

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



**EL NOTARIO GUATEMALTECO Y LAS TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN Y
COMUNICACIÓN**

GABRIELA MARÍA SANTIZO MAZARIEGOS

GUATEMALA, MARZO DE 2011

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

**EL NOTARIO GUATEMALTECO Y LAS TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN Y
COMUNICACIÓN**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

GABRIELA MARÍA SANTIZO MAZARIEGOS

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, marzo de 2011

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. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V: Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortíz Orellana

TRIBUNAL QUE PRÁCTICO
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL

Primera Fase:

Presidente: Lic. Marco Tulio Escobar Herrera
Vocal: Lic. Edgardo Enrique Enríquez Cabrera
Secretario: Lic. Emilio Gutiérrez Cambranes

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Rodolfo Giovani Celis López
Vocal: Lic. Pedro José Luis Marroquín Chinchilla
Secretario: Lic. Héctor David España Pineta

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 del Examen General y Público).



Lic. Luis Felipe Lepe Monterroso

5 avenida 5-20 Zona 2, Teléfono 2232-3083
Colegiado 8233



Licenciado **Marco Tulio Castillo Lutín**
Jefe de la Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.

Como asesor de la Bachiller **GABRIELA MARÍA SANTIZO MAZARIEGOS**, en la elaboración del trabajo titulado: **“El Notario guatemalteco y las tecnologías de información y comunicación”**, con base al Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, me complace manifestarle que contiene: cuatro capítulos: el primero, contiene lo relacionado al Notario, sus antecedentes, sistemas notariales, el Notario latino la función notarial y la fe pública; el segundo, desarrolla el Instrumento público; en el tercero se explica lo relativo a las tecnologías de información y comunicación (TIC) sus ventajas y desventajas, especialmente relacionado con el quehacer notarial y su aplicación en Guatemala; el cuarto, contiene la participación del notario en el mundo de las transacciones jurídicas electrónicas, lo que constituye un fenómeno no sólo tecnológico sino sociocultural; de esto deviene que el notario como protector y garante de la seguridad jurídica cumple un rol estratégico en la sociedad, dotando de certeza las relaciones entre los particulares al brindarles asesoría técnico-legal y ajustar su voluntad a lo establecido en las leyes.

La contribución científica que se hace con el estudio de mérito, consiste en que la participación del notario en el mundo de las transacciones jurídicas electrónicas, constituye un fenómeno no sólo tecnológico sino sociocultural, de esto deviene que el notario como protector y garante de la seguridad jurídica cumple un rol estratégico en la sociedad, dotando de certeza las relaciones entre los particulares al brindarles asesoría técnico-legal y ajustar su voluntad a lo establecido en las leyes.



La principal conclusión para la autora del trabajo es precisamente la problemática esbozada anteriormente; y, en consecuencia la principal recomendación consiste en la necesidad de que el notario en su función como garante de la voluntad de las partes y fedatario, evolucione con la sociedad misma y se actualice en relación a las nuevas tecnologías de la información y comunicación.

Los principales métodos de investigación empleados por la sustentante son: el deductivo, el inductivo, el analítico y el sintético. El primero se aplicó para la exposición de los temas de lo general a lo particular. El segundo, para establecer las generalizaciones adecuadas a las conclusiones del trabajo. El método analítico para el estudio de los diferentes subtemas en que se compone el tema. Y el sintético para poder recomponer las clasificaciones en un todo.

He guiado personalmente al sustentante durante todas las etapas del proceso de investigación científica, aplicando los métodos y técnicas apropiadas para resolver la problemática mencionada; con lo cual comprueba la hipótesis planteada conforme a la proyección científica de la investigación. Considero que el presente informe final de la investigación o tesis es una aportación científica teórica o práctica, que servirá de consulta a profesionales y estudiantes de nuestra casa de estudios, así como contribución concreta al estudio y solución de los problemas nacionales.

El trabajo de tesis en cuestión, reúne los requisitos legales prescritos, razón por la cual, emito **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de que el mismo pueda continuar el trámite correspondiente, para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente,

Lic. Luis Felipe Lape Montemayor
Abogado y Notario

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, dieciséis de junio de dos mil diez.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) HÉCTOR RENÉ GRANADOS FIGUEROA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante GABRIELA MARÍA SANTIZO MAZARIEGOS, Intitulado: "EL NOTARIO GUATEMALTECO Y LAS TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN".

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. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
MTCL/sllh.

Licenciado
Héctor René Granados Figueroa

Colegiado 5824

Callezada 15-13 zona 1, oficina 81 número 8
Teléfono 22209378



Guatemala 16 de julio de 2010

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.



Licenciado Castillo Lutín:

Conforme al nombramiento de fecha 16 de junio de 2010, procedí a revisar el trabajo de tesis de la bachiller Gabriela María Santizo Mazariegos, intitulado: "EL NOTARIO GUATEMALTECO Y LAS TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN" después de la revisión encomendada me es grato manifestarle que:

- a. El trabajo establece un desarrollo científico y técnico, donde determina el reconocimiento de las tecnologías de información y comunicación más recientes, los cambios y revolución que han ocasionado en la sociedad guatemalteca, así como el avance de las leyes en esta materia.
- b. Se utilizaron los siguientes métodos de investigación: analítico; sintético; inductivo y deductivo. Las técnicas que se emplearon fueron la documental y las fichas bibliográficas, con las cuales se recolectó ordenadamente la información bibliográfica necesaria actualizada y relacionada con el tema.
- c. La redacción utilizada para el desarrollo del trabajo de tesis es muy clara, donde la ponente explica el desarrollo y aplicación de los avances y fenómenos informáticos, en el cual explica que es un hecho innegable en el progreso de las tecnologías de información y comunicación, y se ha extendido con mucho las expectativas más



Licenciado

Héctor René Granados Figueroa

Colegiado 5884

7 avenida 13-13 zona 1, oficina 61 número 6

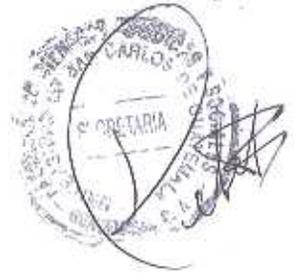
Teléfono 22209378

ambiciosas, pero sobre todo ha propuesto principalmente para la actualización del notario diferentes técnicas de información y comunicación, con el fin de dar a esta profesión de una manera rápida y sencilla, la certeza, legitimidad y seguridad jurídica.

- d. En las conclusiones la autora se refiera al inicio del notariado y a la evolución que ha surgido con el transcurso del tiempo, así como a la necesidad de empezar a utilizar el instrumento público para dar certeza jurídica a cada acto realizado desde tiempos remotos, y las técnicas utilizadas en la época actual, que han contribuido a un desarrollo eficaz dentro de los registros públicos y facilidades notariales.
- e. La bibliografía empleada tiene relación directa con los capítulos y con las citas bibliográficas de la tesis.

