atiende cuente con la información necesaria para abordar su proceso. Si esa confianza se quiebra la relación se deteriorará.

Esta es la razón básica de carácter práctico que nos impele a mantener el secreto profesional. Debe tenerse en cuenta que la obligación de secreto no solo abarca la información referente al estado de salud del paciente, sino a cualquier dato sobre su vida privada que se conozca durante la atención en salud. Si el profesional no respeta la reserva de lo revelado por el paciente y difunde información privada del mismo, puede provocarle graves daños en diferentes esferas de su vida que serán como mínimo de tipo moral, quebrantando el principio de no maleficencia.

El legislador es sensible al derecho a la confidencialidad de la información y lo recoge en las normas relativas a los derechos de los pacientes en el Artículo 7 de la Ley de Autonomía del Paciente. En la Ley Foral 17/2010 lo desarrolla en el 31 y siguientes para proteger explícitamente los siguientes aspectos de la confidencialidad.

- Derecho a limitar la grabación y difusión de registros iconográficos (Art. 32). Prohíbe la grabación o fotografía de usuarios de centros o servicios sanitarios sin su expreso consentimiento una vez informados de la finalidad de las imágenes.

- Confidencialidad de los datos genéticos (Art. 33). Protege la confidencialidad del patrimonio genético. Debiendo velar las autoridades sanitarias para que nadie pueda ser objeto de discriminación a causa de sus características genéticas.

- Confidencialidad de otros datos especialmente protegidos (Art. 34). Los datos referidos a la ideología, religión, creencias, origen racial, vida sexual, al hecho de haber sido objeto de malos tratos y, cuantos datos puedan tener especial relevancia para la salvaguarda de la intimidad personal y familiar deben ser especialmente protegidos. (Sin menoscabo del cumplimiento de los deberes legales de comunicación o denuncia ante cualquiera de los supuestos previstos por la legislación).

Se entiende que la presencia de un intérprete de lengua de signos, familiar o persona de confianza con consentimiento del paciente no vulnera el derecho a la confidencialidad.

En nuestro medio en ocasiones se desconoce o no se da importancia a la confidencialidad, sin plantearse las repercusiones que puede tener su quebranto. Conversaciones de ascensor, comentarios en el centro de trabajo, en el transporte público o descuidos al dejar a la vista documentación con información de pacientes son situaciones que se dan en el medio hospitalario. Informar en lugares inadecuados como pasillos o sin consultar al propio paciente también son prácticas difíciles de erradicar. Costumbres como buscar o pedir a un compañero información sobre conocidos o

comentar en casa la situación de amigos de la familia debería pasar a ser casos excepcionales.”<sup>35</sup>

Pero si bien es cierto que posterior a la época de la venganza privada y a la hetero composición, se saltó a la auto composición, lo que deviene de tiempos muy remotos y los cuales se fueron perfeccionando, conjuntamente con las leyes de la evolución, no está demás mencionar que con la necesidad de preservar su supervivencia, las sociedades en conflicto, se obligaron a buscar los puntos en común, para llegar a una mejor convivencia, ya en este punto la medicina fue una de las primeras profesiones en incorporar la confidencialidad a su quehacer profesional, y así también el derecho, llegando a perfeccionarse el secreto profesional por medio de un código de ética, que en su esencia no es un código si no simplemente ética, porque esta no debe ser impuesta, ya que es inherente al ser, y la moral si es impuesta por los grupos sociales como normas de convivencia, por lo tanto son impuestas y son códigos, la ética en el individuo es lo que lo hace aceptar el código como parte de su conducta.

---

<sup>35</sup> [http://scielo.isciii.es/scielo.php%3Fscript%3Dsci\\_arttext%26pid%3DS1137-66272011000100008](http://scielo.isciii.es/scielo.php%3Fscript%3Dsci_arttext%26pid%3DS1137-66272011000100008)  
(Consultado el 25/05/2015).

