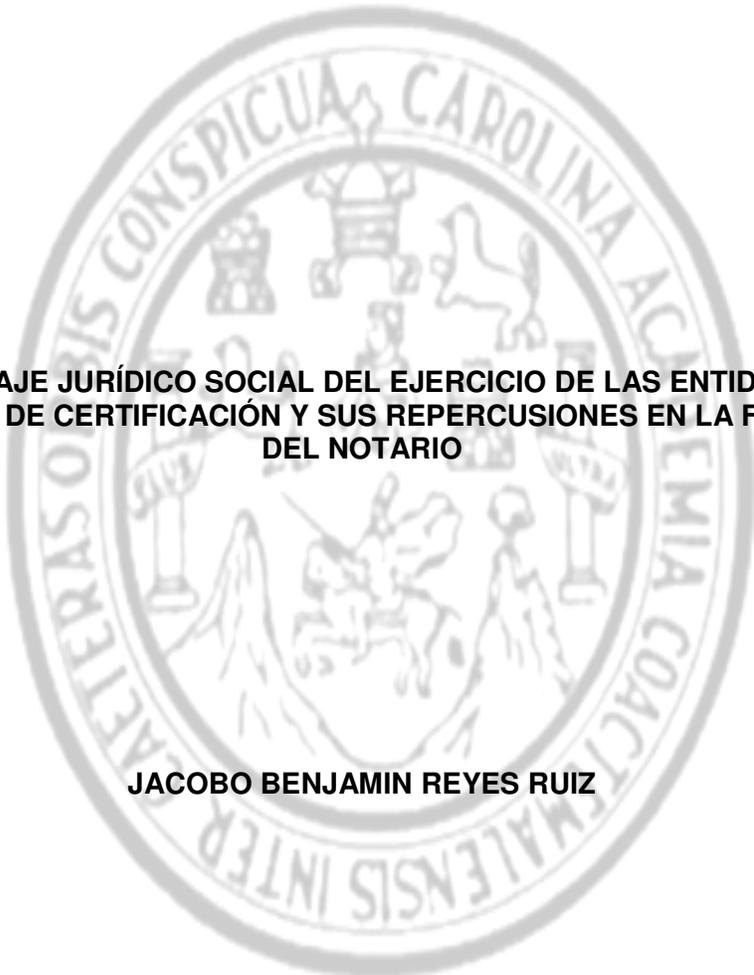


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**ABORDAJE JURÍDICO SOCIAL DEL EJERCICIO DE LAS ENTIDADES
NOTARIALES DE CERTIFICACIÓN Y SUS REPERCUSIONES EN LA FE PÚBLICA
DEL NOTARIO**

JACOBO BENJAMIN REYES RUIZ

GUATEMALA, ABRIL DE 2009

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

**ABORDAJE JURÍDICO SOCIAL DEL EJERCICIO DE LAS ENTIDADES
NOTARIALES DE CERTIFICACIÓN Y SUS REPERCUSIONES EN LA FE PÚBLICA
DEL NOTARIO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JACOBO BENJAMIN REYES RUIZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, abril de 2009

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

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br. Marco Vinicio Villatoro López
VOCAL V:	Br. Gabriela María Santizo Mazariegos
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

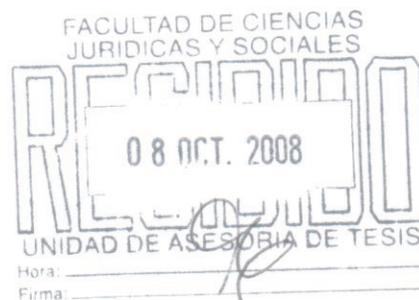
RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

BUFETE JURÍDICO
LIC. ERICK ROLANDO HUITZ ENRÍQUEZ
8ª. AVENIDA 20-22 ZONA 1 OFICINA No. 8
NIVEL MEDIO EDIFICIO CASTAÑEDA MOLINA
TELEFAX: 22381390



Guatemala, 7 de octubre de 2008.

Licenciado
Carlos Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Respetable licenciado:

Atentamente me dirijo a usted para informarle que fui nombrado como ASESOR DE TESIS del bachiller JACOBO BANJAMÍN REYES RUIZ, del trabajo de tesis intitulado ABORDAJE JURÍDICO SOCIAL DEL EJERCICIO DE LAS ENTIDADES NOTARIALES DE CERTIFICACIÓN Y SUS REPERCUSIONES EN LA FE PÚBLICA DEL NOTARIO, en fe de lo cual hago constar lo siguiente:

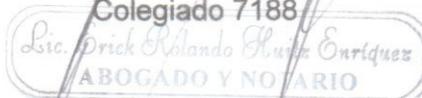
Que el tema elegido por el estudiante es de suma importancia ya que trata la figura de los certificados digitales en el marco del comercio electrónico, constituyendo una herramienta que garantiza la certeza jurídica en la función notarial.

Le recomendé al bachiller algunos cambios en la redacción del trabajo. Atendiendo las sugerencias y cambios propuestos, por lo que la investigación cumple con todos los requisitos exigidos por el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

Considero que la técnica de estudio, la metodología y la bibliografía es la adecuada, la redacción, conclusiones y recomendaciones son claras, precisas y congruentes con el tema relacionado y el trabajo constituye un gran aporte para la realidad actual, en tal sentido emito DICTAMEN FAVORABLE.

Atentamente,

Lic. Erick Rolando Huitz Enriquez
Abogado y Notario
Colegiado 7188





UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, trece de enero de dos mil nueve.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) VICTOR RAÚL ROCA CHAVARRIA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante JACOBO BENJAMIN REYES RUIZ, Intitulado: "ABORDAJE JURÍDICO SOCIAL DEL EJERCICIO DE LAS ENTIDADES NOTARIALES DE CERTIFICACIÓN Y SUS REPERCUSIONES EN LA FE PÚBLICA DEL NOTARIO".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, 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, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



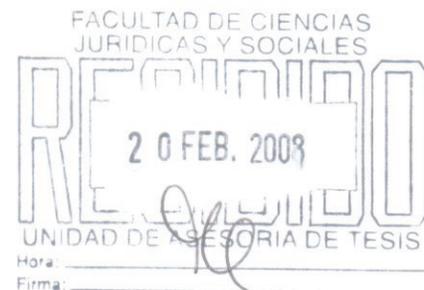
cc.Unidad de Tesis
CMCM/ragm



Lic. VICTOR RAUL ROCA CHAVERRIA
Abogado y Notario
4C. 4-108 "A" zona 3 Chimaltenango

Guatemala, 19 de febrero del 2009

Señor:
Jefe de Unidad Asesoría de Tesis
Licenciado Carlos Manuel Castro Monroy
Facultad de ciencias jurídicas y sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad Universitaria



Señor Jefe de la Unidad Asesoría de tesis:

En cumplimiento de la resolución emitida por esta unidad, con fecha trece de enero del año dos mil nueve, procedí a REVISAR, el trabajo de tesis del Bachiller JACOBO BENJAMIN REYES RUIZ, intitulada "ABORDAJE JURIDICO SOCIAL DEL EJERCICIO DE LAS ENTIDADES NOTARIALES DE CERTIFICACION Y SUS REPERCUSIONES EN LA FE PUBLICA DEL NOTARIO" por lo que a usted informo:

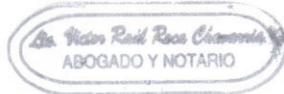
1. El trabajo de tesis intitolado "ABORDAJE JURIDICO SOCIAL DEL EJERCICIO DE LAS ENTIDADES NOTARIALES DE CERTIFICACION Y SUS REPERCUSIONES EN LA FE PUBLICA DEL NOTARIO".
2. Al momento de recibir el nombramiento como REVISOR del trabajo de tesis, el Bachiller REYES RUIZ, atendió las sugerencias y cambios propuestos por mi persona, cuidando con mucha atención y esmero, el desarrollo de cada uno de los temas que comprenden el trabajo de revisión de tesis y su anexo, comprobé que el trabajo es un tema para tomar en cuenta en relación a su actualización y una importante fuente de consulta para el futuro. Es por ello que al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el articulo 32 del normativo para elaboración de tesis de licenciatura en ciencias jurídicas y sociales resulta procedente dar el presente DICTAMEN FAVORABLE al Bachiller, JACOBO BENJAMIN REYES RUIZ, aprobando el trabajo de tesis revisado.

Esperando haber cumplido con el requisito encomendado, me respetuosamente del señor Jefe de la Unidad de tesis.



Atentamente:

A handwritten signature in dark ink, consisting of a large, stylized 'V' and 'R' followed by 'C' and 'H', all enclosed within a large, loopy oval shape.



Lic. Víctor Raúl Roca Chavarría
Abogado y Notario
Colegiado número 3863



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, nueve de marzo del año dos mil nueve.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante JACOBO BENJAMIN REYES RUIZ, Titulado ABORDAJE JURÍDICO SOCIAL DEL EJERCICIO DE LAS ENTIDADES NOTARIALES DE CERTIFICACIÓN Y SUS REPERCUSIONES EN LA FE PÚBLICA DEL NOTARIO. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh



DEDICATORIA

- A DIOS: Por la vida, por su inmenso amor y protección, ser supremo director de mi existencia guía de mis actos.
- A MIS PADRES: JOAQUIN REYES RUIZ (+)
Eterno compañero de mi existencia, forjador de mis sueños, metas, y éxitos, gracias papá por tus ejemplos.
PADRE. Te llevo en mi corazón día con día, Dios te tenga en su seno.
- ANGELA MICAELA RUIZ RAMIREZ
Madre gracias por darme la vida, tu sabiduría, orientación y amor. Agradezco a Dios por tenerte a mi lado y el honor de dedicarte con todo mi corazón y humildad este momento. Te amo mamá
- A MI HIJA: ANDREITA
Por ser la razón de mi vida, te amo bebe, y te dedico este triunfo para que te sirva de ejemplo.
- A MIS HERMANOS: JUANA, AMILCAR, ERVIN Y AMANDA. Por su apoyo y compañía incondicional en todo momento; gracias.
- A MIS ABUELOS: AURELIANO REYES REYES (+)
ESTEFANA RUIZ QUIÑONEZ
PRUDENCIO RUIZ RUIZ (+)
FRANCISCA RAMIRES
Comparto con ustedes este momento.
- A MIS TIOS Y TIAS: Con aprecio y agradecimiento sincero.
- A MIS PRIMOS Y PRIMAS: Especialmente a RUBELCY y MELVIN.
- A MIS SOBRINOS Y SOBRINAS: Con mucho cariño.
- A MIS AMIGOS INCONDICIONALES: NOE CORONADO Y ANGEL TEPAZ. Gracias por su apoyo solidaridad y amistad incondicional.
- A MIS AMIGOS ESPECIALES: Lic. Erick Huitz
Lic. Luis Felipe Lepe
Lic. Cesar Peren

Lic. Hector Enrique Terreaux
Lic. Edgar Larios
Lic. Alejandro García
Lic. William Vanegas
Lic. Byron Maldonado
Licda. Erika Aquino
Lic. Roca Chavarria
Lic. Erick Solano.

Amigos y profesionales que aprecio y llevo en el corazón,
por su amistad y apoyo de siempre.

A MIS PADRINOS
DE GRADUACION:

Lic. Luis Felipe Lepe
Lic. Ángel Tepaz
Lic. Edgar Orozco Bautista
Lic. Noé coronado
Lic. Cesar Peren

A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES Y SUS CATEDRATICOS:

Gracias por tomarme en su seno para hacer realidad un
sueño, el cual se forjo día con día a través de sus
conocimientos.

A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA:

Por ser mi casa de estudios superiores y por haberme dado
la oportunidad de ser un profesional; hoy me entrega a la
sociedad como un profesional. Gracias.

A USTED:

Con todo respeto aprecio y cariño; Gracias por el honor de
su compañía.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. Derecho notarial	1
1.1. Antecedentes	2
1.2. Concepto	7
1.3. Características	10
1.4. Principios fundamentales.....	12
1.4.1. Fe pública	12
1.4.2. De la forma	13
1.4.3. Autenticación	16
1.4.4. Inmediación.....	17
1.4.5. Rogación.....	17
1.4.6. Consentimiento	18
1.4.7. Unidad del acto	18
1.4.8. Protocolo.....	18
1.4.9. Seguridad jurídica.....	19
1.4.10. Publicidad.....	19
1.5. Sistemas notariales	20
1.5.1. Clasificación de los sistemas notariales en la legislación guatemalteca..	21
1.5.1.1. Sistema latino.....	22
1.5.1.2. Sistemas de funcionarios judiciales.....	23

1.5.1.3. Sistema de funcionarios administrativos..... 24

CAPÍTULO II

2. Fe pública Notarial 27

2.1. Origen de la fe pública notarial..... 27

2.2. Definición 37

2.3. Naturaleza jurídica 39

2.4. Fases de la fe pública..... 40

2.5. Clasificación..... 42

CAPÍTULO III

3. La función notarial..... 51

3.1. Definición..... 53

3.2. Clases..... 54

3.3. Naturaleza jurídica..... 55

3.4. Funciones..... 59

3.5. Finalidades..... 61

3.6. La responsabilidad notarial..... 63

CAPÍTULO IV

4. La firma digital 79

4.1. Definición 79

	Pág.
4.2. Formato de la firma electrónica	83
4.3. Función.....	84
4.3.1. La criptografía como base de la firma digital.....	84
4.3.1.1. Las funciones Hash.....	88
4.3.1.2. Los sellos temporales.....	88
4.3.1.3. La confidencialidad de los mensajes.....	89
4.4. Ventajas.....	89
4.4.1. Como adquirir una firma.....	90
4.5. Derecho comparado	91
4.5.1. Guatemala.....	91
4.5.2. Perú.....	92
4.5.3. España.....	92
4.5.4. Chile.....	92

CAPÍTULO V

5. Entidades de certificación notarial.....	95
5.1. Aspectos generales.....	95
5.2. Definición.....	97
5.3. Emisores de certificados	97
CONCLUSIONES.....	101
RECOMENDACIONES.....	103
ANEXO.....	105
BIBLIOGRAFÍA.....	111

(i)

INTRODUCCIÓN

La inquietud para realizar la investigación, nace debido al avance tecnológico de la firma electrónica y de la aplicación práctica en la función notarial, que da certeza jurídica a los instrumentos públicos notariales.

La firma digital es una secuencia de datos electrónicos o cadena de caracteres que se adjunta al final del cuerpo del mensaje firmado digitalmente, transmitiendo así mensajes telemáticos en la gestión de documentos electrónicos, que además, asegura la integridad del documento o mensaje.

La firma electrónica es una herramienta que debe implementarse a todo nivel, no solamente en los registros públicos, debido a que brinda seguridad a los instrumentos públicos enviados a través de un mensaje digital, lo que evitaría en determinado momento la falsificación de firmas.

Es necesario que se realice la reforma de la legislación notarial, en el sentido de que se adapten los avances de la informática y la firma digital a la función notarial, principalmente en los registros públicos vinculados a esta función. Así también, que se pueda considerar la creación del Consejo Nacional del Notariado como la entidad encargada de certificar los actos del notario en el ejercicio de su profesión.

(ii)

El presente estudio quedó contenido en cinco capítulos, de los cuales el primero trata sobre el derecho notarial, los principios fundamentales y los sistemas notariales a nivel general y en la legislación guatemalteca; el segundo capítulo, sobre la fe pública notarial, su definición y naturaleza jurídica, sus fases y clasificación; el tercer capítulo, estudia la función notarial, su definición, clases y naturaleza jurídica, así como sus finalidades y la responsabilidad notarial; el cuarto capítulo, trata sobre la firma digital, el formato de ésta y la criptografía, así como las ventajas de la firma electrónica; el quinto capítulo, sobre las entidades de certificación notarial, sus aspectos generales, definición y las entidades emisoras de certificados.

Se realizó el estudio jurídico con carácter doctrinario legal y práctico, en donde se indican aspectos generales del derecho notarial, la fe pública y la función notarial, así como la firma digital y las entidades de certificación notarial, a través del análisis de la doctrina y la legislación notarial, investigación que llevé a cabo utilizando el método inductivo, y las técnicas documentales y bibliográficas.

CAPÍTULO I

1. Derecho notarial

Los actos o negocios jurídicos se crean y configuran según las normas del derecho material, vale decir civil o mercantil, pero han de perfeccionarse adquiriendo forma, en términos que permitan acreditar su verdad y legalidad, ambas garantizadas por la fe pública.

Otras veces, en cambio, se trata de fijar meros hechos comprobados con igual garantía de exactitud. Es decir, un relato sin comportar manifestaciones de voluntad, recogiendo hechos patentes o evidentes y no negocio jurídico alguno.

Ahora bien, en cualquier caso, tanto para dar forma adecuada al negocio jurídico como para consignar los hechos, todo ello en un tipo de documento dotado de fe pública, se hace imprescindible disponer de un sistema normativo que regule solemnidades y verificaciones, lo cual pertenece a los dominios del derecho formal, un derecho formal extrajudicial, de allí el origen del derecho notarial.

El derecho notarial surge de manera rotunda, contribuyendo con el progreso del derecho privado, al respecto los civilistas franceses Colín y Capitant, afirman que es una de las más útiles de las instituciones jurídicas y de la vida económica de la mayoría de los países.

Al notario le corresponden tradicionalmente dos cometidos desempeñados con un esmero que ha sido la razón de su prestigio; uno comprobar la realidad de los hechos, y el otro, legitimar el negocio jurídico, dejando todo ello acreditado en el documento notarial, especie característica e irreductible.

El proceso evolutivo del notariado es el mismo que el del instrumento público. En un principio fue el documento. No hay que olvidarlo. El documento creó al notario, aunque hoy el notario haga el documento, observa el profesor Núñez Lagos.

Ello se ha ido produciendo históricamente a medida que la especulación jurídica, iniciada por las escuelas de glosadores y post-glosadores, elabora los conceptos científicos de un derecho nuevo que esto ha sido el derecho común o intermedio con respecto al derecho romano y con cuyo aporte fue desarrollándose una doctrina coherente del instrumento público que prefigura y esclarece la función del notario, término procedente de notar, o sea, en sentido germánico medieval, quien redacta o pone por escrito. En el presente trabajo, realizaremos un breve recorrido por la historia de tan importante derecho en la vida jurídica del mundo entero.

1.1. Antecedentes

Desde los comienzos de la civilización humana, el hombre siempre buscó la forma de darle carácter formal a sus contrataciones, para ello desde la antigüedad el hombre utilizó pruebas como la testimonial para afianzar sus negociaciones, y a partir de allí

siguieron evolucionando los medios hasta llegar a la prueba escrita, perfeccionándola hasta lo que hoy en día se conoce como derecho notarial.