Con motivo de lo anotado la tesis reúne efectivamente los requisitos legales que establece el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y el Examen General Público, por lo cual emito DICTAMEN FAVORABLE, para que pueda continuar con el trámite correspondiente, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Héctor René Granados Figueroa
ABOGADO Y NOTARIO



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veinticuatro de enero del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante GABRIELA MARÍA SANTIZO MAZARIEGOS, Titulado EL NOTARIO GUATEMALTECO Y LAS TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN. 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/slh.



DEDICATORIA

A DIOS TODO PODEROSO: Que me permite vivir un nuevo día y me brinda la sabiduría y fortaleza, por guiarme en cada etapa para poder alcanzar mis metas.

A MIS PADRES: Julio Antonio Santizo y Zoila Elvira Mazariegos, quienes me dieron la vida, por su sacrificio, ejemplo y amor. Por sus consejos y su apoyo en los momentos más difíciles de mi vida. Los amo.

A MIS HERMANOS: Augusto Antonio y Julio Fernando, por su amor y apoyo incondicional.

A MIS ABUELOS: Zoila Aceituno por su cariño y paciencia, Julio Mazariegos (Q.E.P.D), Everarda Aroche (Q.E.P.D), Alberto Santizo (Q.E.P.D).

A MIS TÍOS: Sandra Cecilia, Magdalena, Gloria, Marta, Carmen, Silvia, Oscar por sus consejos y cariño, y Julio (Q.E.P.D) por ser mi segundo papá, no estás físicamente con nosotros pero siempre estarás en nuestro corazón.

A MIS PRIMOS:

Julio Alejandro, Andrea Noemí, Carlos Ramón, Sandra María, Wendy Sarai, Luis Alberto, Brenda Judith, Janethe Marínela, Mildred Nineth, Mynor y Rudy, por su afecto y ayuda.

A MIS SOBRINOS:

Valvery, Cindy, Elizabeth, Marco, Dulce, Zayda, María, Christian, Ervin, Denilson, Kimberly, Rosario, Omar, Lucía, Douglas, Veralyn y Alba María, para que su camino esté lleno de éxito y sabiduría.

A MIS AMIGOS Y AMIGAS:

Jonathan Hernández, por tu apoyo y amistad. Ingrid Ramas, Ruth Cifuentes, Andrea Jáuregui, Dassia Rivera, Marco Villatoro, Asdrúbal Aquino, Pamela de León, Gustavo Ciraiz, Mario León, Flavio Montúfar, Jonathan Jiménez, Cecilia Santizo, Claudia Abril, Ana Lucía Recinos, Fernando Chacón, Josué Pinto, Julio Morales, Antonio Solares, Sandra Reyes, Rodrigo Chinchilla, Silvia Jiménez, Mónica Carias, Julio Regalado, Guadalupe Hernández, Tomas Herrera, Jeanethe Torres, Carmen Reyes, Romelia Valle, Frans López, Gerardo Guerra, Julio Barrera, Julio Galindo, Mario Cáceres, Heidy Franco, Josué Rodas, Ingrid Castellanos, Alejandra Ardón, Rita García, Andrea Solórzano, por su amistad incondicional.

A LOS PROFESIONALES:

Lic. Bonerge Amilcar Mejía, Lic. Luis Felipe Lepe, Lic. Héctor René Granados, Licda. Mariela Hernández, M.A William López, Lic. Axel Valvert, Lic. Avidán

Ortíz, Lic. Erick Huitz, Lic. Erick Santiago, Lic. César Gálvez, Lic. William Díaz, Lic. Mario Gordillo, Lic. Carlos Castro, Licda. Ericka Aquino, Lic. Giovani Celis, Licda. María Lucrecia Morales, Licda. Rosario Gil, Licda. Carolina Godoy, Licda. Ana María Artola, Licda. Lírca Fuentes, Licda. Glenda Zamora, Lic. Landelino Franco, Licda. Mariana Donis, Lic. Víctor Monterroso, Licda. Iris Gutiérrez, Lic. Alejandro García, Lic. Fernando López, Licda. Ileana Valdez, Licda. Glenda Cifuentes, Licda. Patricia Salazar, Licda. Euda Muñoz.

A LAS FAMILIAS:

Ramas Chiroy, Cifuentes Zea, Hernández Fuentes.

A MIS PROFESORES:

Isabel Díaz de Molina, Zurama de Magaña, Herberth Mazariegos, Carlos Aguilar, Susana Bojorquez, Rodolfo Parada, Cristina Cruz, Patricia Peralta, por contribuir a mi formación.

A MI UNIVERSIDAD:

A la gloriosa y tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, por haberme albergado durante los años de estudio; universidad del pueblo a la cual me siento orgullosa de pertenecer.

A MI FACULTAD:

De Ciencias Jurídicas y Sociales; fuente inagotable de sabiduría, a la que debo mi formación académica.

A MI PATRIA GUATEMALA: Que me vio nacer, y a quien me debo como profesional.

AL GRUPO PODER: Que me abrió sus puertas y me permitió conocer a todo un equipo de estudiantes y profesionales quienes me brindaron su cariño y amistad.

	Pág
1.4.1.11. Conoce, tramita y resuelve algunos asuntos de jurisdicción voluntaria.....	25
1.4.2. Funciones que desarrolla el notario guatemalteco.....	26
1.4.2.1. Receptiva y directiva.....	26
1.4.2.2. Legitimadora.....	27
1.4.2.3. Modeladora.....	27
1.4.2.4. Preventiva.....	27
1.4.3. Autenticadora.....	28
1.4.4. Finalidades de la función notarial.....	29
1.4.5. Seguridad.....	29
1.4.6. Valor.....	30
1.4.7. Permanencia.....	30
1.4.8. Características de la función notarial.....	31
1.4.9. Otras definiciones de notario.....	33
1.4.10. La función notarial como actividad.....	36
1.4.11. Encuadramiento de la actividad del notario.....	37
1.5. La fe pública.....	38
1.5.1. Clases de fe pública.....	39
1.5.1.1. Fe pública judicial.....	39
1.5.1.2. Fe pública administrativa.....	41
1.5.1.3. Fe pública legislativa.....	42
1.5.1.4. Fe pública registral.....	43
1.5.1.5. Fe pública notarial.....	45

CAPÍTULO II

2. El instrumento público.....	47
2.1. Definición.....	47
2.2. Clases de instrumento público.....	48
2.2.1. Principales.....	48