#### 4.2. Finalidad de los convenios

En el estertor de las relaciones humanas, los convenios de confidencialidad, están más enfocados a los asuntos mercantiles y comerciales, para resguardar derechos de autor, y relaciones empresariales, cuya finalidad ha sido evitar que se llegue a violentar la confianza y por ende la buena fe, pues esta es uno de los principios filosóficos de las relaciones mercantiles, la cual está regulada en nuestro código de comercio decreto 2-70 artículo 669. Pero posterior a los acuerdos de paz y como una nueva cultura de paz, los convenios de confidencialidad fueron tomando más importancia en la vida social de las personas, pues ya no es solamente lo mercantil o comercial a lo cual atañe dichos convenios, hoy por medios de los centros de mediación, estos se fueron haciendo más necesarios en otros ámbitos, su fin no es malo ni nocivo, pero en el ámbito del ejercicio del notario, si vulnera su fe pública, pues el simple hecho de ser abogado y notario el profesional del derecho ya está sujeto a un código de ética profesional, tanto del abogado como del notario, lo cual hace in necesario que dicho profesional firme estos convenios de confidencialidad, muchos atañen a la pregunta, que si el profesional del derecho fue contratado como notario o como abogado, lo que por lógica es irrelevante pues su profesión le permite actuar indistintamente sin ninguna restricción, ya que el título es de abogado y notario y no abogado o notario, pues un profesional de las ciencias jurídicas y sociales, al ser requerido su auxilio, no tiene limitante en el momento determinado el patrocinado le puede solicitar que faccione un acta y esta no está condicionada a que fue contratado como abogado, pues sus funciones para la defensa técnica son ambas.



**4.3. Modelo de acta del convenio de confidencialidad que las partes firman antes de someter su conflicto a mediación.**

“Centro de Mediación de.....

Convenio de Confidencialidad.

En la ciudad de Guatemala, el \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ del año \_\_\_\_\_, los participantes en el procedimiento de Mediación, convienen en suscribir el presente CONVENIO DE CONFIDENCIALIDAD bajo las condiciones siguientes:

1. Los participantes no podrán revelar lo tratado y actuado en las sesiones ante juez o autoridad competente, ni ante terceros, ajenos al procedimiento de la Mediación.
2. Los participantes no podrán revelar la información obtenida en las sesiones de Mediación a los medios de comunicación u otros ni utilizarla en su beneficio.
3. El Mediador no podrá revelar a una de las partes la información que la otra le proporcione en una sesión privada, salvo que reciba autorización expresa para ello.
4. Cualquier otra persona que haya intervenido o presenciado la mediación, queda obligada a cumplir con el presente convenio de confidencialidad. El mediador queda liberado de la obligación de confidencialidad al tener conocimiento de un delito grave.

Nombre y apellidos

Firma

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

_____	_____
_____	_____
_____	_____

» 36

**4.4. Análisis de la vulneración de la fe pública del notario, por medio del convenio obligatorio de confidencialidad, que tiene que firmar todos los representantes, cuando se celebran audiencias de mediación, como medio alternativo en la resolución de conflictos, en los centros metropolitanos de mediación del Organismo Judicial**

En virtud de lo antes investigado se ha podido establecer, que la teoría y argumentos antes vertidos en la presente tesis, son consistentes, pues si bien es cierto que los convenios de confidencialidad son necesarios, sobretudo en el ámbito mercantil y comercial como en lo laboral, pero en la mediación judicial son menos importantes, en cuanto a las partes ya que la mediación es de carácter voluntario y se encuentra amparada en la libertad de acción, regulada en el artículo número 5 La Constitución Política de la República de Guatemala, así como en la objetividad de los acuerdos, pues estos deben de amparar al mediador el cual no puede ser utilizado para comparecer en un juicio a favor de parte, pero en el caso de las partes las cuales pueden ser auxiliadas por asesoría técnica, la cual puede comparecer como abogado y notario y no como abogado o notario, lo cual le autoriza su libre ejercicio. En un determinado momento dichos convenios vulneran la fe pública del notario pues esta ya

<sup>36</sup> Barrera Santos. *Op. Cit.* Pág. 58.



está fortalecida en el código de ética del abogado y notario del Colegio de Abogados y Notarios De Guatemala, y la buena fe de las partes está más que manifiesta al momento de decidir ventilar en esta instancia sus diferencias con el afán de llegar a un acuerdo justo, lo que en su realidad histórica, la mediación, lo que pretende es rehabilitar el tejido social y de la misma manera desconcentrar a los tribunales. Sin violentar ningún derecho.