El desarrollo histórico de la institución notarial ofrece, en todas las épocas, situaciones comparativas de sumo interés.

En Cartago no era desconocida la institución notarial. Lo demuestra el texto transmitido por Polibio, del tratado celebrado con Roma en el año 509 antes de Cristo, con la cláusula de que quienes fueran a efectuar operaciones mercantiles en el territorio cartaginés, no podían concluir contrato alguno sin la intervención del escribano.

La historia de Egipto, afirma Eduardo Bautista Pondé: “atrae singularmente a los notarios en lo que concierne a los ancestrales orígenes que pudiere tener su profesión por la existencia de un personaje de muy marcados caracteres como de trascendente importancia dentro de la sociedad egipcia, al que, precisamente por valoración fonética, se le tiene como antepasado del notario: es el escriba.”¹

La organización social y religiosa de Egipto, hizo de sus escribas personajes de verdadera importancia intelectual dentro de aquel engranaje administrativo. Por otra parte, estaba el escriba unido a la divinidad de Thot, fuerza creadora del pensamiento. Unido a la deidad se explica que su menester en la guerra compaginara con el de su protector y que fuera un erudito en jeroglíficos, geografía cosmografía y corografía.

¹ Pondé, Eduardo Bautista. **Origen e historia del notariado**. Pág. 25

En la historia antigua de Egipto se conocieron dos clases de documentos, el casero y el del escriba y testigo, el primero entre 3100 y 177 A. de C y el segundo en 1573 y 712 A. de C.

En el documento casero una persona contraía simplemente una obligación de hacer, como lo era casi siempre la transmisión de la propiedad de un objeto, lo que se hacía con tres testigos y la firma de un funcionario de jerarquía. En el caso conocido como documento del escriba y testigo, era la declaración de una persona, la que firmaba el escriba, en forma tal que resultaba casi imposible el que se pudiera alterar el papiro sobre el cual los egipcios fueron verdaderos maestros al grabarlos. Este documento despierta curiosidad en cuanto a que, efectivamente, el escriba pudo haber sido un antecesor del notario.

En Babilonia la actividad de tipo civil así como las manifestaciones religiosas estaban íntimamente unidas, y la administración de justicia la impartían los jueces con la colaboración de los escribas. Es conocido el Código de Hammurabi; piedra grabada encontrada al realizar excavaciones en la ciudad de Susa. Este Código tiene un gran contenido de materias de índole jurídico civil, administrativo y procesal. Pero, lo interesante en él es la importancia que le da al testigo. Pareciera que todo contrato o convenio debía hacerse en presencia de testigos.

El Código de Hammurabi es referencia de interés en cuanto a las formas documentales que incipientemente comienzan a revelarse como textos escritos, pero en los que

predomina la prueba testimonial, adicional a las influencias de las fuerzas naturales y a la intervención fortuita de factores externos al entendimiento humano.

En los pueblos indios, lo jurídico y religioso también estaban en estrecha relación, y su regulación en la antigüedad, estaba consagrada por las célebres Leyes de Manú, traducción popular de Manava-Dharma-Sastra.

Asimismo, en este conjunto de normas, el testigo aparece como la forma fundamental y clásica de prueba aunado al documento.

Dentro de la organización social de los hebreos, habían varias clases de escribas: el escriba del rey, que autenticaba todos los actos de importancia de la actividad monárquica. El escriba del pueblo, redactor de pactos y convenios entre los particulares. El escriba del Estado, de funciones judiciales y como secretario de Consejo de Estado. Y el más importante de todos, el escriba de ley y que, justamente, se le tenía en mucha autoridad e influencia, dada su misión de interpretar la ley.

Sólo ellos interpretaban la ley, y no admitían sino las explicaciones por ellos manifestadas. Ellos se creían los depositarios de la verdad contenida en la ley. Hecho éste que trae un nuevo elemento explicativo del choque que, indefectiblemente, habría de producirse entre los fariseos y Jesús, en el plano ideológico, ya que la interpretación de la ley hecha por Jesucristo no coincidía con la interpretación clásica hecha por los fariseos.

En Roma, hubo una serie de personas que redactaban documentos, y según Fernández Casado, fueron conocidos como notarii, scribal, tabelione, tabularii, chartularii, actuari, librari, amanuenses, logrographi, refrandarii, cancelarii, diastoleos censuales libelenses, numerarii, scriniarii. comicularii, exceptores, epistolares, consiliarri, congnitores.

Si bien es cierto que muchos notarialistas ven a esta gran gama de personajes, como a los antecesores del notario actual, es preciso, sin embargo, analizar el criterio, pues con tal amplitud afirma Pondé “llegaríamos al extremo absurdo de significar que todo aquel que supo escribir y fue capaz de redactar un documento a petición de un tercero ha sido antecesor del notario.”²

Del análisis metodológico de la naturaleza de la actividad ejercida por tales funcionarios, se llega a la afirmación de que en Roma cuatro funcionarios son los que verdaderamente pueden citarse de genuina antelación al notario, como lo son el escriba, el notarii, el tabularii y el tabelión.

El escriba tiene funciones de depositario de documentos y redactaba decretos y mandatos del pretor.

El notario era aquel funcionario que trasladaba a la escritura las intervenciones orales de un tercero y debía hacerlo con exactitud y celeridad.

² **Ibid.** Pág. 25

El tabulario era el funcionario encargado de hacer las listas de aquellos romanos sujetos al pago de impuesto.

El tabelión tenía la finalidad de redactar actas jurídicas y los convenios entre los particulares.

Eduardo Durando, citado por Pondé, señala que el hábito de recurrir al censo para redactar actas jurídicas y luego, archivarlas, provocó un trabajo excesivo para éste, que dio origen a que aparecieran especialistas en redacción de escrituras y testamentos, dándole la fórmula legal.

En suma, la especial condición de actuar en los negocios privados, de tener una intervención netamente particular, completada por su aptitud redactora; el conocimiento del derecho que les permitía actuar de manera de asesor jurídico, y la posibilidad de que procurara la eficaz conservación de los documentos, hacen que el tabelion, quien, con más legítimos derechos pueda considerarse como el antecesor del notario dentro de la interpretación caracterizante del notario de tipo latino.

1.2. Concepto

El derecho notarial es una de las disciplinas jurídicas de mayor importancia teórica y práctica y el notariado público el profesional más solicitado. Se ha demostrado científicamente la existencia del derecho notarial y cuando de su substantividad se trata, se concluye señalando sus partes, sus elementos esenciales, sus características, su

codificación y, en fin, cuanto se destaca con vida propia para diferenciarlo entre las distintas ramas del derecho en general.

El derecho notarial es el conjunto sistemático de normas, conceptos y principios que regulan todo lo referente a la actividad notarial, esta rama del saber jurídico ha sido objeto de numerosas definiciones. La doctrina, la jurisprudencia y las legislaciones de diferentes países han abordado el tema.

Existen muchas definiciones acerca del derecho notarial, dentro de las cuales se cita la del tratadista Enrique Jiménez Arnau, de la siguiente manera “Es el conjunto de doctrinas o de normas jurídicas que regulan la organización de la función notarial y la teoría formal del instrumento público.”³

Por su parte Oscar Salas, define al derecho notarial de la siguiente manera: “El derecho notarial puede ser definido como el conjunto de doctrinas y normas jurídicas que regulan la organización del notariado, la función notarial y la teoría formal del instrumento público.”⁴

En el Tercer Congreso Internacional de Notariado Latino, celebrado en París, Francia en 1954, se definió al derecho notarial como: “El conjunto de disposiciones legislativas y

³ Jiménez Arnau, Enrique. **Derecho notarial**. Pág. 30

⁴ Salas, Oscar A. **Derecho notarial de Centro América y Panamá**. Pág. 15.

reglamentarias, usos, decisiones jurisprudenciales y doctrinas que rigen la función notarial y el instrumento público notarial.”⁵

Guillermo Cabanellas define el derecho notarial como: “Los principios y normas reguladoras de la organización de la función notarial y de la teoría formal del documento público.”⁶

Asimismo, se puede indicar que dentro de los elementos del derecho notarial se encuentran los siguientes:

- a) “La organización del notariado, es decir, cuales son los requisitos que necesita en un notario para ejercer, impedimentos e incompatibilidades, entre otros. El autor antes citado, expresa que esta primera parte está compuesta por normas de carácter administrativo;
- b) La función notarial es realizada por el notario y los efectos que produce;
- c) La teoría formal del instrumento público, elemento de gran importancia ya que el objeto del derecho notarial es la creación del instrumento público.”⁷

⁵ Muñoz, Nery Roberto. **Introducción al estudio del derecho notarial**. Pág. 3

⁶ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Pág 55.

⁷ Salas, Oscar. **Ob. Cit.** Pág. 15.

1.3. Características

Dentro de las características del derecho notarial, se pueden indicar las siguientes:

- a) “Actúa dentro de la llamada fase normal del derecho, donde no existen derechos subjetivos en conflicto;
- b) Confiere certeza y seguridad jurídica a los hechos y actos solemnizados en el instrumento público;
- c) Que aplica el derecho objetivo condicionado a las declaraciones de voluntad y a la ocurrencia de ciertos hechos de modo que se creen, concreten o robustezcan los derechos subjetivos;
- d) Que es un derecho cuya naturaleza jurídica no puede encasillarse en la tradicional división entre el derecho público y el derecho privado. Se relaciona con el primero en cuanto los notarios son depositarios de la función pública de fedación y con el derecho privado, porque esa función se ejerce en la esfera de los derechos subjetivos de los particulares porque el notario latino típico es un profesional libre, desligado totalmente de la burocracia estatal.”⁸

⁸ **Ibid.** Pág. 15

La certeza y la seguridad jurídica que el notario confiere a los hechos y actos que autoriza, se deriva de la fe pública que ostenta.

La aplicación del derecho objetivo es necesaria, pero debe ir relacionada a una declaración de voluntad y a la ocurrencia del hecho para concretar un derecho subjetivo. Dicho en otras palabras podemos indicar que el Código Civil, contenido en el Decreto-Ley 106, regula lo referente al contrato de arrendamiento en el Artículo 1880 y dispone que: “El arrendamiento es el contrato por el cual una de las partes se obliga a dar el uso o goce de una cosa por cierto tiempo, a otra que se obliga a pagar por ese uso o goce un precio determinado”, la anterior es una norma de derecho objetivo. Por otra parte está la declaración de voluntad, pues una persona tiene interés en dar en arrendamiento un bien inmueble y otra persona necesita en arrendamiento un inmueble, o sea la ocurrencia del hecho, y para concretarlo necesita un instrumento en que se haga constar y de un notario que lo autorice.

Con respecto a la naturaleza jurídica del derecho notarial, doctrinariamente no se coloca dentro del derecho público ni dentro del derecho privado, por tal razón se le ha dado autonomía o sea es un derecho autónomo.

El derecho por definición tiene una función colectiva, como lo indica Manuel Ossorio, al decir que: “En el derecho público encontramos normas de organización de la sociedad; además que en el derecho público las facultades deben estar establecidas expresamente.”⁹

⁹ Ossorio Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 311

Por lo tanto, la actuación del notario se enmarca dentro del derecho público, aunque la actuación de los particulares entre sí, es de derecho privado, desde luego la relación es con ambos.

1.4. Principios fundamentales

Afirma Neri Argentino que: “al hablar de principios estamos ante un campo inexplorado y que en materia de principios aún no se ha formulado expresamente todo”.¹⁰

El autor mencionado, expresa que entre los principios propios que han adquirido jerarquía, se encuentran los siguientes:

1.4.1. Fe pública

Se discute si la fe pública es un carácter, una calidad o un principio. Neri Argentino, opina lo siguiente: “En definitiva: puede preceptivamente afirmarse que la fe pública: es un principio real de derecho notarial, pues viene a ser como una patente de crédito que se necesita forzosamente para que la instrumentación pública sea respetada y tenida por cierta, se traduce por una realidad evidente”.¹⁰

En Guatemala, no es frecuente estudiar la fe pública como principio, sin embargo el Código de Notariado, Decreto 314, indica en el Artículo 1 que: “El Notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por

¹⁰ Argentino, Neri. **Tratado teórico y práctico de derecho notarial**. Pág. 366

disposición de la ley o a requerimiento de parte”. Se puede decir que en base a la ley la fe pública es un atributo del notario.

En sí la fe pública es la presunción de veracidad en los actos autorizados por un notario, los cuales tienen un respaldo total, salvo que prospere la impugnación por nulidad o falsedad.

1.4.2. De la forma

Es la adecuación del acto a la forma jurídica, dicho en otras palabras, el derecho notarial preceptúa la forma en que se debe plasmar en el instrumento público el acto o negocio jurídico que se está documentando.

El derecho notarial, como el derecho procesal, regula normas contenidas de requisitos; por ejemplo el Código Procesal Penal, Decreto-Ley 51-92 en el Artículo 302, establece los requisitos indispensables que deben cumplirse para elaborar un primer memorial o presentar una querrela, la cual debe ser por escrito.

Asimismo, el Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto-Ley 107 en el Artículo 61, regula los requisitos de la siguiente manera:

“La primera solicitud que se presente a los Tribunales de Justicia contendrá lo siguiente:

1. Designación del juez o Tribunal a quien se dirija.

2. Nombres y apellidos completos del solicitante o de la persona que lo represente, su edad, estado civil, nacionalidad, profesión u oficio, domicilio e indicación del lugar para recibir notificaciones.
3. Relación de los hechos a que se refiere la petición.
4. Fundamento de derecho en que se apoya la solicitud, citando las leyes respectivas.
5. Nombres, apellidos y residencia de las personas de quienes se reclama un derecho; si se ignorare la residencia se hará constar.
6. La petición, en términos precisos.
7. Lugar y fecha.
8. Firmas del solicitante y del abogado colegiado que lo patrocina, así como el sello de éste, Si el solicitante no sabe o no puede firmar, lo hará por él otra persona o el abogado que lo auxilie.”

Por su parte, el Código de Notariado, Decreto 314 en el Artículo 29, también enumera los requisitos para redactar un instrumento público, ya que regula lo que éstos deben contener, por lo tanto, regula la forma.

“Los instrumentos públicos contendrán:

1. El número de orden, lugar, día, mes y año del otorgamiento.
2. Los nombres, apellidos, edad, estado civil, nacionalidad, profesión, ocupación u oficio y domicilio de los otorgantes.

3. La fe de conocimiento de las personas que intervienen en el instrumento y de que los comparecientes aseguran hallarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles.
4. La identificación de los otorgantes cuando no los conociere el notario, por medio de la cédula de vecindad o el pasaporte, o por dos testigos conocidos por el notario, o por ambos medios cuando así lo estimare conveniente.
5. Razón de haber tenido a la vista los documentos fehacientes que acrediten la representación legal de los comparecientes en nombre de otro, describiéndoles e indicando lugar, fecha y funcionario o notario que los autoriza. Hará constar que dicha presentación es suficiente conforme a ley y a su juicio, para el acto o contrato.
6. La intervención de un intérprete nombrado por la parte que ignore el idioma español, el cual de ser posible, deberá ser traductor jurado. Si el intérprete no supiere o no pudiere firmar, lo hará por él, un testigo.
7. La relación fiel, concisa y clara del acto o contrato.
8. La Fe dé haber tenido a la vista los títulos y comprobantes que corresponda, según la naturaleza del acto o contrato.
9. La transcripción de las actuaciones ordenadas por la ley o que a juicio del notario, sean pertinentes, cuando el acto o contrato haya sido precedido de autorización u orden judicial o proceda de diligencias judiciales o administrativas.
10. La fe de haber leído el instrumento a los interesados y de ratificación y aceptación.
11. La advertencia a los otorgantes de los efectos legales del acto o contrato y de que deben presentar el testimonio a los registros respectivos.

12. Las firmas de los otorgantes y de las demás personas que intervengan y la del notario, precedida de las palabras “Ante mí”. Si el otorgante no supiere o no pudiere firmar, pondrá la impresión digital de su dedo pulgar derecho y en su defecto, otro que especificará el notario firmando por él un testigo, y si fueren varios los otorgantes que no supieren o no pudieren firmar, lo hará un testigo, por cada parte o grupo que represente un mismo derecho. Cuando el propio notario fuere el otorgante pondrá antes de firmar la expresión: “Por mí y ante mí”.

1.4.3. Autenticación

“El instrumento público manifiesta creencia de su contenido, y por lo tanto, además de auténtico es fehaciente.”¹¹

“Pero, para que revista este carácter el hecho o acto productor de derechos debe ser visto y oído, esto es, percibido sensorialmente y por tanto, consignado, comprobado y declarado por un funcionario público investido de autoridad y de facultad autenticadora.”¹²

Es por ello que la forma de establecer que un hecho o acto ha sido comprobado y declarado por un notario, es porque aparece su firma y sello refrendándolo, los cuales en el caso de Guatemala, deben registrarse en la Corte Suprema de Justicia, siendo éste un requisito exigido por la ley guatemalteca para ejercer. Es más, entre las

¹¹ Fernández Casado, Miguel. **Tratado de notarial**. Pág. 18

¹² Navarro Azpeitia, F. **Actas de notoriedad, academia del notariado**. Pág. 57

prohibiciones reguladas en la misma ley está la del uso de una firma y sello no registrados previamente.

1.4.4. Inmediación

El autor Neri Argentino indica que la función pública contiene lo siguiente: “La función notarial demanda un contacto entre el notario y las partes y un acercamiento de ambos hacia el instrumento público.”¹³

El notario siempre debe estar en contacto con las partes, con los hechos y actos que se producen, dando fe de ello. Este principio no implica que sea el notario el que escriba el documento en cualquier medio moderno para hacerlo: implica propiamente recibir la voluntad y el consentimiento de las partes.

1.4.5. Rogación

Se ha establecido que la intervención del notario siempre es solicitada, no puede actuarse por sí mismo o de oficio y el Artículo 1 del Código de Notariado, contenido en el Decreto 314, lo completa: “El notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de la ley o requerimiento de parte.”

¹³ Argentino, Neri. **Ob. Cit.** Pág. 18

1.4.6. Consentimiento

El consentimiento es un requisito esencial y debe estar libre de vicios, si no hay consentimiento no puede haber autorización notarial. La ratificación y aceptación, queda plasmada mediante la firma de los otorgantes, es decir, expresa el consentimiento.