	Pág
2.2.2. Secundarios.....	49
2.3. Características del instrumento público.....	50
2.3.1. Fecha cierta.....	51
2.3.2. Garantía.....	51
2.3.3. Credibilidad.....	51
2.3.4. Firmeza.....	52
2.3.5. Irrevocabilidad.....	52
2.3.6. Inapelabilidad.....	52
2.3.7. Ejecutoriedad.....	53
2.3.8. Seguridad.....	53
2.4. Fines del instrumento público.....	53
2.4.1. Perpetuar los hechos y las manifestaciones de voluntad.....	53
2.4.2. Servir de prueba en juicio y fuera de él.....	54
2.4.3. Valor jurídico del instrumento público.....	54
2.4.4. Régimen legal de validez del instrumento público.....	55
2.5. Eficacia del instrumento público.....	56
2.6. Impugnación del instrumento público.....	56
2.6.1. Por nulidad del instrumento.....	56
2.6.2. Falsedad.....	58

CAPÍTULO III

3. Las Tecnologías de Información y Comunicación (TIC).....	61
3.1. Antecedentes.....	61
3.2. Definición.....	62
3.3. Características.....	63
3.4. Ventajas y desventajas de las tecnologías de información y comunicación	64
3.5. Objetivos.....	68
3.6. Las tecnologías de información y comunicación en el quehacer notarial..	69

	Pág
3.6.1. El quehacer notarial.....	70
3.7. Aplicación de las tecnologías de información y comunicación en Guatemala.....	72
3.7.1. BancaSAT.....	73
3.7.2. Registro Mercantil.....	76
3.7.3. Registro Electrónico de Poderes.....	78

CAPÍTULO IV

4. Participación del notario en el mundo de las transacciones jurídicas electrónicas.....	81
4.1. La utilización de las tecnologías de información y comunicación en la función notarial.....	81
4.2. El cibernotario.....	84
4.3. La fe pública informática.....	87
4.4. La firma electrónica.....	88
4.4.1. Sujetos.....	90
4.4.2. Clases de firmas electrónicas.....	91
4.4.3. Criptografía.....	91
4.4.4. Certificación.....	93
4.4.5. Fase previa para usar la firma electrónica.....	93
4.5. Protocolo electrónico (según legislación mexicana).....	94
4.6. Análisis de la regulación legal de las tecnologías de información y comunicación en Guatemala.....	98
CONCLUSIONES.....	103
RECOMENDACIONES.....	105
BIBLIOGRAFÍA.....	107

INTRODUCCIÓN

Ante la revolución tecnológica el derecho como ente regulador de la vida social enfrenta nuevos retos, marcados por la existencia de nuevas relaciones sociales que inciden directa e indirectamente en sus diferentes ramas, principios e instituciones y que demandan respuestas inmediatas para evitar anomalías; dotando así de confianza y seguridad las relaciones entre los usuarios.

En este contexto el notario, ante el impacto tecnológico de la informática y las telecomunicaciones en su actividad tradicional constituye un tema polémico; la búsqueda de soluciones para agilizar, facilitar y dar certeza jurídica a los actos que el notario autoriza, es indispensable para participar en la nueva era tecnológica, utilizando nuevos métodos de información y comunicación. Por ello el objetivo de este informe es brindar un acercamiento a algunas de las cuestiones que suscitan inquietudes y requieren profundización en su estudio.

Se trata de definir cómo ha de participar el notario en el mundo de las transacciones jurídicas electrónicas y cuáles serán las nuevas exigencias para desarrollar su profesión en este mundo.

El cibernetario como solución anglosajona cuyo rol será el de combinar experiencia legal y técnica en una sola especialización y cuyos miembros ejercerán funciones distintas pero complementarias, entre el sistema de Common Law y las jurisdicciones

basadas en el sistema del Notariado Latino, deberá constituir una figura que prometa dar respuesta a los retos que la tecnología, como medio de exteriorización de la voluntad en las relaciones interpersonales, impone al derecho y que supone la celebración de contratos entre ausentes perfeccionados electrónicamente.

La presente investigación consta de cinco capítulos, siendo el primero sobre el notario, sus antecedentes, sistemas notariales, el notario latino, la función notarial, la fe pública que es otorgada por delegación del Estado; el segundo, se refiere al instrumento público, definición y clases del mismo, funciones, régimen legal de validez, ineficacia y la impugnación; el tercero, sobre las tecnologías de información y comunicación (TIC), características, ventajas y desventajas y su aplicación en Guatemala; el cuarto, sobre la participación del notario en el mundo de las transacciones jurídicas electrónicas, las nuevas figuras dentro de la informática jurídica como lo son el cibernotario, el protocolo electrónico y su utilización en la función notarial y la regulación legal de las TIC en Guatemala.

En la presente investigación se utilizaron los métodos analítico, sintético, deductivo e inductivo, que permitieron el análisis general sobre las tecnologías de información y comunicación y la función del notario guatemalteco en el ámbito jurídico .

La técnica de investigación utilizada fue la documental y bibliográfica, constituyendo así una investigación científica jurídica.

CAPÍTULO I

1. El notario

1.1. Antecedentes del notario

El notariado en sus inicios no se consideraba como figura jurídica, de tal modo que ni siquiera contaba con fe pública; ésta la adquirió a través del tiempo y por meras necesidades. Quienes ejercían esta función eran consideradas como personas que eran capaces de leer y escribir y que auxiliaban al rey o a algún funcionario de un pueblo para redactar textos.

Los notarios en la antigüedad no eran conocidos con ese nombre, sino por el de escribas. La función del notario tuvo gran relevancia principalmente en dos pueblos, el hebreo y el egipcio; que era en donde se les conocía con el nombre de escribas.

Por lo general, los reyes y funcionarios públicos del pueblo hebreo no sabían leer y escribir, es por esta razón que se auxiliaban de los escribas para realizar sus funciones.

Esta función fue colocándose paulatinamente dentro de las funciones de la administración pública de ese pueblo, lo cual es el antecedente más remoto de las funciones notariales que conocemos actualmente.

En el pueblo hebreo se conocieron varias clases de escribas, de los que suele afirmarse que ejercían fe pública; sin embargo, no la ejercían de propia autoridad, sino que ésta dependía de la persona de quien el escriba dependía. Tal parece que la razón principal por la cual eran requeridos sus servicios era por sus simples conocimientos caligráficos, y no tanto por su sapiencia o necesidad de establecer una formalidad jurídica; por tal razón, no se considera al escriba hebreo como un verdadero notario.

En sentido estricto, lo que daba eficacia a los actos era el testimonio que realizaban los escribas.

Lo anterior denota que las funciones fundamentales del escriba y el notario actual tienen gran parecido; ya que ambos redactan actos jurídicos y les dan la notoriedad oficial que la organización en que viven les permite. En el caso del pueblo egipcio, la función del escriba era similar a la del pueblo hebreo; sin embargo, el escriba egipcio además de saber leer y escribir, era denominado el consejero del faraón, el sacerdote, como también lo eran el magistrado, el funcionario y el doctor.