#### **4.5. Proyecto de reforma al Acuerdo 22/998 de la Presidencia del Organismo Judicial**

### **REFORMAS AL REGLAMENTO DEL CENTRO DE MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN DEL ORGANISMO JUDICIAL**

ACUERDO No. \_\_\_\_\_

**EL PRESIDENTE DEL ORGANISMO JUDICIAL Y  
DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

#### **CONSIDERANDO:**

Que, habiendo sido creado el Centro de Mediación y Conciliación del Organismo Judicial, por Acuerdo número 21-998 de esta Presidencia, es indispensable emitir las normas que regulen su forma de integración y funcionamiento sin afectar la fe pública



del notario, por lo que resulta conveniente dictar las reformas a las disposiciones del caso.

**POR TANTO:**

Con base en lo considerado y lo que establece el Artículo 55. Inciso q) de la Ley del Organismo Judicial.

**EMITE LA SIGUIENTE**

**REFORMA AL REGLAMENTO DEL CENTRO DE MEDIACION Y CONCILIACION  
DEL ORGANISMO JUDICIAL**

Artículo 1.- Se reforma el artículo 9 el cual queda así.

Artículo 9. Documentación. El expediente de mediación se integra con los siguientes documentos:

- a) Formulario de solicitud de mediación, con los datos proporcionados por las partes.
- b) Convenio de confidencialidad suscrito por las partes y el mediador, con excepción de los abogados y notarios cuando participan con esa calidad.
- c) Constancia de:
  - 1) Citación realizada a las partes y a toda otra persona cuya presencia resulta necesaria;



- 2) Toda las reuniones celebradas por el mediador con indicación de la fecha, hora de inicio, personas presentes objeto de la reunión, resultado de la misma y hora de finalización;
  - 3) Toda otra diligencia practicada.
- d) El acta de finalización de la mediación con su resultado y el convenio celebrado;
  - e) Constancia sobre el grado de cumplimiento del convenio que se hubiere suscrito.

Artículo 2.- La presente reforma al reglamento principiara a regir ocho días después de su publicación integra en el diario oficial.

DADO EN EL PALACIO DE JUSTICIA GUATEMALA. A LOS \_\_\_\_\_ DEL  
MES \_\_\_\_\_ DEL AÑO \_\_\_\_\_.

En conclusión los convenios de confidencialidad, que se tienen que firmar, en las audiencias que se celebran en los centros de mediación del Organismo Judicial, los cuales tienen un carácter obligatorio, para las partes y todos aquellos que participen, vulneran la fe pública del notario, el cual también es obligado a firmarlo y como consecuencia el no podrá hacer uso de la información que se conoce en dicha audiencia ni siquiera para dar a conocer en un juicio lo que en dicha audiencia sucedió acción que limita, vulnera o impide la actividad del notario, en este punto precisamente se violenta el Artículo número 5 de la Constitución Política de Guatemala, así como el Artículo 1 y 60 del Código de Notariado, en lo referente a el Artículo 1 y 3 del Código de



Ética del Colegio de Abogados y Notarios De Guatemala. Por lo tanto, debe de reformarse en anterior acuerdo de la presidencia del Organismo Judicial en su artículo número nueve en su inciso (b), liberando de dicha disposición a los abogados y notarios.



## CONCLUSIÓN DISCURSIVA

A través de esta conclusión, es pertinente acotar, que en los sendos caminos o rutas del derecho y la justicia, se vislumbra, que Guatemala pasa por momentos, muy dramáticos, es aquí donde la presente investigación por su texto y contexto, no escapa de ser también un ingrediente más de la problemática nacional, ya que el tema investigado obliga, a escudriñarlo, no solo desde la esfera jurídica, sino también, desde los ámbitos de su génesis sociológica e ideológica, lo cual influye constantemente en la transformación de los métodos y normas de la convivencia humana y del derecho, como pivote central, cuyo fin supremo es la re estructuración y reparación constante del tejido social y no la visión simplista donde únicamente se mira una estadística de ejecución; por lo tanto, se ha tomado conciencia, que es necesario, la renovación moral del país, a través de esta instancia investigada, analizada y estudiada, en la presente tesis, lo que confirma, que es de suma importancia y necesario, crear y formular nuevos métodos alternativos de conciliación, pues este es uno de los ejes para mantener la búsqueda de la cordura y la paz, así como la revisión constante de dichos métodos, para poder establecer, como realmente, son aceptados por las partes en contienda.

Es así como se concluye, que para mejorar, la convivencia no solo humana, sino también, como pueblo soberano e independiente se debe de reflexionar en nuestros actos individuales, lo cual se traduce en mejora espiritual, jurídica, política, social y por ende económica, eliminando la conducta de la inapetencia, la avaricia y la ignorancia salvaje, que nos mediatiza a través de la desinformación.