1.4.7. Unidad del acto

Dicho principio se basa en que el instrumento público debe perfeccionarse en un solo acto. Por tal circunstancia lleva una fecha determinada, y no es lógico, ni legal que sea firmado un día por uno de los otorgantes y otro día por el otro, debe existir unidad del acto. Algunos instrumentos como el testamento y donación por causa de muerte, llevan incluso hora de inicio y finalización.

Desde luego la unidad del acto es documental, ya que no podría exigirse en los contratos que es posible la aceptación expresa posterior ya que la misma ley lo permite.

1.4.8. Protocolo

El protocolo es donde se plasman las escrituras matrices u originales y es necesario para la función notarial debido a la perdurabilidad y seguridad en que quedan los instrumentos que el mismo contiene, así como la facilidad de obtener copias de ellos.

Al respecto del protocolo como principio, el tratadista Neri Argentino, enuncia que: “Es un elemento de forzosa necesidad para el ejercicio de la función pública, por las evidentes ventajas que reporta de garantía y seguridad jurídica, por la fe pública y eficacia probatoria que trascienden las escrituras matricadas, por la adopción universal de que ha sido objeto, en el protocolo se juzga un excepcional principio del derecho notarial.”¹⁴

1.4.9. Seguridad jurídica

La seguridad jurídica es el principio que se basa en la fe pública que tiene el notario, por lo tanto, los actos que legaliza son ciertos, existe certidumbre o certeza. El Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto-Ley 107, en el Artículo 186 establece que: “Los documentos autorizados por notario, producen fe y hacen plena prueba”.

1.4.10. Publicidad

Los actos que autoriza el notario son públicos; por medio de la autorización notarial se hace pública la voluntad de la persona.

El principio de publicidad, tiene una excepción y se refiere a los actos de última voluntad, testamentos y donaciones por causa de muerte, ya que éstos se mantienen en reserva mientras viva el otorgante, tal como lo regula el Código de Notariado. Las escrituras matrices podrán consultarse por cualquier persona que tenga interés, por causa de muerte, mientras vivan los otorgantes, pues sólo a ellos corresponde ese

¹⁴ **IBID.** Pág. 383

derecho. Mientras viva el otorgante de un testamento o donación por causa de muerte, solamente a él podrá extenderse testimonio o copia del instrumento.

Por su parte el Código de Notariado contenido en el Decreto 314, asigna la obligación al notario de expedir testimonios o copias de las escrituras que autorice, a cualquier persona que lo solicite, tal obligación tiene la excepción cuando se trata de testamentos o donaciones por causa de muerte, mientras vivan los otorgantes, por lo tanto, el citado autor determina que: “Considera que fue acertada la excepción dejada por el legislador.”¹⁵

1.5. Sistemas notariales

Un sistema notarial consiste, en el conjunto de reglas o principios que, en un determinado ordenamiento, organiza a los notarios, y regula su actividad, así como los efectos atribuidos al resultado de ésta en relación con los intereses de su organización general.

Cada sistema notarial está integrado en el ordenamiento jurídico que lo establece y regula; por ello un sistema notarial depende de los criterios filosóficos, políticos y económicos que inspiran a los principios jurídicos inspiradores del ordenamiento en el que se integra y que presiden su funcionamiento.

¹⁵ **IBID.** Pág. 384

Es criterio común entre los autores que se han ocupado del estudio de los sistemas notariales, el proceder al análisis de las notas compartidas por los sistemas propios de los ordenamientos nacionales para agruparlos en bloques o sistemas, definidos por las notas esenciales que les son comunes. Precisamente por serles homólogas, semejantes o equivalentes a las notas definitorias o configuradoras del notario en cada uno de los ordenamientos en que se consideran comprendidos en uno o en otro de los sistemas.

1.5.1. Clasificación de los sistemas notariales en la legislación guatemalteca

El estudio de los sistemas notariales tiene, pues, un interés teórico en cuanto acomete la exposición de principios generales, previamente definidos o configurados, y también tiene un resultado práctico en la construcción del derecho notarial en cuanto facilita el empleo de palabras o términos cuyo valor o significado se considera predeterminado.

Pero la construcción de los sistemas notariales tiene reflejo en otros campos. "Así, la definición del Sistema de Notariado Latino ha estado vinculada a la Unión Internacional del Notariado Latino y a la posibilidad de ingreso en esa Organización. Y el papel atribuido al documento notarial por los ordenamientos jurídicos que se sirven de un notariado de tipo latino ha sido materia de estudio no sólo jurídico sino también económico, dada la repercusión de la participación del notario en los costes de transacción y la posibilidad de comparar los costes totales en los ordenamientos que utilizan el documento notarial, integrado con su publicidad registral en el sistema de

seguridad jurídica preventiva, y en otros ordenamientos organizados con criterios muy diversos”.¹⁶

1.5.1.1. Sistema latino

Uno de los aspectos fundamentales del sistema latino, se refiere al hecho de que el mismo es empleado, casi en la totalidad de países capitalistas desarrollados y tercermundistas, además de la mayoría de países latinoamericanos, en Europa, Asia y África, a continuación enumeramos los miembros de la Unión Internacional del Notariado Latino:

Alemania, Argentina, Austria, Bélgica, Benín, Bolivia, Brasil, Camerún, África, Chile, Colombia, Congo, Costa de Marfil, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Estado del Vaticano, Francia, Gabón, Grecia, Guatemala, Haití, Honduras, Hungría, Italia, Japón, Louisiana (Estados Unidos), Luxemburgo, Mali, Marruecos, México, Mónaco, Nicaragua, Níger, Países Bajos, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Puerto Rico, Québec (Canadá), República Dominicana, San Marino, Senegal, Suiza, Togo, Turquía, y Uruguay.

“Desde luego en cada país, el sistema latino tiene características especiales y algunas variantes, por ejemplo en algunos se utiliza el sistema de número, siendo el ingreso al mismo muy dificultoso, mientras que otros como Guatemala, tiene un sistema libre de

¹⁶ Paz-Ares, Candido. **El sistema notarial**. Pág. 11

acceso, después de cumplir con los requisitos de graduación profesional y colegiación.”¹⁷

Es preciso indicar que es de gran importancia mencionar que Venezuela, ingresó a la Unión Internacional del Notariado Latino, pero no utiliza dicho sistema.

1.5.1.2. Sistemas de funcionarios judiciales

Dentro de este sistema, el ejercicio de la función notarial se encuentra a cargo de personas que ocupan cargos públicos dentro del Organismo Judicial, cumpliendo con una función jurisdiccional de administrar justicia en nombre del Estado, dicho en otros términos, el notariado se ejerce por los Órganos Jurisdiccionales a través de los funcionarios judiciales denominados jueces.

“Cabe mencionar que a este sistema se le conoce como el Sistema del Notario-Juez, ya que los notarios son magistrados y están subordinados a los tribunales. Dependen del poder judicial, siendo la administración quien nombra a los empleados del notario. Aquí la función es de jurisdicción cerrada y obligatoria, los instrumentos originales pertenecen al Estado y los conserva como actuaciones judiciales.”¹⁸

Los seguidores de este sistema son los siguientes: los Estados Alemanes de Wuttemberg y Baden, también Rumania, partes de Noruega y el Cantón Suizo de Zurich.

¹⁷ Muñoz, Nery Roberto. **Ob. Cit.** Pág. 19

¹⁸ **Ibid.** Pág. 20

En Guatemala, está regulado que a falta de notario, el Juez de Primera Instancia puede cartular, el Artículo 6 del Código de Notariado, estipula que: “Pueden también ejercer el notariado: 1. Los jueces de Primera Instancia, en las cabeceras de jurisdicción en que no hubiera notario hábil, o que habiéndolo estuviere imposibilitado o se negare a presentar sus servicios...” Como podemos apreciar esto resulta siendo una forma de ejercicio del notariado por los jueces.

Esta norma por suerte no tiene aplicación en la práctica, ya que por ser un sistema libre de notariado el que se utiliza, existen notarios en suficiente cantidad en todos los departamentos de la república.

Con respeto al ejercicio del notariado por los jueces. El doctor Salas indica que: “En países en donde el notariado ha logrado alcanzar un alto grado de desarrollo y madurez, tanto doctrinal como práctico, la función notarial está de manera exclusiva en manos de los notarios.”¹⁹

1.5.1.3. Sistema de funcionarios administrativos

En dicho sistema, el autor Carlos Emérito González afirma que se caracteriza por: “Su dependencia plena del poder administrador, y la función notarial es de directa relación entre el particular y el Estado, las facultades están regladas por las leyes. Los notarios son empleados públicos, servidores de la oficina del Estado, y las oficinas son de demarcación cerrada.”²⁰

¹⁹ Salas, Oscar A. **Ob. Cit.** Pág. 56

²⁰ González, Carlos Emérito. **Derecho notarial.** Pág. 104

En cuanto a la eficacia del instrumento público, por ser actos derivados del poder del Estado, tiene la máxima eficiencia de efectos, su valor es público y absoluto, los originales pertenecen al Estado que los conserva al igual que los expedientes y demás documentos de la administración.

Como podemos apreciar, el notariado se ejerce en una dependencia del ejecutivo, y resulta siendo el notario un funcionario de gobierno y como empleado de éste, recibe un salario. Bajo este sistema podemos mencionar que se encuentra Cuba.

“En Guatemala, el único vestigio que se tiene de un Notario-Funcionario Público, se encuentra en el Escribano del Gobierno, que es un notario empleado del Estado que ejerce, pero con la diferencia que no sirve a los particulares.”²¹

²¹ Muñoz, Nery Roberto. **Ob. Cit.** Pág. 21

CAPÍTULO II

2. Fe pública notarial

El Estado como ente soberano, tiene una finalidad, que es buscar el desarrollo o bienestar común de sus habitantes, y para ello es necesario que realice el bien común, es decir el mayor bienestar para los habitantes de un Estado; sin embargo, cuando el Estado no puede cumplir con ciertos deberes los delega a los particulares en este caso al notario, quien debe ser un profesional del derecho, para que los actos y contratos en los cuales intervenga tengan una presunción de veracidad y que puedan surtir efectos jurídicos a futuro sin ningún problema.

2.1. Origen de la fe pública notarial

El antecedente de la fe pública se puede establecer en el derecho romano, ya que los funcionarios que ejercían funciones en representación del Estado se les llamaba notari, que era una especie de escritura taquigráfica, en la cual suscribían contratos entre particulares, luego hubo necesidad de que el Estado delegara esta función a los particulares a través de lo que se conoce ahora como notario público y de allí, el Estado les delega autoridad de funcionario estatal además de la fe pública, por lo tanto se considera que la fe pública, nació conjuntamente con el derecho de notariado, con respecto a los actos y contratos que el notario autoriza.

Existen antecedentes tanto de la evolución histórica del notariado como de la fe pública, y para el efecto estas dos instituciones del derecho notarial se interrelacionan, por lo que a continuación hacemos mención de la evolución histórica del notariado y posteriormente de la historia de la fe pública.

Algunas civilizaciones como los hebreos, los egipcios, los griegos, los romanos, regularon la fe pública y también se dio en la edad media, en España, en América y en Guatemala. A continuación se describen aspectos relevantes de cada una de las antiguas civilizaciones con respecto al derecho notariado y la historia de la fe pública.

a) Los hebreos

En la civilización hebrea, le denominaron escribas a los diferentes funcionarios que podían dar fe de los actos y contratos que ante sus oficios se redactaban.

Los escribas hebreos eran de distintas clases, unos guardaban constancia y daban fe de los actos y decisiones del Rey; otros pertenecían a la clase sacerdotal y daban testimonio de los libros bíblicos que conservaban, reproducían e interpretaban. Los terceros eran escribas del Estado y sus funciones eran como de Secretarios del Consejo Estatal y colaboradores de tribunales de justicia del Estado. Por último, había otros escribas llamados del pueblo, que redactaban en forma apropiada los contratos privados, eran más parecidos a los notarios actuales, pero su sola intervención no daba legalidad al acto, pues para conseguir ésta era necesario el sello del superior jerárquico.

b) Los egipcios

En Egipto, eran considerados funcionarios que redactaban documentos concernientes al Estado y a los particulares y eran autorizados por el sacerdote o magistrado.

Se tenía en alta estima a los escribas que formaban parte de la organización religiosa, éstos estaban adscritos a las distintas ramas del gobierno, teniendo como función primordial la redacción de los documentos concernientes al Estado y a los particulares; sin embargo, no tenían autenticidad sino se estampaba el sello del sacerdote o magistrado.

En relación a los documentos que redactaban, el escriba, actuaba como redactor del documento, carecía de fe pública y aún así su posición era alta en la sociedad, ya que era de los pocos que dominaban la escritura, por eso intervenía casi en todos los actos importantes incluyendo los del Faraón, posteriormente lograron crear documentos con características de autenticidad con la suscripción del llamado documento doble, mismo que era considerado de la siguiente manera: “Consistía en redactar dos documentos, uno de los cuales se enrollaba en el interior, que hacía las veces de matriz, y otro exterior, que a modo de copia reproducía el texto del primero.”²²

c) Grecia

Las Leyes de Solón, dieron libertad a los ciudadanos para testar, incluso la libre

²² Argentino, Neri. **Ciencia y arte notarial**. Pág. 34

disposición de sus bienes a los que carecían de hijos. Estos derechos eran ejercidos por medio de documentos redactados sin mayores solemnidades, tan solo con la suscripción de los otorgantes y la asistencia de testigos. Posteriormente, la necesidad de dejar constancia escrita de las expresiones de voluntad de los otorgantes de negocios jurídicos, dio lugar a la figura del mnemon, que era un funcionario con facultades para memorizar las declaraciones de voluntad de los otorgantes para luego traducirlas al documento, por cuenta y a nombre de quienes las ordenaban, también estaba a su cargo el registro y conservación de los documentos.

En esta cultura los notarios eran llamados síngrafos que eran los que formalizaban contratos por escrito, entregándolos a las partes para su firma. Apógrafos eran los copistas de los tribunales. Los mnemon eran los que archivaban los textos sagrados.

La singrafá, era un convenio bilateral, suscrito por las dos partes contratantes, es decir se consideraba un verdadero contrato suscrito y sellado por los otorgantes, en él intervenían numerosos testigos, por eso era considerado como un documento eminentemente probatorio.

d) Roma

En el Imperio Romano, se conocieron diversos personajes que tuvieron a su cargo redactar documentos, entre los cuales se encontraba el pabellón, el tabularios, el scriba, el cursor y el notarius, de todos estos funcionarios los que tuvieron ciertas funciones notariales fueron, el notarius, el tabularius, y el tabelio o tabellón. El notarius era una

agregado de las autoridades administrativas, por mandato de las cuales imponían el sello de certeza a los edictos y documentos oficiales. El tabularios era un funcionario que tenía a su cargo la redacción y guarda de los documentos públicos y la redacción y el archivo de los documentos privados de contenido contractual y testamentario, los documentos así depositados adquirían cierta autenticidad, ya que al quedar depositados los originales se impedía su destrucción o falsificación por cualquiera de las partes contratantes, esta forma de depósito documental es el antecedente más antiguo, hasta ahora conocido, del protocolo moderno. El tabellón, fue el antecesor más directo de los actuales notarios, este personaje era un ciudadano romano, cuyo oficio principal era el de ser redactor de documentos, carecía de fe pública, no obstante el documento por él redactado adquiría autenticidad, ante el magistrado del censo.

El origen de la palabra notario viene de la antigua Roma de la palabra notarii, que eran los que utilizaban las notas tironianas, caracteres abreviados que constituían una especie de escritura taquigráfica, que también se usó en la Edad Media. Los scriba conservaban los archivos judiciales y daban forma escrita a las resoluciones judiciales. Los notarii, también adscritos a la organización judicial, escuchaban a los litigantes y testigos y ponían por escrito, en forma ordenada y sintética, el contenido de sus exposiciones. Los chartularii, además de la redacción de instrumentos tenían a su cargo la conservación y custodia de los mismos. Los tabularii eran contadores del fisco y archivadores de documentos públicos, pero, como complemento de sus funciones, fueron encargándose de la formalización de testamentos y contratos, que conservaban en sus archivos hasta convertirse en los tabellio, que se dedicaron exclusivamente a estas actividades y en quienes se reunieron, en la etapa final de su evolución, algunos

de los caracteres distintivos del notariado latino: El hombre versado en derecho, el consejero de las partes y el redactor del instrumento, aunque su autenticidad, le confería la condición de documento público. El documento así redactado contenía un principio probatorio superior al simple documento privado.

e) Edad media

En la Edad Media con sólo saber leer y escribir suponía un grado de cultura muy elevado respecto a los demás. El rompimiento del Imperio Romano ocasiona un retroceso en la evolución institucional del notariado, ya que los señores feudales intervenían por medio de delegados en todos los contratos y testamentos. El notario feudal, tenía como función primordial velar por los intereses de su señor y no de servir a los intereses de las partes contratantes. Característica importante es que sí daba autenticidad a los actos en los que intervenía. Esta función fue prohibida por el Papa Inocencio III en 1213 y fue confirmada por los Reyes, dándoles esta función a la clase sacerdotal, lo que hizo que el notariado quedara estancado.

f) España

La influencia del derecho romano, en la formación del derecho notarial español es determinante, dado que el Imperio Romano llevó a todas sus colonias sus leyes, costumbres y usos, por eso en España, lo mismo que entre los romanos, los que desempeñaron actividades notariales tuvieron iguales denominaciones y en el desempeño de sus funciones llenaron las mismas formalidades.

La dependencia de España del Imperio Romano, ocurrida en el Siglo XII da comienzo a la historia de la institución notarial propiamente española pero con la influencia permanente del derecho romano. La primera recopilación de leyes que contenía una reglamentación de la función notarial fue la *liber indicorum*, conocida con el nombre de *fuero juzgo*, en ella se hacía mención de los escribanos del pueblo y los escribanos comunales, en este periodo no existía aún una organización notarial propiamente dicha.

Los invasores españoles conservaron ciertas instituciones jurídicas romanas; además, el notariado español recibió la influencia de la Escuela Notarial fundada en 1228 en la Universidad de Bolonia. Al final de la Edad Media y principios del renacimiento, al notariado se le considera como una función pública y se substituye una breve nota o minuta en el protocolo por el instrumento matriz y la organización corporativa de los notarios.