Cabe mencionar que entre los egipcios prevaleció el registrador sobre el escriba, en cambio con los hebreos, este último fue el que se impuso sobre el primero. Con relación a los sacerdotes, los escribas tenían un carácter semejante al del notario profesional, el cual se encargaba de redactar correctamente los contratos; pero éstos se auxiliaban a su vez del magistrado, el cual autenticaba los actos que realizaba el escriba sacerdote, lo hacía a través de la imposición del sello del magistrado, en virtud

de lo cual al documento que era hasta entonces privado, se le daba el carácter de público. Debido a que el papiro egipcio es lo más parecido a nuestro papel; más aún que el ladrillo babilónico o la tabla encerada romana, se considera como el antecedente más antiguo de la forma de nuestros documentos.

El escriba egipcio fue fundamentalmente un funcionario burocrático, indispensable en la organización en que la administración se apoyaba en los textos escritos.

1.1.1. Egipto

Puede decirse que en la sociedad típicamente clasista de los faraones, en las civilizaciones del Nilo, los escribas fueron los únicos que, provenientes de las clases plebeyas, desheredadas, consiguieron, merced a su oficio, elevarse un poco sobre la mísera condición de sus semejantes; sabido es que en el Egipto las clases inferiores, las no privilegiadas, vivieron en el sometimiento y la esclavitud, sobrellevando una existencia dura.

El conocimiento que los escribas tenían de la escritura y de los números, logrado a base de inteligencia y pacientes estudios, los tornaba útiles, acercándolos necesariamente a las clases superiores y ganándoles privilegios y consideraciones. La escritura egipcia, era difícil y para dominarla se necesitaban pacientes estudios y larga práctica, realizándose el aprendizaje en los templos, al lado de los sacerdotes, casta muy privilegiada que hacía de intermediaria entre los hombres y los dioses.

El escriba sabía leer, llevar cuentas y escribir. Se le encontraba en todas partes, al servicio del rico particular, ya en el establecimiento del comerciante, ya en las granjas, ya en los palacios del faraón; era contraamaestre o ingeniero, recaudador de contribuciones, sacerdote o general, y por lo regular le acompañaban negros armados de varas de palmera, que hacían ejecutar sus órdenes.

Los escribas en el Egipto no constituían una clase social, como erróneamente afirman algunos autores, pues los había de todo nivel social, tanto de la nobleza como del pueblo pero indudablemente ser escriba era el único medio para elevarse socialmente.

En conclusión, en la civilización egipcia el escriba era una especie de delegado de los colegios sacerdotales que tenía a su cargo la redacción de los contratos.

1.1.2. Hebreos

El escriba entre los hebreos tiene el carácter de doctor e intérprete de la ley. Como maestro de la ley mosaica, tuvo a la vez una misión religiosa así como la de los oficiales públicos. Varios autores concuerdan que el primer escriba fue Esdras.

En este pueblo tan impregnado del sentido religioso, resulta casi imposible distinguir entre la ley civil y el precepto teológico. En la ley mosaica a los escribas se les denominaba sofer (escribir). Como en Egipto, en un comienzo tuvieron funciones de

secretarios y actuarios, administradores de reparticiones públicas, instructores del ejército y otras funciones delicadas.

Los judíos conocieron tres clases de escribas: 1. Los de la ley: cuyas decisiones recibían con respeto; 2. Los del pueblo: que eran los magistrados de éste; y 3. Los comunes: que ejercían funciones notariales o de secretarios del sanhedrin.

En Palestina la función primordial del escriba es la interpretación de la ley por medio de los libros sagrados. Según se decía, el que olvida un precepto enseñado por un escriba, debe perder la vida.

Los escribas del rey, tenían como fin principal autenticar los actos del rey; los escribas de la ley, debían interpretar los textos legales; los escribas del pueblo prestaban su ministerio a los ciudadanos que lo requerían redactando las convenciones entre particulares; y los escribas del Estado ejercían las funciones de secretarios del Consejo de Estado, de los tribunales y de todos los establecimientos públicos.

1.1.3. Grecia

En Grecia, no hubo propiamente escribas, pero por la similitud de algunas de las funciones, puede decirse que hicieron sus veces aunque sin el sentido religioso. Los logógrafos (de logo: palabra, y grafo: grabar, escribir), hacían los discursos y alegatos

ante los tribunales; escribían asimismo todos los documentos y datos que les solicitaba el público

Aristóteles en el año 360 a.C. ya hablaba de los oficiales encargados de redactar los controles a quienes consideraba necesarios en una ciudad bien organizada.

La función notarial predominó sobre la registradora, a diferencia de lo que sucedía en Roma. En Grecia los notarios asumieron directamente la función registradora, tanto para los contratos celebrados entre particulares, como para las convenciones internacionales. En este pueblo existieron oficiales públicos encargados de redactar los documentos de los ciudadanos, estos oficiales públicos eran los notarios, los cuales tenían diferentes denominaciones, las cuales eran: apógraphos o singraphos, a veces eran llamados mnemones o promnemones, todos estos nombres eran alusivos a la función escrituraria o a la recordación y constancia de los hechos que la requerían.

Los singraphos eran considerados como verdaderos notarios, cuya principal función consistía en llevar un registro público. Estos sujetos eran muy comunes en la ciudad de Atenas, en la cual no se otorgaba contrato alguno si no se inscribía en registro público llevado por ellos. Cada tribu contaba con dos de ellos, los cuales estaban más circunscritos a la familia o gentilicio y gozaban de grandes consideraciones y honores.

Los mnemon, promnemon o también conocidos como sympromnemon, se consideraban como los representantes de los precedentes griegos del notario; ya que

se encargaban de formalizar y registrar los tratos públicos y las convenciones y contratos privados.

1.1.4. Roma

Cabe mencionar que el pueblo romano en la antigüedad tuvo un gran desarrollo en lo que a derecho se refiere; a tal grado, que creó su propio sistema jurídico, en el cual se basa el derecho actual. Tan es así, que los romanos tuvieron en su conocimiento conceptos como el de justicia expresado por Ulpiano, que para la materia que se desarrolla es de vital importancia, ya que el derecho notarial debe en todo momento dar a cada quien lo que le corresponde por derecho.

Justicia: *Constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* (la constante y perpetua voluntad de dar a cada quien lo suyo).

Las funciones notariales en su origen romano carecían de la facultad de autenticación, al amparo del poder del imperio que se confiere al pretor. A lo largo de la existencia del derecho romano hubo una multitud de personas a quienes de modo parcial estuvo encomendada la función notarial.

En Roma la función notarial estuvo atribuida y dispersa a multitud de oficiales públicos y privados, pero sin que todas las atribuciones de estas personas se reunieran en una sola.

Se conocen cuatro personas que eran las más características de la antigua Roma y ejercían funciones del tipo notarial, y eran el escriba, el notari, el tabularius y el tabellio.