Por lo tanto, se propuso como primer paso la no vulneración y el respeto a los derechos adquiridos por el notario, como representante, de la fe pública del Estado, portador de la misma para difundir la certeza jurídica, de esta manera, contribuir a evitar se violente, el ámbito de la buena convivencia entre todos los ciudadanos.



En esta dinámica, la presente tesis pretende mejorar los procedimientos para una óptima construcción del tejido social, dándole un valor agregado a la fe pública, a través de la primacía de la voluntad y la buena fe, la cual se traduce en el bien común.

Pues en este maremágnum social de riquezas obscuras y miserias galopantes, donde nuestra conciencia nos hace pensar que el mañana es hoy, confrontados con la terrible urgencia del ahora y que irremediamente, nos conduce al dilema de la vida que se interpreta con el demasiado tarde, nos obliga a no claudicar, esta aportación se ha hecho con la mejor voluntad para despertar la conciencia en el ciudadano, que sepa, que la vida se puede solucionar sin necesidad de entronizar una guerra, pues no está en juego nuestro presente ni nuestro futuro, es nuestra eternidad, la que se enmarca en nuestras futuras generaciones, hablo de nuestros nietos y los hijos de ellos, sin dejar de recordar las premisas de Juan Pablo segundo, cuando en el sínodo de Dominicana dijo América Latina desde tu fidelidad a Cristo, resiste a quienes quieran ahogar tu vocación de esperanza.

Por la vida el derecho y la justicia caminemos hacia las alturas.



## BIBLIOGRAFÍA

- BAQUIAX, Josué Felipe. Apuntes de Derecho Notarial. Guatemala. Año 2,005.
- BARRERA SANTOS, R. Yasid. **Manual del Organismo Judicial**. Unidad de modernización, Guatemala. 2002
- BENETTI SALGAR, Julio. **El arbitraje en el derecho colombiano**. Bogotá, Editorial Temis, 1994.
- CARRAL y De Teresa, Luis. **Derecho notarial y derecho registral**. Séptima Edición. México, Distrito Federal, Editorial Porrúa, Sociedad Anónima, 1,983.
- CARNEIRO, José. **Derecho notarial**. Barcelona, España: Ed. EDINAF, S. A., 1988.
- GOZAÍNI, Alfredo Oswaldo. **Formas alternativas para la resolución de conflictos**. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1995.
- GIMÉNEZ-ARNAU, Enrique. **Derecho notarial**. Pamplona, España: Ed. Universidad de Navarra, S.A., 1976.
- HIGHTON, Elena, y Gladys, Álvarez. **Mediación para resolver conflictos Ad-Hoc**. Argentina, Editorial Paidós, 1998.
- JUNCO VARGAS, José Roberto. **La conciliación**. Bogotá, Ediciones Jurídicas Radar, 1996.
- MOORE, Christopher. El proceso de mediación. México: Ed. Tulsa, 1999.
- MUÑOZ, Nery Roberto. **Introducción al estudio del derecho notarial**. 5ª. ed. Guatemala: Ed. Calendarios de Centroamérica, 1992.
- NERY, Argentino. **Tratado teórico y práctico de derecho notarial**. 2ª. ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 1980.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, S.R.L., 1981.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. **Derecho notarial**, Tercera Edición. México, Distrito Federal, Editorial Porrúa, Sociedad Anónima, 1,986.
- REYES CALDERÓN, José Adolfo. **Mecanismos alternativos de la justicia**. Guatemala, Impresos Caudal, 1998.



SALAS, Oscar. **Derecho notarial de Centroamérica y Panamá**. México D.F: Ed. Edinsa S.A., 1989.

### **Legislación:**

**Constitución Política de la República de Guatemala**, Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

**Convenio Americano de Derechos Humanos**. (Pacto de San José de Costa Rica)  
Aprobada en la Conferencia de los Estados Americanos de San José de Costa Rica, 1969.

**Código Civil**. Enrique Peralta Azurdía, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 106, 1964.

**Código Procesal Civil y Mercantil**. Enrique Peralta Azurdía, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto Ley 107, 1964.

**Ley del Organismo Judicial**. Decreto número 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, 1989.

**Ley de Arbitraje**. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 67- 95, de 1995.

**Acuerdo 22/98** de la Presidencia del Organismo Judicial. Firmado 22 de septiembre de 1998.