El tratadista Antonio Rafael Yanes, indica con respecto al origen de los notarios y de la fe pública lo siguiente. “En el año de 1255, aparece el fuero real, cuerpo de leyes que contenían una regulación más completa del notariado. Los notarios, llamados entonces escribanos públicos, eran nombrados por el propio rey, tal y como aparece en un texto de la mencionada ley.”²³

g) América

Al venir Cristóbal Colón trajo un escribano en su tripulación que era Rodrigo de

²³ Yanes, Antonio Rafael. **Conceptos generales sobre el notariado y su origen en Venezuela**. Pág. 9

Escobedo, por lo que se da el trasplante del notariado de España a América. No obstante, se creó una legislación especial para América conocida como Leyes de Indias, las que tenían un apartado en el que se trataba a los escribanos, a quienes se les exigía el título académico de escribano y pasar un examen ante la Real Audiencia, si lo aprobaban debía obtener el nombramiento del Rey de Castilla y pagar una suma al Fisco Real. Los escribanos guardaban un archivo de escrituras y demás instrumentos públicos, el cual pasaba a los escribanos sucesores.

h) Guatemala

La historia del notariado en Guatemala, se da con la conquista y la colonización de Guatemala por los españoles. La primera noticia que se tiene de la actuación de un notario en Guatemala, fue en la fundación de la primera ciudad de Santiago de los Caballeros en 1524. Al respecto Jorge Lujan Muñoz indica: “En aquellos primeros años el primer escribano público fue nombrado por el propio conquistador Pedro de Alvarado como teniente gobernador y capitán general de estas tierras. Nombramiento que fue confirmado por los alcaldes y regidores miembros del cabildo de la villa de Santiago, el 27 de julio de 1524. Los subsiguientes nombramientos de escribanos fueron hechos por el cabildo pero hubo casos en que fueron nombrados por la audiencia, una vez consolidada la colonización todos los nombramientos quedaron sujetos al rey.”²⁴

Los primeros vestigios de historia escrita los encontramos en el Popol Vuh. En la época

²⁴ Lujan Muñoz, Jorge. **Los escribanos en las Indias Occidentales**. Pág. 50

colonial al fundarse la ciudad de Santiago de Guatemala y en la reunión del primer cabildo, que tuvo lugar el 27 de julio de 1524, se redactó la primera acta, actuando como primer escribano Alonso de Reguera. El nombramiento, recepción y admisión del Escribano Público lo hacía el Cabildo. El trabajo del Escribano Público, era en función de los contratos y las actuaciones judiciales, la colegiación de abogados y escribanos se dispuso en el Decreto Legislativo número 81, del 23 de diciembre de 1851, que encargó su organización a la Corte Suprema de Justicia. Se creó la Ley de Notariado en la época de la Reforma Liberal (1877) junto al Código Civil, al de Procedimientos Civiles y la Ley General de Instrucción Pública.

En materia notarial, el 27 de noviembre de 1834, por medio del Decreto 594 de la Asamblea Legislativa, se emite el primer cuerpo legal que vino a profesionalizar la función notarial y a garantizar en la mejor forma posible los intereses de los otorgantes.

Pero, como dice el autor Jorge Luján Muñoz, en la época en que fue emitida esta ley, los escribanos no cartulaban, por lo que estaba digerida y concebida más para los escribanos de los tribunales que para los numerarios.

Con la caída del doctor Mariano Gálvez, dicha ley fue derogada, juntamente con las otras leyes de avanzada, emitidas para las reformas sociales y jurídicas del pueblo de Guatemala.

Con la llegada al poder del general Justo Rufino Barrios, con un gobierno liberal, la legalización guatemalteca de entonces, sufre cambios significativos, especialmente la

notarial.

Los primeros cambios vinieron con la emisión de los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles. Estas dos leyes vinieron a derogar toda la legislación española en materia civil, existentes todavía en aquella época en la legislación guatemalteca, así como las leyes emitidas después de la independencia. Con ello, se mejoró ostensiblemente la labor de los escribas.

Entre las reformas que existían en materia notarial, en el Código de Procedimientos Civiles, estaban los requisitos que debían llenar los candidatos para optar al cargo de notario, de los que sobresalía la educación universitaria. Para ello se establecieron las carreras de derecho y notariado, creándose para el efecto la Facultad de Jurisprudencia y Notariado, de conformidad con el Artículo 92 del Reglamento de la Ley de Instrucción Pública.

Con la promulgación del Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala, se unifican todas las disposiciones referentes a la organización y funcionamiento del notariado guatemalteco. Uno de los cambios más importantes es que se suprimió a los testigos instrumentales en todas las actuaciones notariales, ya que su presencia no fue obligatoria, salvo para las disposiciones de última voluntad, medida que vino a robustecer la fe pública notarial, y en consecuencia dio libertad y autonomía a la función notarial.

2.2. Definición

Etimológicamente el término fe, se deriva de la voz latina fides, que significa confianza, voz que a su vez proviene de facere, cuya raíz se origina del griego peithen, que significa convencer o asentir al hecho o dicho ajeno. En cuanto a la palabra pública, viene del latín publicus o populus, que significa pueblo, oficial, notario, noto, sabido, sonado.

Fe pública, por tanto, es la creencia que otorga el pueblo hacia algo, es decir, la verdad oficial, porque es la verdad que otorga el Estado a los actos y hechos jurídicos en que interviene, a través de su órganos centralizados y descentralizados.

Sin embargo, el Estado, por las propias necesidades sociales, tanto jurídicas como económicas, otorga parte del poder de dar fe a ciertas personas, para que den autenticidad a los negocios jurídicos que se celebran entre los particulares, a ruego de los mismos o por disposición legal.

Existen otras clases de fe pública, pero todas son ejercidas por personas que pertenecen a los órganos estatales. La notarial, es la única cuyo titular es una persona particular, llamado notario, y como titular de la misma, obra en nombre propio. El tratadista Bernardo Pérez Fernández, al referirse a la fe pública expone lo siguiente: “La fe pública del notario significa la capacidad para que aquello que certifica sea creíble.

Esta función del notario contribuye al orden público, a la tranquilidad de la sociedad en que actúa, permite que sea la certeza que es una finalidad del derecho.”²⁵

También el tratadista Rufino Larraud, expone que: “Fe pública notarial o extrajudicial, es la potestad que el Estado confiere al notario o escribano, para que a requerimiento de parte, y con sujeción a determinadas formalidades, asegure la verdad de hechos y actos jurídicos que le constan, con el beneficio legal, para sus afirmaciones, de ser tenidas por auténticas mientras no se impugnen mediante querrela de falsedad.”²⁶

Los tratadistas Oscar Salas Marrero y Rubén Hernández Valle, al referirse a la fe pública expresan lo siguiente: “La fe pública notarial, tiene doble matiz, por una parte es función pública, por cuyo producto los actos jurídicos privados y extrajudiciales sometidos a su amparo adquieren autenticidad legal, y por lo otro, es una función técnica porque su ejercicio requiere de personas dotadas de especiales conocimientos en diversas materias jurídicas.”²⁷

Por otro lado Enrique Giménez Arnau, indica: “En su aceptación técnica puede definirse la fe pública como la función específica, de carácter público, cuya misión es robustecer con una presunción de verdad los hechos o actos sometidos a su amparo.”²⁸

²⁵ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. **Derecho notarial**. Pág. 154

²⁶ Larraud, Rufino. **Curso de derecho notarial**. Pág. 651

²⁷ Salas Marrero, Oscar y Rubén Hernández Valle. **Apuntes de derecho notarial**. Pág. 6

²⁸ Giménez Arnau, Enrique. **Introducción al derecho notarial**. Pág. 40

La fe pública notarial, es la facultad o potestad que la ley deposita en la persona del notario, para que por su medio los actos y hechos jurídicos extrajudiciales de carácter privado, sometidos a su amparo, a petición de parte o por disposición legal, adquieran certeza y autenticidad.

2.3. Naturaleza jurídica

Para hacer referencia a la fe pública, previamente debemos tener la idea o concepto genérico de que es la fe, tomando como base a San Agustín, citado por Luis Carral y de Teresa que manifiesta lo siguiente: "A la fe nadie puede ser obligado,"²⁹ Casi todo lo que se ha dicho sobre la fe, hace referencia a la fe en su acepción de simple creencia en lo que no se ve, alude San Agustín, cuando afirma que nadie puede ser obligado a la fe, además el autor Schopenhauer, al establecer que la fe, como el amor, no puede ser forzada, en referencia a la fe religiosa, la cual es un don, y cuando se recibe ese don, se tiene fe. Con respecto a la fe divina, es objetivamente un conjunto de verdades reveladas por Dios, subjetivamente es el acto de fe.

En el caso de la fe pública, ésta se presenta con algunas afirmaciones que objetivamente se está obligado a aceptar, en acatamiento a los principios legales que ordenan los miembros de una sociedad civil a la cual se pertenece. En virtud de lo complejo de las relaciones jurídicas que la mayoría de los ciudadanos no puede presenciar, se tuvo que crear la fe pública, ya que los actos para hacer aceptados

²⁹ Carral y de Teresa, Luis. **Derecho notarial y derecho registral**. Pág. 51

necesitan ser creídos, en esa virtud, ciertos negocios deben ser investidos de fe pública, la cual se impone por otorgamiento de un poder jurídico con efectos de fe pública, de ahí se ideó el sistema de investir a una persona de una función autenticadora, de modo que al expedir un documento, pudiera decirse que estaba presente el Estado mismo, puesto que en nombre de éste se obra.

De simple creencia, el concepto de fe pública se convirtió en una necesidad de carácter jurídico, que obliga a estimar como auténticos los hechos o actos a ella sometidos, es una verdad oficial que todos están obligados a creer.

La fe pública puede darse en dos formas, la fe pública originaria, que se da cuando el hecho se traslada al papel en forma de narración, captada directa y coetáneamente por la vista y el oído del funcionario, y la fe pública derivada que no es más que aquélla en que el funcionario no actúa con derechos, cosas o persona, sino únicamente sobre otros documentos. El hecho sometido a la vivencia del funcionario es otro documento preexistente, cuando se ve la fórmula: es copia fiel de su original u otra semejante, es cuando se está en presencia de la fe pública derivada.

2.4. Fases de la fe pública

Para poder concebir una auténtica fe pública, es necesario que el acto jurídico pase por las siguientes fases:

Fase de evidencia: El notario o funcionario público, para poder dar fe de algo, debe tener conocimiento directo del hecho o acto de que se trate y que por lo tanto para él es evidente. Esa evidencia debe de haberse obtenido mediante un procedimiento ordenado por la ley para que así tenga carácter de solemne. Este procedimiento de solemnidad consiste en cumplir con las formalidades legales que darán como resultado la autenticidad de los actos jurídicos. Es necesario, pues, que al funcionario o notario, le conste por medio directo un hecho para poder dar fe de él. Para el efecto Luis Carral y De Teresa expresa: “El acto de evidencia puede producirse llanamente o bien revestido de solemnidad. En el primer caso el acto no tiene fe pública, y en el segundo sí, por haber sido producido dentro de un procedimiento ritual fijado por la ley.”³⁰

Fase de objetivación: Esta fase consiste en la fijación del hecho histórico en el papel. El funcionario o notario, al autenticar lo ha de hacer por un medio donde quede constancia exacta de lo que se convino, y la única forma de lograrlo es dejando constancia por escrito. El hecho histórico pasa a ser un hecho narrado.

Esta potestad de autenticar solemnemente no puede encomendarse a cualquier persona, y por ello la ley regula la investidura previa que concede a los funcionarios o notarios.

Fase de coetaneidad: Los requisitos de evidencia, solemnidad y objetivación deben producirse al mismo tiempo. El valor probatorio, que alcanza el documento autenticado

³⁰ **Ibid.** Pág. 54

se debe al cumplimiento de las formas; es decir, al cumplimiento de los requisitos de evidencia, solemnidad y objetivación exigidos por la ley.

2.5. Clasificación

Dentro de los fines fundamentales del Estado, está la realización del derecho, y es a éste a quien le corresponde la reglamentación de las diversas clases del amplio concepto de fe pública.

Podemos asegurar que la mayor parte de las actividades humanas entran fácilmente en el campo de los hechos jurídicos, y dentro de éstos, los actos jurídicos que tienen íntima relación con los órganos de la fe pública y provocan la intervención de fe pública. Existen cinco clases de fe pública y cada una de éstas es referida a la especial clase de hechos que son cubiertos por la competencia de los órganos estatales que integran cada uno de sus organismos.

a) Fe pública administrativa

Enrique Giménez Arnau, da una definición de lo que es la fe pública administrativa y al respecto expone: "Su objeto es dar notoriedad y valor de hechos auténticos a los actos realizados por el Estado o por las personas de Derecho Público dotadas de soberanía, autonomía o jurisdicción."³¹

³¹ Giménez Arnau, Enrique. **Ob. Cit.** Pág. 41

Por su parte el mismo autor describe el objeto de la fe pública de la siguiente manera: “Dar notoriedad y valor de hechos auténticos a los actos realizados por el Estado o por las personas de derecho público dotadas de soberanía, de autonomía o de jurisdicción. Esta fe pública administrativa se ejerce a través de documentos expedidos por las propias autoridades que ejercen la gestión administrativa, en los que se consignan órdenes, comunicaciones y resoluciones de la administración.”³²

A la fe pública administrativa, se le puede incluir no sólo en los actos de mera gestión, sino también en los actos pertenecientes a la actividad legislativa o reglamentaria, la cual se ejerce a través de documentos expedidos por las propias autoridades que ejercen la gestión administrativa.

Esta clase de fe, no emana de un organismo exclusivo a quien esté encomendada esta función de dar fe, ya que la ejercen tanto los funcionarios cuya misión específica es certificar, como aquellos otros que tienen autoridad autónoma, sea propia o delegada.

Para este tipo de fe pública, es necesario que los funcionarios que la otorgan sean notarios, pues son muy especiales los puestos donde se exige esta calidad. Por su parte el autor Neri Argentino, expresa en relación a la fe pública administrativa: “Es fácil percatarse que habrán de estar dotados de fe pública cuanto decreto, resolución o dictamen se provea y cuanta certificación se expida a tenor de las leyes, reglamentos y estatutos que disciplinen su otorgamiento, sea nacional, provincial o municipal el poder

³² **Ibid.** Pág. 41

de donde emanen y que, por tanto, por decisión de las autoridades estatales y a petición de los interesados públicamente, tendrá fe pública administrativa.”³³

El problema que se plantea en el caso de la fe pública administrativa, es quién tiene o a quién se ha encomendado esta fe pública. En Guatemala, encontramos a muchos funcionarios administrativos, secretarios, directores, jefes, oficiales mayores, entre otros, en algunos casos por sí mismos y en otros casos con el visto bueno del jefe superior jerárquico.

El Código Civil, Decreto-Ley 106 en el Artículo 1226, establece que: “Para poder ser nombrado Registrador de la Propiedad, se requiere poseer el título de abogado y notario”, y la razón que se expone para exigir este requisito es que los profesionales del derecho están mejor preparados técnica y jurídicamente para desempeñar este cargo de carácter registral.

b) Fe pública judicial

Es aquella de que gozan los documentos de carácter judicial. El funcionario competente para dar fe del acto procesal, es el secretario judicial, cuya función autenticadora es, esencialmente igual a la del notario diferenciándose sólo en los modos de intervención. Para el efecto Neri Argentino, expone: “La que dispensan los funcionarios de justicia,

³³ Argentino, Neri. **Ob. Cit.** Pág. 441

especialmente los secretarios de juzgados, quienes dan fe de las resoluciones, autos u sentencias de los jueces o tribunales en los cuales actúan.”³⁴

Por otro lado Enrique Giménez Arnau, establece: “Las facultades o limitaciones establecidas en la norma objetiva, pueden dar lugar a contienda o pugna entre el Estado y los particulares, o entre dos particulares. Dada la trascendencia de las actuaciones ante los tribunales civiles, administrativos o contencioso-administrativos, es lógico que todas estas actuaciones estén revestidas de un sello de autenticidad que se imprime en ellas por virtud de la fe pública judicial.”³⁵

Esta clase de fe pública es la que recae sobre todos los documentos de carácter judicial. El funcionario competente para dar fe del acto procesal es el llamado secretario judicial, función menos importante que la del notario, pues el secretario es un mero testigo del acto que cumple el juez ante él, limitándose el secretario a autenticar lo resuelto por el juez. En cambio, el notario constituye una relación jurídica al plasmar la declaración de voluntad de las partes en el instrumento público.

La legislación guatemalteca otorga al secretario la calidad de autenticador de todas las actuaciones que se realicen en el ámbito judicial. El Artículo 171 de la Ley del Organismo Judicial contenido en el Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala, regula: “Certificaciones. Los expedientes de las actuaciones que practiquen los tribunales no deben salir fuera de la oficina, pudiendo darse a quienes lo soliciten,

³⁴ **Ibid.** Pág. 441

³⁵ Giménez Arnau, Enrique. **Ob. Cit.** Pág. 43

fotocopias simples o certificaciones. Se exceptúan de esta regla los procesos fenecidos que, con fines docentes, soliciten las facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales y los demás casos que las leyes determinen. Cuando se traten de certificaciones y fotocopias parciales de los expedientes, será obligatoria la notificación de la parte contraria si la hubiere, teniendo ésta derecho a que a su costa se complete la certificación o fotocopia solicitada con los pasajes que señale. De no hacer el depósito dentro del plazo de veinticuatro horas a partir del momento de entrega al Tribunal de su solicitud, se emitirá una copia en los términos originalmente solicitados.”

Además, el Artículo 173 de la ley antes citada, establece: “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 dejando razón en los autos.”

Todo lo referente a las demás atribuciones del secretario, además de ser autenticador, está contemplado en el Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107, en el Artículo 29, que estipula: “El secretario tendrá a su cargo la expedición de certificaciones, extractos o copias auténticas de los documentos y actuaciones que pendan ante el tribunal, así como la conservación y formación de los expedientes por riguroso orden. Recibirá los escritos y documentos que le presenten, dará en el mismo acto, si se le pidiere, recibo del escrito y de las copias y dará cuenta inmediatamente al juez con estos escritos y los antecedentes si los hubiere. Rechazará los escritos cuando no se acompañen las copias exigidas por la ley.”

En este apartado, también es importante mencionar como funcionarios judiciales investidos de fe pública judicial a los notificadores, ya que a ellos se les encomienda la misión de hacer saber a las partes o a cualquier persona que tenga interés, lo resuelto por un juzgado. Es tanto así la fe pública judicial de que están investidos, que cuando no encuentran a la persona que van a notificar, lo pueden hacer mediante cédula que fijarán, dándosele a esta notificación todo el valor legal, es decir, se toma por cierto lo que asevera el notificador.

c) Fe pública registral

A los documentos emanados de los registros públicos, tales como el Registro de la Propiedad, el Registro Mercantil, el Registro Civil, se les otorga el carácter de auténticos, por estar sus certificantes investidos de fe pública registral. Este tipo de fe pública la poseen por imperio legal los registradores. Para el efecto el guatemalteco Nery Muñoz expresa: “Es la que poseen los registradores, para certificar la inscripción de un acto que consta en un registro público, el cual tiene autenticidad y fuerza probatoria desde que fue inscrito.”³⁶

Por lo tanto, los documentos extendidos por los registros públicos, además de probar que los actos han sido inscritos en el registro, tienen también el valor de verdaderos y eficaces.