1.1.5. El notario en América

Cristóbal Colón el 12 de octubre de 1492, buscando un camino más corto a las indias, accidentalmente descubre la nueva España, llamada posteriormente América, en honor del expedicionario italiano Américo Vespuccio; entre los integrantes de la expedición de Colón, se encontraba Rodrigo de Escobedo, escribano del consulado del mar encargado del diario de la expedición, donde se registraba el tráfico de mercancías, los hechos sobresalientes y la actividad de la tripulación. Rodrigo de Escobedo, se considera el primer notario público que ejerció como tal en la América.

Durante la conquista, los escribanos dejaron constancia de la fundación de ciudades, creación de instituciones, asuntos de los cabildos y de un sinnúmero de hechos relevantes para la historia de esa época.

Evidentemente las Leyes de Castilla se incorporaron rápidamente a la nueva España y no tardaron en agregarse a ellas, las de la práctica notarial, dándose el 9 de agosto de 1525, la primera escritura pública otorgada en volumen de protocolo, en la nueva España, la cual fue un mandato.

Desde 1573 se empezó a gestar la organización del notariado con la Cofradía de los Cuatro Santos Evangelistas que no fue sino hasta 1592 que se fundó oficialmente; en dicha cofradía, se impartían clases teóricas y técnicas para ejercer la escribanía, se integraba por los escribanos y sus familiares, con la finalidad de auxiliar moral y económicamente a sus cofrades o miembros, a manera de mutualidad que los apoyaba en caso de defunción

1.2. 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 la 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.

Es criterio común entre los autores que se han ocupado del estudio de 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 las notas definitorias o configuradoras del notario en cada uno de los ordenamientos que se consideran comprendidos en uno o en otro de los sistemas.

Los principales sistemas notariales en el mundo son el anglosajón y el de corte latino. Una característica importante del sistema notarial anglosajón es que el notario no es un profesional del derecho. El notario en el sistema anglosajón no tiene la facultad de expedir documentos que ofrezcan garantías jurídicas como en el sistema notarial latino. El sistema notarial latino se caracteriza por la garantía jurídica que ofrece a sus usuarios. Esta garantía se ve plasmada en los documentos que realiza el notario, los cuales significan una importante herramienta jurídica. La fe pública investida en el notario de corte latino otorga plena autenticidad a las declaraciones emitidas o hechos presenciados por un notario.

Una diferencia importante en el sistema jurídico anglosajón y el latino es que en el anglosajón los derechos de las partes se declaran ante las instancias judiciales, mientras que en el sistema latino se promueve más un sistema de prevención de conflictos judiciales.

1.3. Notario latino

Es interesante la figura del notario, porque sobre él descansa uno de los aspectos fundamentales de la institución notarial; y en su ejercicio y misión, hace cotidianamente

derecho notarial. Diariamente siente vivencias jurídicas; su pensamiento es fecundo al interpretar las relaciones que el mando moderno, en su avasallante tecnología ofrece a las relaciones humanas en lo jurídico-económico. El notario latino es: colaborador nato y calificado del poder público, con la ventaja de que no sólo aplica la norma rígida al derecho positivo sino que sabe encontrar el encuadre flexible dado por los usos y costumbres. Presta además una labor social de alcance y contenido social, mediante un deber de consejo a quienes acuden a él; de allí que lo primero que ha de hacer el notario es iniciar una serie de procedimientos, quizás de orden psíquico, tendientes a conseguir una fiel interpretación de la voluntad de las partes; pues, no se limita a recibir y transcribir, investiga la verdadera voluntad de las partes, su real intención, y recién luego las dirige hacia las formas jurídicas que correspondan, dándole a las declaraciones una redacción documental que evite cualquier oscuridad o duda.

Se evidencia mediante la autoría del documento por parte del notario, el papel que desempeña en el mundo jurídico de la vida social. Por eso al notario latino se le exige el conocimiento adecuado y científico del derecho.

Visto así el notario latino ¿cómo se le definiría desde el punto de vista jurídico?, a continuación diversas definiciones expuestas en eventos y congresos internacionales:

a) I Congreso de Buenos Aires, 1944

El notario es el profesional del derecho encargado de una función pública, consistente

en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido. En su función está comprendida la autenticación de hechos.

b) III Congreso de Perú, 1954

Los notarios son los profesionales del derecho más próximos a la vida por su situación en el punto de confluencia de las leyes y de los hombres. Esta situación les impone ser un elemento vivificante en la sociedad; en sus relaciones con quienes depositan en ellos su confianza, deben humanizar las normas jurídicas y adaptar la contratación a las necesidades de los particulares.

c) IV Congreso de Brasil, 1956

El notario latino por el hecho de estar encargado de aplicar la ley en los contratos que autoriza, actúa como un asesor de las partes en cuanto a ella; además, ante su oscuridad, sin contradicciones y sin omisiones, el está llamado a aclararla e interpretarla. El notario latino da vida a la ley y esta vida es la expresión tanto de la voluntad del legislador como de las partes. Debe saber adaptarse tanto a los casos particulares como a las situaciones creadas por la evolución económica y social del país en que actúa.

d) VII Congreso de México, 1965

Como profesional del derecho la función asesora del notario abarca todos los aspectos relacionados con el negocio que las partes le someten. El asesoramiento en materia fiscal incluso ilustra acerca de las diversas formas jurídicas que puedan resultar más adecuadas para el logro de los fines lícitos que se proponen alcanzar, conciliando los intereses de las partes en el reparto equitativo de la carga fiscal; el probable alcance del impuesto, los riesgos y dificultades que puedan resultar de una calificación diversa y las consecuencias tributarias futuras derivadas del negocio. Su actividad asesora no tiene más límites que lo lícito.

e) X Congreso de Montevideo, 1969

El notariado debe realizarse con espíritu de reafirmación en sus líneas institucionales:

- 1) de profesionales del derecho que ejerzan una función pública en su triple labor asesora, configuradora y autenticadora;
- 2) con la convicción de que la permanencia de esas líneas institucionales constituye la cumplida garantía que lo habilita del modo más idóneo para realizar la seguridad y certeza que el Estado y la sociedad le tienen confiados.

f) XI Congreso de Atenas, 1971

Reitera la necesidad de que el notario preste atención a las modificaciones vertiginosas que se operan en el mundo y a los adelantos de la técnica en cuanto puedan influir sobre su quehacer, a fin de adaptarse, en lo necesario, para prestar su función de servicio.

g) XII Congreso de Buenos Aires, 1973

La necesidad de la intervención de una persona investida de la función pública, competente e imparcial en todo tipo de contratación aun y sobre todo cuando una de las partes sea una persona u organismo público y la única persona idónea para cumplir esta función en una forma adecuada es el notario, dado que él es garantía de imparcialidad y competencia científica.

h) XIV Congreso de Guatemala, 1977

La importancia primordial del documento notarial de cuya formación el notario es protagonista, en cuanto se refiere a su estructuración formal y a su contenido jurídico, en cuya elección a los fines de la consecución de los resultados queridos por las partes, el notario concurre, cumpliendo así su propio deber de libre profesional altamente calificado como guía jurídica e informador de las partes sobre los aspectos y las consecuencias del negocio jurídico que van a realizar.