³⁶ Muñoz, Nery Roberto. **Ob. Cit.** Pág. 95

d) Fe pública notarial

La fe pública notarial, llamada también extrajudicial, no corresponde a la gama de actividades de los órganos estatales. Este tipo de fe pública corresponde única y exclusivamente a la función notarial que por disposición del Estado está delegada en los notarios.

Los autores, que tratan este tema tienen diversas definiciones al respecto, encontrándose dentro de ellas las siguientes:

Rufino Larraud, expone una definición de fe pública notarial de la siguiente manera: “Es la potestad que el Estado confiere al notario, para que a requerimiento de parte y con sujeción a determinadas formalidades, asegure la verdad de hechos y actos jurídicos que le constan, con el beneficio legal para sus afirmaciones, de ser tenidas como auténticas mientras no se impugnen mediante querrela de falsedad.”³⁷

Enrique Giménez Arnau, conceptualiza la fe pública notarial así: “Es la función pública y técnica por cuya interposición los actos jurídicos privados y extrajudiciales que se someten a su amparo adquieren autenticidad legal.”³⁸

Esta autenticidad legal la da única y exclusivamente el notario, pues está investido de fe pública notarial y asegura con su intervención los hechos generadores de derechos,

³⁷ Larraud, Rufino. **Ob. Cit.** Pág. 651

³⁸ Giménez Arnau, Enrique. **Ob. Cit.** Pág. 45

obligaciones y sanciones que le constaren por haberlos visto, dando así certeza y cumplimiento a uno de los fines del derecho, la seguridad jurídica, que se logra mediante la elaboración del instrumento público.

El tratadista, Luis Carral y de Teresa, en su obra derecho notarial y derecho registral, aunque no define lo que es directamente la fe pública notarial, si hace diferencia entre ésta y los demás tipos de fe pública, y al respecto dice: “La fe pública notarial opera sobre hechos, sobre situaciones reales, que han sido captados por los sentidos, mientras que las demás clases de fe pública operan sobre el derecho objetivo, pues éstas autentican disposiciones (poder legislativo), acuerdo (carácter administrativo) y resoluciones (poder judicial) de las autoridades respectivas.”³⁹

e) Fe pública legislativa

Es la que posee el Organismo Legislativo y por medio de la cual se crean las disposiciones emanadas del mismo, las cuales pasan a ser leyes de la república. Ésta es de tipo corporativo, ya que la tiene el Congreso como órgano, y no sus representantes en lo individual, para el caso de Guatemala, en algunas leyes impresas se encuentran al final de las mismas las firmas de algunos miembros de la junta directiva del Congreso de la República de Guatemala.

³⁹ Carral y De Teresa, Luis. **Ob. Cit.** Pág. 61

CAPÍTULO III

3. La función notarial

Para el caso particular de Guatemala, es necesario indicar que la Constitución Política de la República y demás leyes específicas, establecen como requisitos para el ejercicio del notariado el haber obtenido el título facultativo de una universidad legalmente autorizada; además, es de gran trascendencia establecer que la función notarial es la actividad propiamente que desarrolla el notario cuando ofrece sus servicios profesionales a particulares. Dicha función, se relaciona esencialmente con los registros públicos, ya que ahí en la mayoría de casos se materializa dicha función.

El notario durante el ejercicio de la profesión, ejerce diversas actividades que son permitidas por la ley, específicamente contempladas en el Código de Notariado, el Código Civil, el Código Procesal Civil y demás leyes que se relacionan directamente con el derecho notarial y su actividad. La función esencial del notario es prestar un servicio profesional, especialmente a la sociedad guatemalteca, ya que como funcionario público, actúa en representación del Estado, solemnizando y dando certeza jurídica a los actos y contratos celebrados por los otorgantes.

Existen varias posiciones doctrinarias con respecto a la función notarial y la relación del notario con la sociedad. Para el efecto mencionamos la naturaleza de la función notarial, algunos tratadistas son del criterio de que esta función es pública, otros opinan que es básicamente profesional, hay quienes consideran que es autónoma y por último

los que adoptan una postura ecléctica. Pero todos coinciden en que la función del notario es un quehacer o actividad notarial. Para el efecto el autor guatemalteco Nery Roberto Muñoz, define la función notarial de la siguiente manera “La función notarial, es un sinónimo de la actividad que despliega el Notario. Son las diversas actividades que realiza el notario.”⁴⁰

La función notarial básicamente consiste en lo siguiente:

- a) El notario escucha a las partes y determina, en primer lugar la posibilidad legal de efectuar lo que aquellas pretenden, y de ser legalmente posible, en segundo lugar determina con precisión jurídica, cual es el contrato o acto jurídico que pretenden celebrar las partes.
- b) El notario redacta el contrato correspondiente, de acuerdo con las necesidades de las partes, pero siempre de conformidad con las disposiciones legales aplicables.
- c) Ya redactado el contrato, el notario tiene la obligación de explicar su alcance y fuerza legal a las partes, para que una vez leído íntegramente y explicado, previa identificación plena de los contratantes, lo firmen en su presencia, para que éste lo autorice y surja en ese momento el instrumento público o escritura, documento que tendrá valor probatorio pleno, o sea, el instrumento hará prueba plena dentro y fuera de juicio, salvo que sea declarado nulo o inexistente por autoridad judicial competente.

⁴⁰ Muñoz, Nery Roberto. **Ob. Cit.** Pág. 25

- d) Consecuentemente el notario efectuará los pagos de las contribuciones, estatales y municipales que la operación hubiese generado y dará publicidad al contrato o acto jurídico, al inscribirlo en el registro público de la propiedad.
- e) Finalmente el notario conservará bajo su custodia, los originales de dicho contrato y expedirá tantas copias certificadas como sean necesarias o requeridas.

3.1. Definición

La función notarial es la actividad del notario, llamada también el quehacer notarial. Es un sinónimo de la actividad que realiza el notario. Son las diversas actividades ejecutadas por el notario, el autor Neri Argentino, indica que a la expresión función notarial se le juzga como: “La verdadera y propia denominación que cabe aplicar a las tareas que despliega el notario en el proceso de formación y autorización del instrumentos público.”⁴¹

Para el tratadista Francisco Martínez Segovia, la función notarial es: “La función profesional y documental autónoma, jurídica, privada y calificada, impuesta y organizada por la ley, para procurar la seguridad, valor y permanencia de hecho y de derecho al interés jurídico de los individuos, patrimonial o extrapatrimonial, entre vivos o por causa de muerte en relaciones jurídicas de voluntades concurrentes o convergentes y en hechos jurídicos, humanos o naturales, mediante su interpretación y configuración, autenticación, autorización y resguardo confiado a un notario.”⁴²

⁴¹ Argentino, Neri. **Ob. Cit.** Pág. 517

⁴² Martínez Segovia, Francisco. **La función notarial.** Pág. 21

Para el tratadista José González Palomino, la función notarial es: “Una función de carácter administrativo que consiste en dar forma de ser o de valer a los negocios jurídicos o en establecer la presunción de verdad en ciertos hechos, mediante la afirmación pasiva de su evidencia por el notario, hecha en el momento mismo en que son para él evidentes por su producción o por su percepción, en el instrumento público a requerimiento de parte y generalmente con la colaboración de éstas.”⁴³

Para Rufino Larraud, la función notarial es: “Aquella actividad jurídico-cautelar cometida al escribano, que consiste en dirigir imparcialmente a los particulares en la individualización regular de sus derechos subjetivos, para dotarlos de certeza jurídica conforme las necesidades del tráfico y de prueba eventual.”⁴⁴

El tratadista José Carneiro define: “La Función Notarial es un sinónimo de la actividad que despliega el notario. Son las diversas actividades que realiza el notario.”⁴⁵

3.2. Clases

Existen diversidad de funciones que puede ejercer el notario en sus diferentes actividades, algunas por ejemplo cuando el notario desempeña el cargo de escribano de gobierno o de notario juez, ya que el Código de Notariado, contenido en el Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala, regula dicha actividad como el ejercicio de una judicatura. Para el efecto el Artículo 6, inciso 1 del Código citado

⁴³ González Palomino, José. **Instituciones del derecho notarial**. Pág. 120

⁴⁴ Larraud, Rufino. **Curso de derecho notarial**. Pág. 145

⁴⁵ Carneiro, José. **Derecho notarial**. Pág. 55

regula: “Pueden ejercer el notariado: 1. Los jueces de Primera Instancia, en las cabeceras de su jurisdicción en que no hubiere notario hábil, o que habiéndolo estuviere imposibilitado o se negare a prestar sus servicios. En tal caso, harán constar en la propia escritura el motivo de su actuación notarial. La infracción de este precepto o la inexactitud de motivo de su actuación como notario, no anula el documento, pero sí obliga al Juez al pago de una multa equivalente al doble de los honorarios que le correspondieren conforme arancel. La multa será impuesta por la Corte Suprema de Justicia e ingresará a la Tesorería del Organismo Judicial.”

Además el inciso 2, del mismo cuerpo legal citado, establece: “2. Los cónsules o los agentes diplomáticos de la República acreditados y residentes en el exterior, que sean notarios hábiles conforme esta ley.”

Sin embargo, el inciso 3, regula la actividad que puede ejercer el notario como funcionario administrativo, misma que se conoce como Escribano de Gobierno, es decir, el notario del Estado y para el efecto determina lo siguiente: “3. Los empleados que están instituidos precisamente para el ejercicio de funciones notariales, las que no podrán ejercer con carácter particular.”

3.3. Naturaleza jurídica

Con respecto a la naturaleza jurídica de la función notarial, existen diferentes teorías que tratan de explicar a que campo de la actividad pertenece la función notarial, mismas que se describen a continuación.

a) Teoría funcionalista

El notario actúa a nombre del Estado, en este caso algunas leyes lo definen como funcionario público, investido para autenticar y legitimar los actos que requieren su intervención y que el origen mismo de la institución se sitúa en los tabeliones romanos o en los iudice chartularii de la Edad Media, sugiere que se trata de una función pública desempeñada primeramente por funcionarios estatales y que el Estado delegó después en los notarios.

El tratadista, Castán Tobeñas, después de un análisis de las principales opiniones vertidas sobre la materia expresa: “No puede negarse el carácter público de la función de la institución notarial. Las finalidades de la 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 penden las relaciones privadas.”⁴⁶

Respecto a la ubicación de esa función dentro de uno de los poderes del Estado, establecen que no encaja en el poder legislativo, encargado de dictar reglas generales abstractas que todos deberán acatar; ni el poder judicial por cuanto la función notarial no es administrar justicia entre partes contendientes. Debe pues, considerarse función propia del poder ejecutivo como parte de su misión de realizar el derecho, pues la función notarial es hacer realidad el derecho privado.

⁴⁶ Castán Tobeñas, José. **Función notarial y elaboración notarial del derecho**. Pág. 75

La tesis de que la función notarial es jurisdicción voluntaria, afirma que el fin de esta última, según el concepto romano es imprimir forma y dotar de efectividad jurídica a los actos consensuales privados, incluso los unilaterales privados, mediante la intervención estatal. Por tanto, puede afirmarse no solamente que la actividad notarial encaja dentro del concepto antiguo de jurisdicción voluntaria, sino que es la única forma de jurisdicción verdaderamente voluntaria que aún subsiste, porque otras modernas son más bien control de la legalidad y policía civil ejercidas por el Estado.

b) Teoría profesionalista

La teoría profesionalista es más reciente que las anteriores. Los argumentos en que se basa esta nueva construcción jurídica consisten fundamentalmente en un ataque al carácter de función pública que se atribuye a la actividad notarial. Así, aludiendo al contenido antes descrito de la función notarial, alega un defensor de la teoría profesionalista que recibir, interpretar y dar forma a la voluntad de las partes, lejos de ser una función pública, es un quehacer eminentemente profesional y técnico.

La actividad autenticadora y certificante no es pública, pues dar fe no es otra cosa que certificar, y la aptitud certificante no es inherente a la calidad de funcionario público, puesto que la ley establece casos en los cuales los particulares expiden documentos que hacen fe, como es el de los médicos cuando extienden un certificado de salud, enfermedad o defunción, o el presidente o secretario de una sociedad anónima, cuando suscriben acciones o certifican acuerdos.

c) Teoría autonomista

Los que consideran la función notarial como autónoma, se basan en la doctrina moderna, tal y como explica el licenciado Oscar Salas, de la siguiente manera: “Niegan un valor absoluto a la clasificación tripártita de los poderes públicos y admite un número mayor de poderes. Uno de ellos es el legitimador, que asegura la firmeza, legalidad y publicidad de los hechos jurídicos y de los derechos que son su consecuencia, por medio de la llamada jurisdicción voluntaria, los registros públicos y el notariado. Otro es el poder certificante o autorizante instrumental, que consiste en proporcionar formulaciones auténticas y justificar hechos y relaciones lícitas de los particulares o patrimoniales de las entidades públicas.”⁴⁷

Con respecto a esta teoría el licenciado Nery Roberto Muñoz establece: “La posición autonomista reconoce indisolublemente ambos caracteres, de profesional y documentador, pero no da carácter de función pública del Estado a esta última, distinguiéndose al notario, sobre todo entre los autores italianos, con la designación de oficial público.”⁴⁸

El notario es por lo tanto un oficial público, que ejerce en las formas y según los principios de la profesión libre, esto lo hace autónomo. Como oficial público observa todas las leyes y como profesional libre recibe el cargo directamente de los particulares.

⁴⁷ Salas, Oscar. **Ob. Cit.** Pág. 96

⁴⁸ Muñoz, Nery Roberto. **Ob. Cit.** Pág. 29

d) Teoría ecléctica

Esta teoría es la que más se adapta al caso de Guatemala, ya que acepta que el notario ejerce una función pública sui generis, porque es independiente, no está enrolado en la administración pública, no devenga sueldo del Estado; pero por la veracidad, legalidad y autenticidad que otorga a los actos que autoriza, tiene un respaldo del Estado, por la fe pública que ostenta; pero no representa al Estado, pues actúa por sí mismo y su función la presta a los particulares quienes pagan los honorarios por el servicio profesional que presta.

El notario no es nombrado, ejerce su profesión inmediatamente que ha llenado los requisitos que la ley exige, entre ellos el registro del título profesional y la firma y sello que usará, en la Corte Suprema de Justicia, pero este registro no es una autorización, es solamente un registro. El notario guatemalteco, es un profesional del derecho encargado de una función pública.

3.4. Funciones

Existen diversas funciones que el notario desempeña en su actuación como profesional del derecho, mismas que la doctrina ha clasificado de la manera siguiente:

a) Función receptiva

Esta actividad la desarrolla el notario, cuando es requerido por una persona y recibe de ésta en términos sencillos la información del negocio jurídico que pretende realizar.

b) Función directiva o asesora

Por ser el notario un jurista, puede asesorar o dirigir a sus clientes, sobre el negocio que pretenden celebrar, aconsejando sobre el particular.

c) Función legitimadora

El notario, debe establecer que las partes contratantes, sean efectivamente la titulares del derecho, por lo que tiene que calificar la representación que se ejercite en determinado caso, la cual debe ser suficiente conforme a la ley y a su juicio.

d) Función modeladora

Cuando desarrolla esta actividad, el notario le está dando forma legal a la voluntad de las partes, encuadrándola a las normas que regulan el negocio.

e) Función preventiva

Es cuando el notario al redactar un documento, debe prever cualquier circunstancia que pueda sobrevenir en el futuro, debe evitar que resulte algún conflicto futuro, previniendo tales circunstancias.

f) Función autenticadora

Ésta, es una de las funciones más importantes que realiza el notario, pues, en virtud de ella el documento adquiere autenticidad, por lo que los actos o contratos en él contenido se tendrán como ciertos y auténticos.

3.5. Finalidades

La función notarial persigue tres finalidades básicas que son: seguridad, valor y permanencia, las cuales desarrollamos a continuación.

a) Seguridad

La seguridad persigue: “El análisis de su competencia que hace el notario, la perfección jurídica de su obra, para lo cual tiene que hacer juicios de capacidad, de identidad, entre otros, el proceso formal (de leyes adjetivas), que es axiomático y que persigue un fin de seguridad. También persigue esa seguridad la responsabilidad del notario, respecto a la perfección de su obra.”⁴⁹

En conclusión, se puede decir que seguridad es la confianza que le da a las partes la actuación notarial, de que los actos o contratos realizados están de acuerdo con la ley y que se le han señalado los medios más idóneos para el cumplimiento del objeto perseguido.

⁴⁹ Carral y de Teresa. **Ob. Cit.** Pág. 99

b) Valor

El notario al autorizar los instrumentos les confiere valor jurídico frente a terceros. La eficacia y la fuerza que otorga la intervención del notario en la elaboración del instrumento, es lo que constituye el valor.

El licenciado Nery Roberto Muñoz define lo siguiente: “El notario además da a las cosas un valor jurídico. Este valor tiene una amplitud, el valor frente a terceros; no hay que confundir el valor de que estamos hablando, como fin de la función notarial, con la validez del negocio y del documento, pues ésta implica viabilidad, y en cambio el valor es la eficacia y la fuerza que otorga la intervención del notario entre las partes y frente a terceros.”⁵⁰

c) Permanencia

La permanencia significa que el documento notarial tiene duración y posee estabilidad y firmeza. Tal y como lo dice Luis Carral y de Teresa: “La permanencia se relaciona con el factor tiempo. El documento notarial nace para proyectarse hacia el futuro. El documento privado es perecedero, se deteriora fácilmente, se extravía, se destruye con más facilidad, y por lo tanto es inseguro. En cambio el documento notarial es permanente e indeleble, o sea, que tiende a no sufrir mudanza alguna. Hay varios medios adecuados para lograr esa permanencia: el notario actúa en el momento, para dar seguridad, valor y permanencia; existen procedimientos (leyes adjetivas de forma)

⁵⁰ Muñoz, Nery Roberto. **Ob. Cit.** Pág. 32

para que el documento sea indeleble (papel, tinta, etc.). Hay varios procedimientos para conservar los documentos (archivos), y la permanencia misma, garantiza la reproducción auténtica del acto.”⁵¹

3.6. La responsabilidad notarial

El notario es considerado por algunos tratadistas y sistemas notariales desde diferentes puntos de vista, como un profesional liberal, como un funcionario dependiente completamente de la administración pública, y como un funcionario público, pero con las características de un profesional liberal.

En el sistema de notariado anglosajón, el notario es únicamente fedatario o sea que su actividad profesional se concreta a autenticar las firmas de las partes sin darle vida al instrumento público. Es por ello que no se le considera como funcionario público, ya que siendo independiente ejerce una profesión liberal.

En el derecho guatemalteco el notario, es considerado como un funcionario público. Así lo contemplan disposiciones contenidas en el Código Penal y en la Ley del Timbre Forense y Timbre Notarial. Pero viene a ser un funcionario público independiente muy especial, pues aunque no devenga sueldo del Estado ni goza de prestaciones laborales, ejerce sus funciones con cierto control estatal, como son, entre otras disposiciones, la revisión del protocolo, venta de papel de protocolo y envío de testimonios especiales al Archivo General de Protocolos.

⁵¹ Carral y de Teresa, Luis. **Ob. Cit.** Pág. 100

Se puede decir que el notario en Guatemala, es un funcionario público sólo en determinados casos, y que está sujeto, al igual que otros profesionales liberales, a una fiscalización hasta cierto punto indirecta del Estado.

En Guatemala, el notario es un profesional del derecho; es decir, su función no sólo es autenticadora como en los países de sistema anglosajón, sino también realiza actividad directora, asesora y legitimadora para darle forma y validez legal a la voluntad de las partes, dando así nacimiento a lo que se denomina el instrumento público.

Como una innovación, dentro del notariado latino, el notario guatemalteco ejerce una jurisdicción voluntaria, que hasta hace poco estaba encomendada únicamente a los órganos jurisdiccionales.

El tratadista Guillermo Cabanellas define al notario de la siguiente manera: "Notario es el funcionario público autorizado para dar fe de los contratos, testamentos y otros actos extracontractuales conforme a las leyes."⁵²

Por su parte Giménez Arnáu define al notario de la siguiente manera: "El notario es el profesional del derecho que ejerce una función pública para robustecer con una presunción de verdad los actos en que interviene, para colaborar en la formación correcta del negocio jurídico y para solemnizar y dar forma legal a los negocios jurídicos

⁵² Cabanellas, Guillermo. **Ob. Cit.** Pág. 40

privados, y cuya competencia, sólo por razones históricas están sustraídos a los actos llamados de jurisdicción voluntaria.”⁵³

Se establece que el notario, ejerce privadamente funciones públicas en su carácter de profesional, y no como servidor del Estado y que es el profesional del derecho, que por delegación del Estado, ejerce funciones públicas en su carácter de profesional liberal sin que esto signifique que sea un funcionario público.

Giménez Arnau, define al notario con relación a la responsabilidad que éste conlleva: “En las clasificaciones que denominamos genéricas donde destaca el carácter profesional del notario, asesor de los otorgantes, consejero suyo y director técnico del alumbramiento del negocio jurídico constituyendo no sólo la verdad de lo afirmado sino la eficacia del contenido.”⁵⁴

De la definición anterior, deducimos que el notario debe estar capacitado, intelectual y moralmente para lograr eficazmente su función, sin generar resultados dañosos, tanto para los particulares como para el mismo, de allí lo que se conoce como responsabilidad notarial, que no se circunscribe a una sola, sino a un conjunto de responsabilidades que darán por resultado su buena observancia a un instrumento público pleno y perfecto, evitando resultados negativos para la vida de éste.

⁵³ Giménez Arnau, Enrique. **Ob. Cit.** Pág. 85

⁵⁴ **Ibid.** Pág. 86

El diccionario de la lengua española, define la responsabilidad así: “Duda, obligación de reparar y satisfacer por sí o por otro, a consecuencia del delito, o de una culpa o de otra causa legal, cargo u obligación moral que resulta para uno del posible yerro en cosa o asunto determinado.”⁵⁵

Por su parte Juan Ramírez Gronda, define la responsabilidad de la siguiente manera: “La obligación de reparar el daño y el perjuicio que causan a una persona ya sea por culpa o negligencia, o con ocasión de un delito del derecho civil o criminal o por los animales o por el hecho de los que están bajo nuestra dependencia o de las cosas de que nos servimos en ciertos casos que la ley prevé, por el riesgo resultante de una actividad, en derecho criminal se traduce además por el incumplimiento de una pena.”⁵⁶

De conformidad con las anteriores de definiciones, la responsabilidad se circunscribe a la obligación de reparar el daño causado; es decir, que debe existir un presupuesto anterior, el de haber causada un daño.

El notario tiene varias responsabilidades, dependiendo del acto en que intervenga, ya sea que suscriba una acta notarial, un contrato, una simple manifestación de voluntad o en general, que intervenga en la creación de un instrumento público, pues en todos y cada uno de éstos, debido a la mala calificación del acto, la deficiente asesoría, la omisión de ciertos requisitos, dará lugar a muchas responsabilidades en que puede incurrir.

⁵⁵ **Diccionario de la lengua española.** Pág. 1140

⁵⁶ Ramírez Gronda, Juan. **Diccionario jurídico.** Pág. 251

En notario es responsable cuando ejecuta las leyes en sentido distinto al prescrito en las mismas, o actúa ilegalmente omitiendo, rehusando o retardando algún hecho en forma intencional. La responsabilidad del notario aparece desde que éste no cumple con sus diversas funciones de acuerdo a la ley, o cuando actúa con negligencia y causa un daño o perjuicio a su cliente, procediendo en dicho caso a responder por los daños y perjuicios ocasionados.

En el caso de daños y perjuicios, los particulares perjudicados deberán acudir a la vía civil, pero si el caso se tratare de falsedad, en cuanto al documento en sí o al contenido en el mismo, o bien el notario cometiere un acto contrario a derecho, los interesados recurrirán a la vía penal. Así, cada caso tendrá diferente causa de responsabilidad y diferente regulación legal.

Todo notario pertenece a una organización de la cual es miembro, para el efecto es necesario cumplir con determinados requisitos y deberes, que al omitirlos el notario incurre en responsabilidad, en este caso se refiere a la responsabilidad disciplinaria, misma que la impone el Tribunal de Honor del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala.

En el actuar profesional del notario, éste se ve obligado en ocasiones a enterar a la Administración Tributaria, por ciertos actos o manifestaciones de voluntad de sus clientes, al omitir esta información el notario estará ante una responsabilidad de carácter administrativa.

De lo anterior se establece que existen cuatro clases de responsabilidades en que puede incurrir el notario, siendo éstas la responsabilidad civil, penal, disciplinaria o administrativa.

a) Responsabilidad civil

La cual tiene como finalidad reparar las consecuencias injustas de una conducta contraria a derecho o bien reparar un daño causado sin culpa, pero que la ley, pone cargo de autor material de este daño.

La responsabilidad civil cuenta con tres elementos, dentro de los cuales hay violación de un deber legal, por acción u omisión del notario; que haya culpa o negligencia de parte del notario; y, que se cause un perjuicio. Para el efecto el Código de Notariado contenido en el Decreto 314 del Congreso de la República en el Artículo 35 establece, con relación a la responsabilidad civil del notario, lo siguiente: “Para que proceda la responsabilidad civil de daños y perjuicios contra el notario por nulidad del instrumento, es necesario que haya sido citado y oído en el juicio respectivo, en lo concerniente a la causa de nulidad.”

Oscar Salas citado por Nery Roberto Muñoz, define la responsabilidad civil así: “La responsabilidad civil consiste en la obligación de resarcir daños y abonar perjuicios derivados de un acto ilícito, que se impone a quien lo comete, o del no cumplimiento de

un deber legal que corresponde a una persona determinada. Supone la inobservancia de una norma por parte del sujeto obligado.”⁵⁷

Existen tres elementos que se requieren para que exista la responsabilidad civil, los cuales mencionamos a continuación:

- a) Que haya violación de un deber legal, por acción u omisión del notario;
- b) Que hay culpa o negligencia de parte de éste;
- c) Que cause un perjuicio.

De todo lo anterior se colige, que la responsabilidad civil del notario surge cuando éste incumple con los deberes que la ley le impone y cuando con ese incumplimiento ocasiona daño o perjuicio a alguien, originando como consecuencia la necesidad de repararlos, porque toda persona que cause daño o perjuicio a otra, sea intencionalmente, sea por descuido o por imprudencia, está obligado a repararlo, pero también porque el profesional es responsable de los daños o perjuicios que cause por ignorancia o negligencia inexcusables, o por divulgación de los secretos que conoce con motivo de su profesión, misma que debe cumplir con diligencia y dedicación y con arreglo a las prescripciones de la ciencia o arte de que se trate, siendo responsable por los daños y perjuicios que cause.

Con respecto a la responsabilidad civil, ésta se deriva del incumplimiento de los actos y contratos que asume realizar el notario y no los lleva a cabo; además, el Código Civil

⁵⁷ Muñoz, Nery Roberto. **Ob. Cit.** Pág. 134

establece en el libro de las obligaciones la responsabilidad ante el incumplimiento que genera los daños y perjuicios ocasionados por parte del notario hacia el cliente.

b) Responsabilidad penal

En esta clase de responsabilidad incurre el notario cuando en el ejercicio de sus funciones comete un delito o falta; ya que si comete el delito como persona particular, no incurre en responsabilidad notarial o penal.

Dante Marinelli, citado por Nery Muñoz, define a la responsabilidad notarial penal así: “Es la responsabilidad que tiene el notario al faccionar los instrumentos públicos, por incurrir en falsedad u otro delito conexo, haciendo constar situaciones de derecho y de hecho que en la realidad no existen o aprovechándose de su función en beneficio propio o ajeno, siendo asimismo derivada, en algunos casos de responsabilidad civil; es la responsabilidad que nace de la comisión de un delito, encontrándose la misma en el ámbito del derecho público.”⁵⁸

Por otra parte, el notario incurre en responsabilidad penal, cuando al faccionar los instrumentos públicos, incurre en falsedad y otros delitos conexos, haciendo constar situaciones de derecho y de hecho que en la realidad no existen o aprovechándose de su función en beneficio propio o ajeno, siendo asimismo, derivada en algunos casos la responsabilidad civil.

⁵⁸ Ibid. Pág. 136

Dentro de los delitos regulados en el Código Penal vigente, en que puede incurrir el notario se encuentran los siguientes:

“Artículo 222.- (Publicidad indebida). Quien, hallándose legítimamente en posesión de correspondencia, de papeles o de grabaciones, fotografías no destinadas a la publicidad, los hiciere públicos, sin la debida autorización, aunque le hubieren sido dirigidos, cuando el hecho cause o pudiere causar perjuicio, será sancionado con multa de doscientos a dos mil quetzales.”

“Artículo 223.- (Revelación del secreto profesional). Quien, sin justa causa, revelare o empleare en provecho propio o ajeno un secreto del que se ha enterado por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, sin que con ello ocasionare o pudiere ocasionar perjuicio, será sancionado con prisión de seis meses a dos años o multa de cien a un mil quetzales.”

“Artículo 264.- (Casos especiales de estafa). Incurrirá en las sanciones señaladas en el artículo anterior:

- 1º. Quien defraudare a otro usando nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia, relaciones o cualidades supuestas, aparentando bienes, comisión, empresa o negociaciones imaginarias. . .
- 4º. Quien defraudare a otro con supuesta remuneración, a funcionarios, autoridades, agentes de ésta o empleados públicos, o como recompensa de su mediación para obtener una resolución favorable en un asunto que de los mismos dependa, sin perjuicio de las acciones de calumnia que a éstos corresponda.

- 5º. Quien cometiere alguna defraudación, abusando de firma de otro en blanco o extendiendo con ella algún documento en perjuicio del mismo o de un tercero.
- 6º. Quien defraudare a otro haciéndole suscribir, con engaño, algún documento...
- 8º. Quien cometiere defraudación sustrayendo, ocultando o inutilizando, en todo o en parte, algún proceso, expediente, documento u otro escrito.
- 9º. Quien, fingiéndose dueño de una cosa inmueble, la enajenare, gravare o dispusiere de ella, en cualquier otra forma.
10. Quien dispusiere de un bien como libre, sabiendo que estaba gravado o sujeto a otra clase de limitaciones y quien, con su enajenación o gravamen, impidiere, con ánimo de lucro, el ejercicio de tales derechos.
11. Quien enajena separadamente una cosa a dos o más personas, con perjuicio de cualquiera de ellas o de tercero.
12. Quien otorgare, en perjuicio de otro, un contrato simulado.
13. Quien, a sabiendas, adquiere o recibiere, en cualquier forma, bienes de quien no fuere su dueño o no tuviere derecho para disponer de ellos.
14. Quien, con perjuicio de otro, ejerciere un derecho de cualquier naturaleza a sabiendas de que ha sido privado del mismo por resolución judicial firme.
15. Quien destruyere o deteriorare, total o parcialmente, bienes que le pertenezcan, afectos a derechos de un tercero, con el propósito de defraudar a éste.
16. Quien comprare a plazos un bien y lo enajenare posteriormente o dispusiere de él, en cualquier otra forma, sin haber pagado la totalidad del precio.
17. Quien negare su firma en cualquier documento de obligación o descargo.
18. Quien, con datos falsos u ocultando antecedentes que le son conocidos, celebrare, dolosamente, contratos basados en dichos datos o antecedentes.

19. Quien, sin autorización o haciendo uso indebido de ésta, mediante colectas o recaudaciones, defraudare a otros. Si la recaudación o colecta se hace sin autorización y sin propósito de defraudar, o estando autorizada no se cumple con los requisitos legales correspondientes, la sanción será de multa de veinte a doscientos quetzales...
21. Quien defraudare valiéndose de la inexperiencia, falta de discernimiento o pasiones de un menor o incapacitado...
23. Quien defraudare o perjudicare a otro, usando de cualquier ardid o engaño, que no se haya expresado en los incisos anteriores.”

“Artículo 321.- (Falsedad material). Quien, hiciere en todo o en parte, un documento público falso, o alterare uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio, será sancionado con prisión de dos a seis años.”

“Artículo 322.- (Falsedad ideológica). Quien, con motivo del otorgamiento, autorización o formalización de un documento público, insertare o hiciere insertar declaraciones falsas concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio, será sancionado con prisión de dos a seis años.”

“Artículo 327.- (Supresión, ocultación o destrucción de documentos). Quien destruya, oculte o suprima, en todo o en parte, un documento verdadero, de la naturaleza de los especificados en este capítulo, será sancionado con las penas señaladas en los artículos anteriores, en sus respectivos casos. En igual sanción incurrirá quien, con ánimo de evadir la acción de la justicia, realizare los hechos a que

se refiere el párrafo anterior sobre documentos u objetos que constituyan medios de prueba.”

“Artículo 422.- (Revelación de secretos). El funcionario o empleado público que revelare o facilitare la revelación de hechos, actuaciones o documentos de los que tenga conocimiento por razón del cargo y que por disposición de la ley deben permanecer en secreto, será sancionado con multa de doscientos a dos mil quetzales.”

“Artículo 434.- (Violación de sellos). El funcionario o empleado público que ordenare abrir, abriere o consintiere que otro abra papeles o documentos cerrados cuya custodia le estuviere confiada, será sancionado con multa de doscientos a dos mil quetzales.”

“Artículo 437.- (Responsabilidad del funcionario). El funcionario o ministro de culto, debidamente autorizado, que autorizare un matrimonio a sabiendas de la existencia de un impedimento que cause su nulidad absoluta, será sancionado con prisión de dos a seis años e inhabilitación especial por el término que el tribunal fije, el que no podrá exceder de seis años. Si el funcionario o ministro de culto hubiese obrado culposamente será sancionado solamente con multa de doscientos quetzales.”

“Artículo 438.- (Inobservancia de formalidades). El funcionario o ministro de culto, debidamente autorizado, que procediere a la celebración de un matrimonio sin haber observado las formalidades exigidas por la ley, aunque no produzca nulidad, será sancionado con multa de doscientos a un mil quetzales.”

En los delitos antes mencionados puede variar el sujeto pasivo, pudiendo ser éste un particular, el Estado, la sociedad o un tercero; sin embargo, el sujeto activo será el notario. Como podemos observar, la actividad del notario, para que sea digna e irreprochable, es menester que la ejercite con dedicación y lealtad, velando porque no se transgreda la ley.

Con respecto a la responsabilidad penal, el Código de Notariado establece o enuncia algunos delitos que puede cometer el notario en el ejercicio de la función notarial, sin embargo, es importante hacer notar que adicional al proceso penal también puede ser sancionado con algunas inhabilitaciones de carácter general o especial, que conlleva la suspensión temporal o definitiva para el ejercicio del notariado.

c) Responsabilidad administrativa

La responsabilidad administrativa, se origina por la relación que existe entre el notario y los órganos administrativos, sobre todo con aquéllos en los que se lleva un control de los contribuyentes, por ejemplo: los catastros municipales, la recaudación de tributos, así como también lo relacionado al Registro Civil, al de la Propiedad y al Mercantil, según el caso. Además, del control de los documentos protocolizados provenientes del exterior, por citar los más relevantes.

Esta responsabilidad se refiere a las acciones realizadas por el notario ante la administración pública y específicamente en relación con los registros, por los efectos que conlleva el respectivo registro de los contratos o actos en que ha intervenido.

Actividades que conllevan responsabilidad administrativa y que regula el Código de Notariado:

- a) Pago de apertura de protocolo (Artículo 11)
- b) Depósito del protocolo (Artículo 27)
- c) Cierre de protocolo y redacción del índice (Artículos 12 y 15)
- d) Expedir testimonios o copias legalizadas a los clientes (Artículo 73)
- e) Remitir testimonio especial de cada escritura (Artículo 37)
- f) Aviso de los instrumentos cancelados (Artículo 37)
- g) Razón en el protocolo de cada acta de legalización (Artículo 59)
- h) Protocolación de documentos y actas como la de matrimonio (Artículos 63, 64 y 65)

En efecto, al autorizar actos y contratos, el notario adquiere ciertas obligaciones, las cuales tienen relación con la administración pública, como por ejemplo, remitir testimonios especiales, enviar avisos de traspaso de bienes inmuebles, extender testimonios a los interesados entre otros. Las mismas se encuentran reguladas en el Código Notariado, así como también las sanciones a aplicar en caso de incumplimiento.

d) Responsabilidad disciplinaria

En esta clase de responsabilidad incurre el notario, cuando atenta contra el prestigio, decoro y reglas de la ética y moral que conlleva ser un profesional del derecho.