1.4. La función notarial

¿Qué es la función notarial?, en términos sencillos se puede decir que es el quehacer del notario; pero definir el quehacer del notario es más complejo; por lo tanto, en primer lugar se dará la definición de notario.

La definición más completa es la aprobada por la Unión Internacional del Notariado en el primer congreso de la unión, celebrado en Buenos Aires Argentina en 1948, la cual dice: “El notario es el profesional del derecho, encargado de una función pública, que consiste en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin, confiriéndoles autenticidad, conservando los originales de éstos y expidiendo copias que den fe de su contenido. En su función está contenida la autenticación de hechos.”¹

Cabe agregar a esa definición, un aspecto más: Está facultado para conocer, tramitar y resolver algunos asuntos no contenciosos, llamados en nuestro medio, asuntos de jurisdicción voluntaria.

1.4.1. Aspectos de la función notarial

Se abordará desde once aspectos distintos, que son los siguientes:

¹ Muñoz, Nery Roberto. **Introducción al estudio del derecho notarial**. Pág. 41

1.4.1.1. El notario es profesional del derecho

Debido a que requiere de una preparación universitaria que culmina con el título profesional de notario. El hecho de tener el título profesional lo hace eso; profesional, perito, experto en derecho, conocedor a profundidad del derecho interno y del derecho internacional.

En esto se aventaja en mucho a los países que no tienen sistema de notariado latino, porque en el sistema sajón, no se requiere tener un título profesional y cualquier persona que llena determinados requisitos puede llegar a ser notario.

En los países que llevan sistema sajón, en cualquier lugar se puede localizar un notario, en una farmacia, en una tienda, o en un quiosco en donde se venden revistas, ya que la función del notario sajón difiere mucho de la del notario latino, el notario sajón únicamente legaliza firmas en documentos que le llevan ya preparados, pero no entra a asesorar ni a preparar el documento.

En los grandes bufetes de abogados, cuentan con uno o más notarios o algunas secretarias son notarias, que lo único que hacen es firmar.

1.4.1.2. Encargado de una función pública

¿Qué es la fe pública? Se puede apreciar desde dos puntos de vista: Como la investidura que se da a todos los notarios en el momento de su graduación profesional, ya que cuando le confieren el título de notario, lo están invistiendo con fe pública, a partir de ese momento es un notario.

El Código de Notariado guatemalteco establece en el primer Artículo: “El notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte.”

Desde luego para ejercitar esa fe pública, tiene que cumplir determinados requisitos contenidos en el mismo Código de Notariado guatemalteco en el Artículo segundo, así como los relativos a la colegiación.

Desde el otro punto de vista, fe pública notarial, es la presunción legal de veracidad que tienen los hechos y actos en los cuales, en su autorización ha intervenido un notario.

Se han formulado algunas teorías para explicar la naturaleza de la función notarial, entre ellas están la funcionalista, la profesionalista, la ecléctica y la autonomista. La teoría funcionalista, dice: que el notario actúa a nombre del Estado, que algunas leyes lo definen como funcionario público investido de fe para autenticar y legitimar los actos

que requieren su intervención y que el origen mismo de la institución, sugiere que se trata de una función pública, desempeñada primeramente por funcionarios estatales y que el Estado delegó después en los notarios. Esta tesis fue generalmente admitida hasta hace pocos años (algunos países todavía la mantienen), pero después de un análisis de las principales opiniones vertidas sobre la materia se expresa que no puede negarse el carácter público de la función y 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 el interés particular, el 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.”²

Respecto a la ubicación de esa función dentro de uno de los poderes del Estado, afirma que quienes la sitúan dentro del ámbito del Poder Ejecutivo o administración del Estado, alegan que no encaja en el Poder Legislativo, encargado de dictar leyes; ni en el Poder Judicial por cuanto la función notarial no es administrar justicia entre partes contendientes. Por lo tanto, debe considerarse función propia del Poder Ejecutivo como parte de su misión de realizar el derecho, pues la función notarial hace realidad efectiva el derecho privado.

Es importante mencionar que el Código Penal guatemalteco, entre las disposiciones generales regula que los notarios serán reputados como funcionarios cuando se trate

² Salas, Oscar A. **Derecho notarial de Centroamérica y Panamá**. Pág. 96.

de delitos que cometan con ocasión o motivo de actos relativos al ejercicio de su profesión. En todo lo demás al notario no se le reputa como funcionario público.

Salas afirma que, en contraposición a la teoría funcionalista, está la teoría profesionalista, que es más reciente. “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 legal a la voluntad de las partes, lejos de ser una función pública, es un quehacer eminentemente profesional y técnico.”³

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; entendiéndose como plena fe, por ejemplo cuando los secretarios de los consejos de administración de una sociedad anónima certifican acuerdos; por lo tanto, la potestad certificante no es un atributo propio del Estado que se ejerce a nombre y en representación del poder público, sino una creación legal.

Finalmente para conciliar las dos posiciones contrarias, se crea la teoría ecléctica, criticando las anteriores por admitir la posibilidad del libre ejercicio de una función pública, sin necesidad de nombramiento, aunque está claro que en el caso del notario,

³ **Ibid.**

el título no lo convierte en funcionario, tampoco es el notario un funcionario de gestión, pues actúa dentro de la esfera de las relaciones jurídicas privadas, de la vida de los particulares.

La teoría ecléctica es la que más se adapta a Guatemala, en donde el notario es un profesional del derecho, encargado de una función pública, en donde se ejerce como una profesión liberal, en la que los particulares pagan los honorarios, no se es dependiente, no se requiere nombramiento, no se está enrolando en la administración pública, no se devenga sueldo del Estado.

Desde luego, esto no se aplica a todos los países, ya que en algunos se es nombrado y sin ese nombramiento no se puede ejercer, dichos nombramiento son o pueden ser por oposición o simplemente por nombramiento.

Para finalizar con lo de las teorías, es importante mencionar que Francisco Martínez Segovia, sostiene la teoría autonomista en la cual supone para la figura del notario una situación nueva, independiente de ambos extremos estudiados, en suma, una situación autónoma.

Esta teoría exige que el notariado se ejerza como profesión libre e independiente. El notario resulta siendo un oficial público, no funcionario, que ejerce en las normas y según los principios de la profesión libre, esto lo hace autónomo.