Con relación al concepto de responsabilidad disciplinaria, se puede indicar que, es la resulta del incumplimiento por parte de los notarios de los deberes regulados por la ley,

en su reglamentación, de las disposiciones que se dictaren o de los principios de ética profesional, en cuanto esas transgresiones afecten la institución notarial, los servicios que le son propios o el decoro del cuerpo.

Ésta, opera mediante una acción que tiene por objeto reprimir una falta a los deberes de la profesión reglamentada; tiene como fin el mantenimiento de la disciplina necesaria en interés moral de la profesión, cuyas normas de ejercicio han sido violadas; por medio de las medidas o penas a infringir por una jurisdicción instituida con ese propósito. El notario incurre en responsabilidad disciplinaria, cuando falta a la ética profesional o atenta en contra del prestigio y decoro de la profesión.

En Guatemala, los profesionales del derecho están organizados en un Colegio de Abogados y Notarios, en el cual deben estar registrados todos los abogados y notarios, llevando el colegio un control de los mismos. La Constitución Política de la República, establece en el Artículo 90 que: “La colegiación de los profesionales universitarios es obligatoria y tendrá por fines la superación moral, científica, técnica y material de las profesiones universitarias y el control de su ejercicio”, así también regula que cada Colegio Profesional cuenta con personalidad jurídica propia y funcionaran de conformidad con la Ley de Colegiación Profesional Obligatoria y los estatutos de cada colegio serán aprobados con independencia de las universidades de las que fueren egresados sus miembros. Es decir, que una ley específica regula lo relativo a la colegiación profesional relativa a los abogados y notarios.

Con respecto a las sanciones que se le pueden imponer al notario, es importante indicar que éstas, denominadas disciplinarias, en la mayoría de casos son por denuncias presentadas por sus clientes o colegas ante el Tribunal de Honor del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, en este punto es indispensable hacer mención que, en el caso de Guatemala, únicamente se imponen amonestaciones verbales y escritas, de parte de dicho tribunal de honor, ya que no se conocen hasta la presente fecha casos en los cuales el tribunal haya sancionado con inhabilitación a un notario por incurrir en negligencia o abandono a los servicios a que se obligó con su cliente.

CAPÍTULO IV

4. La firma digital

La firma digital o firma electrónica es en la transmisión de mensajes telemáticos y en la gestión de documentos electrónicos, un método criptográfico que asocia la identidad de una persona o de un equipo informático al mensaje o documento. En función del tipo de firma, puede, además, asegurar la integridad del documento o mensaje.

La firma electrónica, como la firma ológrafa (autógrafa, manuscrita), puede vincularse a un documento para identificar al autor, para señalar conformidad (o disconformidad) con el contenido, para indicar que se ha leído o, según el tipo de firma, garantizar que no se pueda modificar su contenido.

4.1. Definición

La firma digital puede ser definida como una secuencia de datos electrónicos (bits) que se obtienen mediante la aplicación a un mensaje determinado de un algoritmo (fórmula matemática) de cifrado asimétrico o de clave pública, y que equivale funcionalmente a la firma autógrafa en orden a la identificación del autor del que procede el mensaje. Desde un punto de vista material, la firma digital es una simple cadena o secuencia de caracteres que se adjunta al final del cuerpo del mensaje firmado digitalmente.

La aparición y desarrollo de las redes telemáticas, de las que internet es el ejemplo más notorio, ha supuesto la posibilidad de intercambiar entre personas distantes

geográficamente mensajes de todo tipo, incluidos los mensajes de contenido contractual. Estos mensajes plantean el problema de acreditar tanto la autenticidad como la autoría de los mismos.

Concretamente, para que dos personas (ya sean dos empresarios o un empresario y un consumidor) puedan intercambiar entre ellos mensajes electrónicos de carácter comercial que sean mínimamente fiables y puedan, en consecuencia, dar a las partes contratantes la confianza y la seguridad que necesita el tráfico comercial, tales mensajes deben cumplir los siguientes requisitos:

- a) Identidad, que implica poder atribuir de forma indubitada el mensaje electrónico recibido a una determinada persona como autora del mensaje.
- b) Integridad, que implica la certeza de que el mensaje recibido por B (receptor) es exactamente el mismo mensaje emitido por A (emisor), sin que haya sufrido alteración alguna durante el proceso de transmisión de A hacia B.
- c) No repudiación o no rechazo en origen, que implica que el emisor del mensaje (A) no pueda negar en ningún caso que el mensaje ha sido enviado por él.

Pues bien, la firma digital es un procedimiento técnico que basándose en técnicas criptográficas trata de dar respuesta a esa triple necesidad apuntada anteriormente, a fin de posibilitar el tráfico comercial electrónico.

Por otra parte, a los tres requisitos anteriores, se une un cuarto elemento, que es la confidencialidad, que no es un requisito esencial de la firma digital sino accesorio de la

misma. La confidencialidad implica que el mensaje no haya podido ser leído por terceras personas distintas del emisor y del receptor durante el proceso de transmisión del mismo.

a) La teoría

La firma digital de un documento es el resultado de aplicar cierto algoritmo matemático, denominado función hash, a su contenido, y seguidamente aplicar el algoritmo de firma (en el que se emplea una clave privada) al resultado de la operación anterior, generando la firma electrónica o digital. El software de firma digital debe además efectuar varias validaciones, entre las cuales podemos mencionar:

- a) Vigencia del certificado digital del firmante,
- b) Revocación del certificado digital del firmante (puede ser por OCSP o CRL),
- c) Inclusión de sello de tiempo.

La función de la firma digital es un algoritmo matemático que permite calcular un valor resumen de los datos a ser firmados digitalmente, funciona en una sola dirección, es decir, no es posible a partir del valor resumen calcular los datos originales. Cuando la entrada es un documento, el resultado de la función es un número que identifica inequívocamente al texto. Si se adjunta este número al texto, el destinatario puede aplicar de nuevo la función y comprobar su resultado con el que ha recibido. No obstante este tipo de operaciones no están pensadas para que las lleve a cabo el usuario, sino que se utiliza software que automatiza tanto la función de calcular el valor de la firma digital como su verificación posterior.

b) Las posibilidades de red

Para que sea de utilidad, la función de la firma digital debe satisfacer dos importantes requisitos. Primero, debe ser difícil encontrar dos documentos cuyo valor para la función de la firma digital sea idéntico. Segundo, dado uno de estos valores, debe ser imposible producir un documento con sentido que de lugar a la firma digital.

Existen funciones de la firma digital, específicamente designadas para satisfacer estas dos importantes propiedades. SHA y MD5 son dos ejemplos de este tipo de algoritmos.

Algunos sistemas de cifrado de clave pública se pueden usar para firmar documentos. El firmante cifra de la firma digital es calculado de un documento con su clave privada y cualquiera que quiera comprobar la firma y ver el documento, no tiene más que usar la clave pública del firmante para descifrar la firma, y comprobar que es la que corresponde al documento.

c) La solución

Un algoritmo efectivo debe hacer uso de un sistema de clave pública para cifrar sólo la firma. En particular, el valor de la firma digital se cifra mediante el uso de la clave privada del firmante, de modo que cualquiera pueda comprobar la firma usando la clave pública correspondiente. El documento firmado se puede enviar usando cualquier otro algoritmo de cifrado, o incluso ninguno si es un documento público. Si el documento se modifica, la comprobación de la firma fallará, pero esto es precisamente lo que la verificación se supone que debe descubrir.

El Digital Signature Algorithm es un algoritmo de firmado de clave pública que funciona como hemos descrito. DSA es el algoritmo principal de firmado que se usa en GnuPG.

4.2. Formato de la firma electrónica

Las normas TS 101 733 y TS 101 903 definen los formatos técnicos de la firma electrónica. La primera se basa en el formato clásico PKCS#7 y la segunda en XMLDsig firma XML especificada por el consorcio W3C. Bajo estas normas se definen tres modalidades de firma:

- a) Firma básica. Incluye el resultado de operación de hash y clave privada, identificando los algoritmos utilizados y el certificado asociado a la clave privada del firmante. A su vez puede ser "attached" o "detached", "enveloped" y "enveloping"
- b) Firma fechada. A la firma básica se añade un sello de tiempo calculado a partir del hash del documento firmado por una TSA (Time Stamping Authority)
- c) Firma validada o firma completa. A la firma fechada se añade información sobre la validez del certificado procedente de una consulta de CRL o de OCSP realizada a la Autoridad de Certificación.

La firma completa libera al receptor de la firma, del problema de ubicar al prestador de servicios de certificación y determinar los procedimientos de validación disponibles.

4.3. Función

La firma digital funciona utilizando complejos procedimientos matemáticos que relacionan el documento firmado con información propia del firmante, y permiten que terceras partes puedan reconocer la identidad del firmante y asegurarse de que los contenidos no han sido modificados.

El firmante genera, mediante una función matemática, una huella digital del mensaje, la cual se cifra con la clave privada del firmante. El resultado es lo que se denomina firma digital, que se enviará adjunta al mensaje original. De esta manera el firmante adjuntará al documento una marca que es única para dicho documento y que sólo él es capaz de producir.

Para realizar la verificación del mensaje, en primer término el receptor generará la huella digital del mensaje recibido, luego descifrará la firma digital del mensaje utilizando la clave pública del firmante y obtendrá de esa forma la huella digital del mensaje original; si ambas huellas digitales coinciden, significa que no hubo alteración y que el firmante es quien dice serlo.

4.3.1. La criptografía como base de la firma digital

La firma digital se basa en la utilización combinada de dos técnicas distintas, que son la criptografía asimétrica o de clave pública para cifrar mensajes y el uso de las llamadas funciones de la firma digital o funciones resumen.

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define la criptografía como: "El arte de escribir con clave secreta o de forma enigmática."⁵⁹ La criptografía es un conjunto de técnicas que mediante la utilización de algoritmos y métodos matemáticos sirven para cifrar y descifrar mensajes.

La criptografía ha venido siendo utilizada desde tiempos antiguos, fundamentalmente con fines militares. Tradicionalmente se ha hablado de dos tipos de sistemas criptográficos: los simétricos o de clave privada y los asimétricos o de clave pública.

Los llamados sistemas criptográficos simétricos son aquéllos en los que dos personas (A y B), que van a intercambiarse mensajes entre sí, utilizan ambos la misma clave para cifrar y descifrar el mensaje.

Así, el emisor del mensaje (A), lo cifra utilizando una determinada clave, y una vez cifrado, lo envía a B. Recibido el mensaje, B lo descifra utilizando la misma clave que usó A para cifrarlo. Los sistemas criptográficos simétricos más utilizados son los conocidos con los nombres de DES, TDES y AES.

Los principales inconvenientes del sistema simétrico son los siguientes:

- a) La necesidad de que A (emisor) y B (receptor) se intercambien previamente por un medio seguro la clave que ambos van a utilizar para cifrar y descifrar los mensajes.
- b) La necesidad de que exista una clave para cada par de personas que vayan a intercambiarse mensajes cifrados entre sí.

⁵⁹ Diccionario de la Real Academia Española. Pág. 79

Las dos dificultades apuntadas determinan que los sistemas de cifrado simétricos no sean aptos para ser utilizados en redes abiertas como internet, en las que confluyen una pluralidad indeterminada de personas que se desconocen entre sí y que en la mayoría de los casos no podrán intercambiarse previamente claves de cifrado por ningún medio seguro.

Los sistemas criptográficos asimétricos o de clave pública se basan en el cifrado de mensajes, mediante la utilización de un par de claves diferentes (privada y pública), de ahí el nombre de asimétricos, que se atribuyen a una persona determinada y que tienen las siguientes características:

- a) Una de las claves, la privada, permanece secreta y es conocida únicamente por la persona a quien se ha atribuido el par de claves y que la va a utilizar para cifrar mensajes. La segunda clave, la pública, es o puede ser conocida por cualquiera.
- b) Ambas claves, privadas y públicas, sirven tanto para cifrar como para descifrar mensajes.
- c) A partir de la clave pública, que es conocida o puede ser conocida por cualquiera, no se puede deducir ni obtener matemáticamente la clave privada, ya que si partiendo de la clave pública, que es o puede o ser conocida por cualquier persona, se pudiese obtener la clave privada, el sistema carecería de seguridad, dado que cualquiera podría utilizar la clave privada atribuida a otra persona pero obtenida ilícitamente por un tercero partiendo de la clave pública.

Este dato se basa en una característica de los números primos y en el llamado problema de la factorización. El problema de la factorización es la obtención a partir de un determinado producto de los factores cuya multiplicación ha dado como resultado ese producto. Los números primos (números enteros que no admiten otro divisor que no sea el 1 o ellos mismos), incluidos los números primos grandes, se caracterizan porque si se multiplica un número primo por otro número primo, da como resultado un tercer número primo a partir del cual es imposible averiguar y deducir los factores.

El criptosistema de clave pública más utilizado en la actualidad es el llamado RSA, creado en 1978 y que debe su nombre a sus tres creadores (Rivest, Shamir y Adleman).

La utilización del par de claves (privada y pública) implica que A (emisor) cifra un mensaje utilizando para ello su clave privada y, una vez cifrado, lo envía a B (receptor). B descifra el mensaje recibido utilizando la clave pública de A. Si el mensaje descifrado es legible e inteligible significa necesariamente que ese mensaje ha sido cifrado con la clave privada de A (es decir, que proviene de A) y que no ha sufrido ninguna alteración durante la transmisión de A hacia B, porque si hubiera sido alterado por un tercero, el mensaje descifrado por B con la clave pública de A no sería legible ni inteligible. Así, se cumplen dos de los requisitos anteriormente apuntados, que son la integridad (certeza de que el mensaje no ha sido alterado) y no repudiación en origen (imposibilidad de que A niegue que el mensaje recibido por B ha sido cifrado por A con la clave privada de éste). El tercer requisito (identidad del emisor del mensaje) se obtiene mediante la utilización de los certificados digitales, que se analizan en otro apartado de esta guía.

4.3.1.1. Las funciones Hash

Junto a la criptografía asimétrica se utilizan en la firma digital las llamadas funciones hash o funciones resumen. Los mensajes que se intercambian pueden tener un gran tamaño, hecho éste que dificulta el proceso de cifrado. Por ello, no se cifra el mensaje entero sino un resumen del mismo, obtenido aplicando al mensaje una función.

Partiendo de un mensaje determinado que puede tener cualquier tamaño, dicho mensaje se convierte mediante la función de una firma digital en un mensaje con una dimensión fija (generalmente de 160 bits). Para ello, el mensaje originario se divide en varias partes, cada una de las cuales tendrá ese tamaño de 160 bits, y una vez dividido se combinan elementos tomados de cada una de las partes resultantes de la división para formar el mensaje-resumen, que también tendrá una dimensión fija y constante de 160 bits. Este resumen de dimensión fija es el que se cifrará utilizando la clave privada del emisor del mensaje.

4.3.1.2. Los sellos temporales

Finalmente, en el proceso de intercambio de mensajes electrónicos es importante que, además de los elementos o requisitos anteriormente analizados, pueda saberse y establecerse con certeza la fecha exacta en la que los mensajes han sido enviados. Esta característica se consigue mediante los llamados sellos temporales o "time stamping", que es aquella función atribuida generalmente a los prestadores de servicios de certificación, mediante la cual se fija la fecha de los mensajes electrónicos firmados digitalmente.

4.3.1.3. La confidencialidad de los mensajes

En ocasiones, además de garantizar la procedencia de los mensajes electrónicos que se intercambian por medio de internet y la autenticidad o integridad de los mismos, puede ser conveniente garantizar también su confidencialidad. Ello implica tener la certeza de que el mensaje enviado por A (emisor) únicamente será leído por B (receptor) y no por terceras personas ajenas a la relación que mantienen A y B.

En tales casos, también se acude al cifrado del mensaje con el par de claves, pero de manera diferente al mecanismo propio y característico de la firma digital. Para garantizar la confidencialidad del mensaje, el cuerpo del mismo (no el hash o resumen) se cifra utilizando la clave pública de B (receptor), quien al recibir el mensaje lo descifrará utilizando para ello su clave privada (la clave privada de B). De esta manera se garantiza que únicamente B pueda descifrar el cuerpo del mensaje y conocer su contenido.

4.4. Ventajas

La firma digital se basa en la criptografía asimétrica, donde criptografía podemos decir que es una forma de escritura oculta y asimétrica, porque se utilizan dos claves para ese proceso, una para encriptar y otra para desencriptar, las cuales se llaman llave privada y llave pública. La autoridad certificadora (CA) debe expedir un certificado, al cual llamaremos certificado digital, siendo éste un documento que da fe de la vinculación de las claves con un individuo o entidad.

Una de las ventajas es el ahorro del tiempo y el aumento al rendimiento, por ejemplo en Guatemala, desde el 6 de febrero de 2008 los transportistas marítimos deben presentar de forma electrónica el formulario de admisión de contenedores en la aduana, el tiempo promedio del trámite pasó de ser de 10 minutos a 1 minuto, manteniendo el mismo costo.

Como otra aplicación en Guatemala podemos mencionar el Decreto Ley 106, Código Civil, el cual autoriza al registrador de la propiedad a utilizar una firma electrónica para documentos oficiales, entre otros ejemplos podemos mencionar a BancaSat, GuateCompras (la cual ha informado que ahorra \$1 millón al año), Bancos del Sistema y las compras por Internet.

4.4.1. Como adquirir una firma

En Guatemala, para adquirir una firma electrónica es necesario acudir a una entidad certificadora, en este caso es la Cámara de Comercio de Guatemala, debiendo presentar la cédula de vecindad, el número de NIT y llenar un formulario.

Los notarios de la firma, autentican la identidad, el interesado firma un contrato y la entidad certificadora E-Cert Chile proporciona por un año, la llave mencionada.

De acuerdo con la Superintendencia de Administración Tributaria (SAT), la Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas, no sólo fortalece la certeza jurídica de comunicaciones y firma electrónica, sino que también representa una

oportunidad para ampliar la aplicación de tecnologías de aplicación de información y comunicaciones, para mejorar la eficiencia en procesos en todo ámbito, tanto a nivel público (gobierno electrónico), como privado (comercio electrónico).

4.5. Derecho comparado

La firma digital es un instrumento con características técnicas y normativas. Esto significa que existen procedimientos técnicos que permiten la creación y verificación de firmas digitales, y existen documentos normativos que respaldan el valor legal que dichas firmas poseen.

4.5.1. Guatemala

En Guatemala, fue aprobada por el Congreso de la Republica, la Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas, contenida en el Decreto número 47-2008, con la cual se fortalece substancialmente su hasta entonces deficiente régimen jurídico de comercio electrónico.

Con la citada ley se pretende dotar de certeza jurídica a la transmisión de mensajes y acuerdos a través de medios electrónicos, ya sea en territorio guatemalteco, como en aquellas comunicaciones transfronterizas contempladas.

De acuerdo con el documento aprobado por los diputados, de esta forma se está regulando la práctica del comercio electrónico.

Esta nueva legislación es parte del paquete de leyes complementarias al Tratado de Libre Comercio suscrito con Estados Unidos.

4.5.2. Perú

En Perú, se ha dictado la Ley de Firmas y Certificados Digitales (Ley 27269), la cual regula la utilización de la firma electrónica, otorgándole la misma validez y eficacia jurídica que el uso de una firma manuscrita u otra análoga que conlleve manifestación de voluntad.

4.5.3. España

En España, existe la Ley 59/2003 de Firma Electrónica, que define tres tipos de firma:

- a) **Simple:** Incluye un método de identificar al firmante (autenticidad)
- b) **Avanzada:** Además de identificar al firmante, permite garantizar la integridad del documento. Se emplean técnicas de PKI.
- c) **Reconocida:** Es la firma avanzada ejecutada con un DSCF (dispositivo seguro de creación de firma) y amparada por un certificado reconocido (certificado que se otorga tras la verificación presencial de la identidad del firmante). En ocasiones, esta firma se denomina cualificada, por traducción del término qualified de la Directiva Europea de Firma Electrónica.

4.5.4. Chile

La Ley del Gobierno de Chile sobre Firma Electrónica, fue publicada el 15 de septiembre de 2003, por el Ministerio y Secretaría General de la Presidencia. La Ley

19.799 sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación, reconoce que los órganos del Estado podrán ejecutar o realizar actos, celebrar contratos y expedir cualquier documento, dentro de su ámbito de competencia, suscribiéndolos por medio de firma electrónica simple. Igualmente señala que estos actos, contratos y documentos, suscritos mediante firma electrónica, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los expedidos en soporte de papel.

CAPÍTULO V

5. Entidades de certificación notarial

Mucho se ha comentado últimamente sobre la figura de los certificados digitales en el marco del comercio electrónico. Se ha dicho que los mismos son elementos fundamentales dentro de todo sistema de comercio electrónico seguro y confiable. Igualmente se ha señalado que los mismos son hoy en día medios adecuados para la obtención de seguridad jurídica en la realización de transacciones electrónicas a través del internet. Sin embargo, poco o casi nada se ha dicho respecto a la categorización jurídica del tipo de función que llevan a cabo las entidades de certificación, como proveedoras de los servicios de certificación de firmas digitales.

5.1. Aspectos generales

Las entidades de certificación tienen como fin primordial garantizar el principio de equivalencia funcional de los mensajes electrónicos de datos vis a vis y los documentos tradicionales o en papel. Para tales fines, las entidades de certificación efectúan un proceso de validación o autenticación de la identidad de los emisores y receptores que envían o reciben los mensajes firmados digitalmente. Dicho proceso opera de la siguiente forma: A través de un sistema de criptografía digital (Public Key Infrastructure) que utiliza dos claves expedidas por la entidad de certificación, una

pública y una privada, el receptor del mensaje conoce de manera indubitable que el emisor del mismo es realmente quien dice ser y que éste, a su vez, posteriormente no pueda negar el envío de un mensaje electrónico de datos. Adicionalmente, como parte de sus funciones, las entidades de certificación mantienen un registro y estampado cronológico en la transmisión y recepción de los mensajes de datos, lo que permite verificar que un mensaje de datos ha sido efectivamente enviado por su emisor y recibido por su destinatario.

Un certificado emitido por una entidad de certificación autorizada, además de estar firmado digitalmente por ésta, debe contener los datos siguientes:

- a) Nombre, dirección y domicilio del suscriptor.
- b) Identificación del suscriptor nombrado en el certificado.
- c) El nombre, la dirección y el lugar donde realiza actividades la entidad de certificación.
- d) La clave pública del usuario.
- e) La metodología para verificar la firma digital del suscriptor impuesta en el mensaje de datos.
- f) El número de serie del certificado.
- g) Fecha de emisión y expiración del certificado.

5.2. Definición

Un certificado digital, es un documento digital mediante el cual un tercero confiable (una autoridad de certificación) garantiza la vinculación entre la identidad de un sujeto o entidad y su clave pública.

Si bien existen variados formatos para certificados digitales, los más comúnmente empleados se rigen por el estándar UIT-T X.509. El certificado contiene usualmente el nombre de la entidad certificada, número de serie, fecha de expiración, una copia de la clave pública del titular del certificado (utilizada para la verificación de su firma digital) y la firma digital de la autoridad emisora del certificado, de forma que el receptor pueda verificar que esta última ha establecido realmente la asociación.

5.3. Emisores de certificados

Cualquier individuo o institución puede generar un certificado digital, pero si éste emisor no es reconocido por quienes interactúen con el propietario del certificado, el valor del mismo es prácticamente nulo. Por ello los emisores deben acreditarse: así se denomina al proceso por el cual entidades reconocidas, generalmente públicas, otorgan validez a la institución certificadora, de forma que su firma pueda ser reconocida como fiable, transmitiendo esa fiabilidad a los certificados emitidos por la citada institución.

La mayoría de los emisores tiene fines comerciales, y otros, gracias al sistema de anillo de confianza, pueden otorgar gratuitamente certificados en todo el mundo, tales como:

- a) Cacert.org, emisor administrado por la comunidad con base legal en Australia.
- b) Thawte, sólo para certificados personales. Emisor propiedad de Verisign.

Pero para que un certificado digital tenga validez legal, el prestador de servicios de certificación, debe acreditarse en cada país de acuerdo a la normativa que cada uno defina.

Los encargados de autorizar la creación de una autoridad de certificación o prestador de servicios de certificación de algunos países son:

- a) En Guatemala, la Superintendencia de Administración Tributaria (SAT), el Registro General de la Propiedad, el Registro Mercantil y el Archivo General de Protocolos.
- b) En Chile, el Ministerio de Economía.
- c) En España: la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, la Agencia Catalana de Certificación de la Comunidad y Autoridad de Certificación de la Comunidad Valenciana.
- d) En Venezuela, la SUSCERTE-MCT (Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica)

- e) En Perú, el INDECOPI (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual)
- f) En la República Dominicana el Indotel (Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones)
- g) En Colombia, Certicámara (Sociedad Cameral de Certificación Digital Certicámara, S.A.)
- h) En México, la Secretaría de Economía.

Finalmente, podemos indicar que en Guatemala, es necesaria la implementación de entidades de certificación, sean éstas de carácter privado o estatal, ya que ambas servirán como mecanismos facilitadores para ciertas operaciones o actividades de comercio que se realicen, utilizando la tecnología de internet, para darle certeza jurídica no sólo a una firma electrónica sino también a los actos o contratos celebrados entre particulares y que en la mayoría de casos son autorizados por un notario en ejercicio de su función.

CONCLUSIONES

1. Debido al alto grado de criminalidad y diversas formas de delinquir, el notario en su función autenticadora no tiene medios para comprobar que las partes contratantes sean efectivamente los titulares de algún derecho, cuando le presentan los documentos de identificación personal.
2. La falta de iniciativa del notario y muchas veces por negligencia del mismo, la función del notario se ve afectada, pues éste no cuenta con sistemas electrónicos modernos para trabajar y así asesorar mejor a sus clientes.
3. En Guatemala, muchos notarios no se actualizan jurídica ni intelectualmente y por lo mismo se dan muchos casos de falsificación de firmas en los instrumentos públicos, por ejemplo en la compraventa de bienes inmuebles o actas de legalización de firma.
4. La tecnología de internet, todavía no es conocida y puesta en práctica por gran cantidad de personas particulares, contándose dentro de éstas algunos notarios que aún utilizan máquinas de escribir mecánicas.
5. La firma digital, es considerada una herramienta que garantiza la certeza jurídica a las personas que han registrado dicha firma ante un registro público.

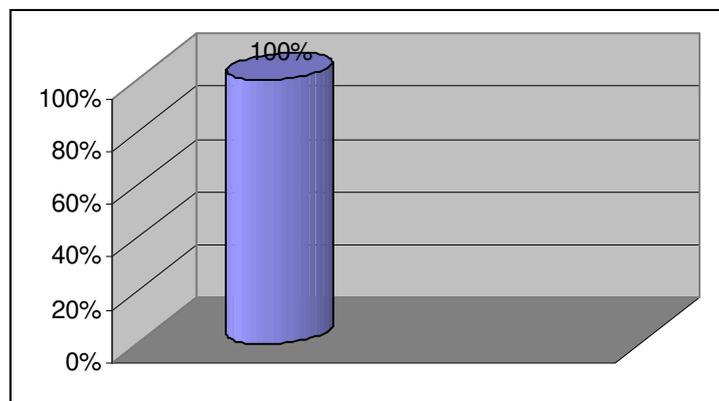
RECOMENDACIONES

1. El Registro de la Propiedad Inmueble debe implementar un sistema de seguridad de impresión digital, para que los notarios tengan acceso y verifiquen efectivamente quienes son los verdaderos titulares de un derecho.
2. La tecnología de internet es un medio seguro y práctico, que los notarios pueden utilizar en ciertas operaciones y actividades que realizan, por lo cual es necesario que todo notario se actualice con dicho sistema.
3. El Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, debe realizar curso de capacitación sobre sistemas electrónicos modernos y sobre la firma electrónica, para que sus agremiados estén al día con la tecnología y así utilizar instrumentos más seguros.
4. Es necesario que las autoridades de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, incluir en el pensum de estudios un curso de contratos electrónicos y sistemas seguros de verificación de firmas.
5. El Estado de Guatemala debe crear entidades de certificación, con mecanismos que faciliten y den certeza jurídica no sólo a una firma electrónica sino también a todos los actos o contratos que son autorizados por un notario.

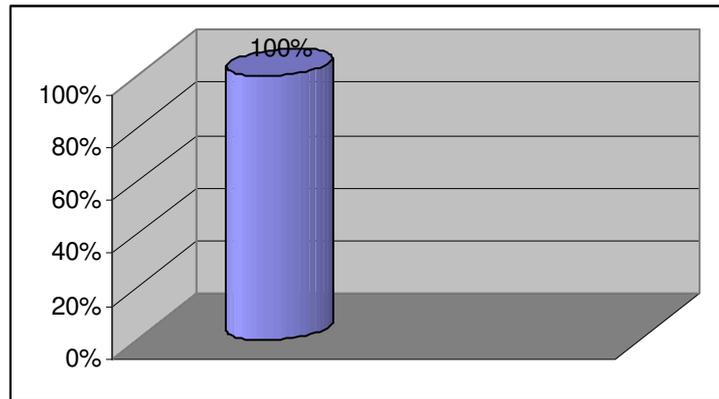
ANEXO

ANÁLISIS Y RESULTADOS DEL TRABAJO DE CAMPO

1. ¿Qué entiende usted como firma electrónica?

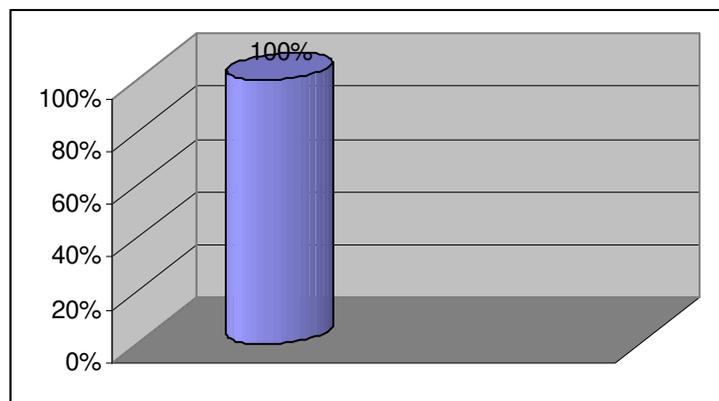


El cien por ciento de los notarios entrevistados indicó que se considera la firma electrónica como los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, adjuntados o lógicamente asociados al mismo por cualquier tecnología, utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos.

2. ¿Para usted la firma electrónica ofrece seguridad jurídica?

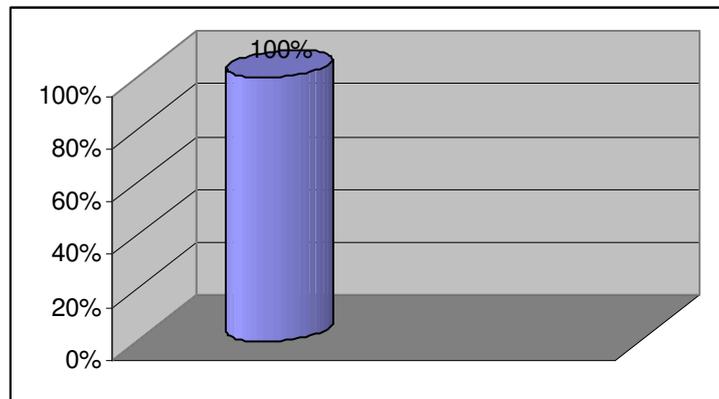
El cien por ciento, de los profesionales del derecho entrevistados indicaron que efectivamente, la seguridad jurídica está garantizada a través de una firma electrónica, ya que no existe ninguna posibilidad de alteración de la misma.

3. ¿Considera que la función notarial se fortalecería con la implementación de entidades de certificación notarial?



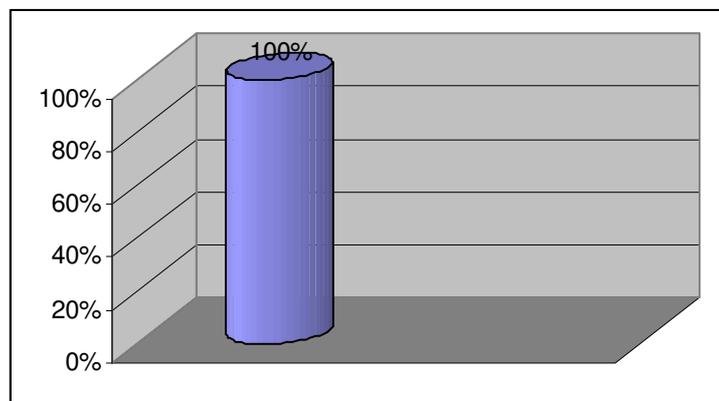
El cien por ciento de los notarios, indicaron que los cambios tecnológicos son para facilitar la fluidez de actos y contratos; por lo tanto, el notario y el notariado se fortalecerían con la implementación de la firma electrónica.

4. ¿Es necesario incluir en el Código de Notariado la existencia de entidades notariales de certificación?



El cien por ciento de los notarios entrevistados, establecieron que sé es necesario reformar el Código de Notariado, en el sentido de incluir instituciones de certificación notarial, ya que esto garantiza que a través de una disposición legal se pueda solicitar información de datos a través del sistema electrónico.

5. ¿Considera oportuno la creación de una ley que regule la firma electrónica en Guatemala?



El cien por ciento de los profesionales entrevistados, manifestó que si es necesario regular todos los aspectos de la función notarial que puedan ser usados a través del sistema informático, principalmente la firma electrónica.

BIBLIOGRAFÍA

- ARGENTINO, Neri. **Ciencia y arte notarial**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Idea, 1980.
- ARGENTINO, Neri. **Tratado teórico y práctico de derecho notarial**. 2ª. Edición. Buenos Aires, Argentina: Editorial La Palma, 1980.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1977.
- CARRAL Y DE TERESA, Luis. **Derecho notarial y derecho registral**. México: Editorial Porrúa, 1970.
- CASTÁN TOBEÑAS, José. **Función notarial y Elaboración notarial del derecho**. Madrid, España: Editorial Reus, 1946.
- CARNEIRO, José. **Derecho notarial**. Perú: Editorial Edinaf, 1988.
- FERNÁNDEZ CASADO, Miguel. **Tratado de notarial**. Madrid, España: Editorial Nauta, S.A., 1976.
- GONZÁLEZ, Carlos Emérito. **Derecho notarial**. Buenos Aires, Argentina: Editorial La Ley S.A., 1971
- GONZÁLEZ PALOMINO, José. **Instituciones del derecho notarial**. Madrid, España: Editorial Reus, 1948.
- GIMÉNEZ ARNAÚ, Enrique. **Derecho notarial**. España: Editorial Universidad de Navarra, S.A., 1976.
- GIMÉNEZ ARNAÚ, Enrique. **Introducción al derecho notarial**. Madrid, España: Editorial Revista de Derecho Privado, 1964.
- Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial. **Forma de los instrumentos públicos**. Guatemala: (s.e.), 1985.
- LARRAUD, Rufino. **Curso de Derecho notarial**. Buenos Aires, Argentina: Ediciones De Palma, 1966.

- LUJÁN MUÑOZ, Jorge. **Los escribanos en las Indias Occidentales**. México: Editorial Instituto de Estudios y Documentos Históricos, 1982.
- MARTÍNEZ SEGOVIA. **La función notarial**. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.
- MUÑOZ, Nery Roberto. **Introducción al estudio del derecho notarial**. Guatemala: Editorial Universitaria, 1987.
- NAVARRO AZPEITIA, F. **Actas de notoriedad, academia del notariado**. Madrid, España: Editorial Nauta, S.A., 1945.
- OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1974.
- PAZ-ARES, Cándido. **El sistema notarial**. Madrid, España: Colegios Notariales de España, 1995.
- PONDÉ, Eduardo Bautista. **Origen e historia del notariado**. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma 1967.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. **Derecho notarial**. México: Editorial Porrúa, 1983.
- RAMÍREZ GRONDA, Juan. **Diccionario jurídico**. Buenos Aires: Editorial Claridad, 1965.
- SALAS, Oscar A. **Derecho notarial de Centro América y Panamá**. Costa Rica: Editorial Costa Rica, 1973.
- SALAS MARRERO, Oscar y Rubén Hernández Valle. **Apuntes de derecho notarial**. Costa Rica. Editorial Costa rica, 1971. Pág. 6
- YANES, Antonio Rafael. **Conceptos Generales sobre el notariado y su origen en Venezuela**. Guatemala: Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial, Publicación No. 10, 1972.

Legislación:

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

Código Civil. Enrique Peralta Azurdía, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto-Ley 106, 1963.

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdía, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Decreto-Ley 107, 1963.

Código de Notariado. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 314, 1996.

Código Procesal Penal. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 51-92, 1992.