En resumen las teorías que tratan de explicar la naturaleza de la función notarial son: La funcionarista o funcionalista; la profesionalista o profesionista; la ecléctica; y la autonomista.

1.4.1.3. El notario recibe la voluntad de las partes

A esto se le conoce en doctrina como la actividad o función receptiva. Es cuando el notario recibe de sus clientes en términos sencillos la petición, para que les autorice un instrumento.

Y se dirá de manera sencilla, en vista de que la mayoría de clientes del notario, no conocen de derecho, y expresan con sus propias palabras qué es lo que desean. El cliente aquí es el emisor y el notario el receptor.

“Por el principio de rogación el notario no puede actuar de oficio, tiene que darse el requerimiento o rogación. Este principio está contenido en el Artículo uno del Código de Notariado guatemalteco.”⁴

1.4.1.4. El notario interpreta la voluntad de las partes

Como se mencionó antes, el notario es una persona versada en derecho, es así como él puede interpretar la voluntad de las partes. Después de recibir la solicitud de sus

⁴ Muñoz, Nery Roberto. **Ob Cit. Pág. 65**

clientes, él las interpreta, las dirige, las asesora sobre el negocio que pretenden celebrar, aconsejando sobre el particular, a esto se le conoce como función directiva o asesora.

1.4.1.5. El notario da forma legal a la voluntad de las partes

Entre las funciones o actividades, se encuentra la función modeladora, ésta se da cuando el notario está adecuando mentalmente la voluntad de las partes, a las normas que regulan el negocio que se pretende celebrar, antes de plasmarlo en un instrumento.

1.4.1.6. El notario redacta los instrumentos adecuados a ese fin

El notario modela la voluntad de las partes, cuando facciona o elabora en el protocolo el instrumento público, al desarrollar esta actividad o función modeladora le está dando forma a la voluntad de las partes, encuadrándola a las normas que regulan el negocio de las partes; y lo hace, como se dijo al redactarlo en el protocolo.

El notario tiene a su cargo un protocolo, un papel especial que le venden únicamente a él con rigurosos controles en su venta, y que de su uso es personalmente responsable el notario. En ese papel especial, redacta los instrumentos.

1.4.1.7. El notario confiere autenticidad a los instrumentos que elabora

Aquí se retoma el tema de la fe pública, al estampar su firma y sello, el notario le está dando autenticidad al instrumento elaborado; lo autoriza, se convierte en el autor del documento.

Al realizar esta función llamada autenticadora, se le da también autenticidad al acto o contrato contenido en el instrumento; por lo tanto, éstos se tendrán como ciertos y auténticos y tendrán este carácter mientras no se pruebe lo contrario. Producen fe y hacen plena prueba (Artículo 186 del Código Procesal Civil y Mercantil guatemalteco). Respecto a la firma y el sello del notario, éstos deben registrarse antes de empezar a ejercer el notariado, es una obligación contenida en el Artículo 2º, numeral 3 del Código de Notariado guatemalteco.

También dentro de las prohibiciones al notario, está el uso de firma y sello no registrados. (Artículo 77 numeral 5º del Código de Notariado). La firma y sello, se pueden cambiar y registrar cuantas veces sea necesario.

1.4.1.8. El notario conserva los originales de los instrumentos públicos

En el protocolo, que es la colección ordenada de las escrituras matrices, actas de protocolación y razones de legalización que el notario autoriza de conformidad con la ley. Artículo. 8º del Código de Notariado.

El notario está obligado a conservar en sus protocolos todas las escrituras autorizadas. De la conservación y guarda es responsable por toda su vida, hasta el momento que por mandato legal o voluntariamente los entrega al Archivo General de Protocolos y cuando fallece dicha obligación se traslada a las personas que tengan el protocolo en su poder.

1.4.1.9. Expide copias que dan fe del contenido

En la legislación guatemalteca: Testimonios o primeros testimonios, testimonios especiales y copias simples legalizadas.

Son los traslados o copias fieles de la escritura matriz, que se expiden para los instrumentos y en el caso de los testimonios especiales para el Archivo General de Protocolos de la Corte Suprema de Justicia.

En ellos se cubren los impuestos fiscales y notariales a que esté afecto el acto o contrato documentado.

Tienen la misma validez que los originales que reproducen y por medio de ello es que se ejercitan los derechos contenidos en los mismos; es decir, los testimonios son los que sirven de título, no los instrumentos originales que constan en el protocolo.

1.4.1.10. En su función está comprendida la autenticación de hechos

El notario, también está facultado para levantar (faccionar y autorizar) actas notariales, en las cuales hace constar hechos que presencia y circunstancias que le constan. (Artículo 60 Código de Notariado guatemalteco). Estos hechos y circunstancias por su naturaleza no son materia de contratos.

Así también, los notarios podrán legalizar firmas cuando sean puestas o reconocidas en su presencia. Asimismo, podrán legalizar fotocopias, fotostáticas y otras reproducciones elaboradas por procedimientos análogos, siempre que las mismas sean procesadas, copiadas o reproducidas del original, según el caso, en presencia del notario autorizante. (Artículo 54 Código de Notariado guatemalteco).

1.4.1.11. Conoce, tramita y resuelve algunos asuntos de jurisdicción voluntaria

Los asuntos no contenciosos, conocidos como de jurisdicción voluntaria, son aquellos en los cuales no existe litis, pero se requiere de una declaración o resolución para darles vida; por la inexistencia de litigio, contrario al acuerdo de voluntades, están saliendo de la esfera de los jueces, y pasando al campo de los notarios.

No obstante, los interesados tienen la opción de escoger al notario o al juez, para que le conozca y resuelva el asunto.

En otros casos no existe la opción, ya que para algunos asuntos específicos de jurisdicción voluntaria, por imperativo legal, sólo pueden tramitarse ante jueces. También, deben ser conocidos por jueces los asuntos en los que surge litis entre los interesados.

Entre los asuntos que en la actualidad pueden conocer los notarios, están: Identificación de tercero o acta de notoriedad, subastas voluntarias, procesos sucesorios, ausencias, disposición y gravamen de bienes de menores, incapaces y ausentes, reconocimiento de preñez y de parto, cambio de nombre, inscripciones y omisiones de partidas y actas del registro civil, determinación de edad, patrimonio familiar, adopción y rectificación de área.

1.4.2. Funciones que desarrolla el notario guatemalteco

En resumen se puede decir que las actividades o funciones que desarrolla el notario en su actividad profesional y que se estudiaron anteriormente son:

1.4.2.1. Receptiva y directiva

El notario es delegado para obtener la voluntad de las partes y darle forma legal a esa voluntad; es un asesor jurídico. Cualquiera que sea el problema jurídico que se le plantee el notario asesorará imparcialmente.

1.4.2.2. Legitimadora

Ésta la desarrolla el notario cuando legitima a las partes que requieren sus servicios; por un lado, verifica que sean las personas que dicen ser, si actúan en nombre propio o en representación de otro, presentando los documentos fehacientes que acrediten esa calidad legal.

1.4.2.3. Modeladora

Esta función es con la que cuenta el notario para plasmar en un documento o instrumento público la voluntad o requerimiento de las partes y darle la forma adecuada en relación a lo expuesto.

1.4.2.4. Preventiva

El notario previene problemas, se adelanta a ellos, se anticipa a cualquier posible dificultad que pueda sobrevenir, debe evitar el conflicto posterior. Siempre la contratación se hace de buena fe pero si se da el incumplimiento de una de las partes debe prevenirse qué sucederá en tal situación.

1.4.2.5 Autenticadora

El Estado le da la facultad legal para autorizar y hacer constar actos y contratos a través de la fe pública. La autorización del notario da la garantía y seguridad jurídica de esos actos o contratos. Dentro de la función autenticadora el notario también realiza las funciones legitimadora y preventiva, de las que se expone lo siguiente:

La legitimadora la desarrolla el notario cuando, legitima a las partes que requieren sus servicios, constatando por un lado que sean las personas que efectivamente dicen ser, por medio de la cédula de vecindad, si no fueren de su conocimiento; después, que efectivamente sean los titulares de los derechos sobre los que se pretenda negociar.

Si actúan en nombre de otro, deben acreditar la representación, la cual a juicio del notario, como experto, como perito y de conformidad con la ley que él conoce y maneja, debe ser suficiente. (Artículo 29 numeral 5º. Código de Notariado guatemalteco). La fórmula que indica: la representación que se ejercita es suficiente a mi juicio y de conformidad con la ley para el presente acto, encierra la función legitimadora.

Finalmente, la función preventiva, ésta la desarrolla el notario cuando previene problemas, cuando se adelanta a ellos, cuando previene cualquier posible dificultad que pueda sobrevenir, debe evitar el conflicto posterior. Siempre se contrata de buena

fe, esperando que todo salga tal como se planteó, pero si se da un incumplimiento de una de las partes, debe prevenirse qué sucederá en tal situación.

1.4.3. Finalidades de la función notarial

Según Luis Carral y De Teresa, al tratar el tema, indica: "...que tres son las finalidades que persigue la función notarial: 1. Seguridad, 2. Valor, 3. Permanencia."(sic)⁵

1.4.3.1. Seguridad

Es la calidad de firmeza, que otros llaman certeza, que se da al documento notarial. La seguridad persigue:

- a) El análisis de su competencia que hace el notario. El mismo notario debe autoanalizarse para ver si es competente para actuar, si no tiene algún impedimento o prohibición, que le impida el ejercicio de su profesión.
- b) Que el acto o contrato a documentar sea lícito, para esto se hace necesario un análisis del caso con respecto a lo regulado en la ley.
- c) La perfección jurídica de la obra. Para que la obra quede perfecta, para que el traje quede a la medida de los clientes, tiene que hacer juicios de capacidad sobre los

⁵ Carral y De Teresa, Luis. **Derecho notarial y derecho registral**. Pág. 100

mismos clientes, si son aptos para otorgar, dar fe de conocimiento de los otorgantes o identificarlos por los medios legales.

1.4.3.2. Valor

Es la utilidad, aptitud, fuerza, eficacia para producir efectos.

La actuación del notario da valor jurídico. Este valor jurídico es amplio, ya que es también ante terceros, es la eficacia y fuerza que otorga la intervención del notario entre partes y frente a terceros. Persigue darle utilidad, aptitud y fuerza a la función notarial.

1.4.3.3. Permanencia

Ésta 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.

Mueren las partes y muere el notario, pero el documento perdura.

Hay varios medios adecuados para lograr esa permanencia.

- a) El notario actúa en el momento cuando se producen los hechos.
- b) Queda plasmado en un papel de larga duración y con tinta indeleble.
- c) Existen procedimientos para guardar y reproducir los documentos, por un lado los originales y por otro los testimonios especiales.
- d) El notario es responsable de dicha permanencia.

Las finalidades de la función notarial, de dar seguridad, valor y permanencia se cumplen, de lo contrario se entra al campo de la responsabilidad notarial.

1.4.4. Características de la función notarial

Según Hermán Mora Vargas: “Las dimensiones de la función notarial dependerán de la organización y modo de concebir el notariado latino que se practica en cada pueblo..., es decir de las reglas propias de la función en cuanto a su competencia.”⁶

Dicho en otras palabras, la función notarial, también tiene algunas características, es decir, reglas propias de actuación que dependen de cada legislación. Pero sólo se analizarán algunas de ellas.

⁶ Mora Vargas, Hermán. **Manual de derecho notarial**. Pág. 49

En algunos países, se obliga a tener una sola sede notarial, en Guatemala, esto no se da, ya que el notario, puede tener más de una oficina, usualmente una en la ciudad y otra en la provincia.

En casi todos los países, el ejercicio de la abogacía es incompatible con el notariado, en Guatemala, se pueden ejercer conjuntamente ambas profesiones.

En algunas legislaciones, se obliga al notario tener oficina abierta determinado número de horas al día; en Guatemala, hay libertad de abrir o no la oficina en un determinado día.

En algunos países, el sistema notarial es de numerus clausus, esto quiere decir que pueden ejercer únicamente los notarios que obtienen una autorización para ello. En Guatemala, no se requiere de autorización alguna, por eso el sistema es de numerus apertus.

En algunos países, sólo se puede ejercer en determinado territorio, estado, municipio o departamento; los notarios guatemaltecos pueden ejercer en cualquier lugar de la república, incluso fuera del país en casos determinados. Se dice que somos notarios planetarios, ya que en cualquier lugar del planeta podemos ejercer el notariado, siempre y cuando el acto y contrato vaya a surtir efectos en Guatemala.

1.4.5. Otras definiciones de notario

Existen muchas definiciones acerca del notario, algunas de los tratadistas que han escrito sobre el tema y otras encontradas en las diferentes legislaciones, por lo que sólo se mencionarán las más importantes.

“Es el funcionario público, que jerárquicamente organizado y obrando por delegación del poder del Estado, y por lo mismo, revestido de plena autoridad en el ejercicio de su función, autentica las relaciones jurídicas normalmente creadas por la libre voluntad de las personas jurídicas, dándoles carácter de verdad, certeza y permanencia, previo el estudio, explicación y aplicación del derecho positivo, a cada uno de los actos jurídicos de carácter normal en los cuales interviene.”⁷

Giménez Arnau, lo define así: “El notario es un 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 privados, y de cuya competencia sólo por razones históricas están sustraídos los actos de la llamada jurisdicción voluntaria.”⁸

⁷ González, Carlos Emérito. **Derecho notarial**. Pág. 143.

⁸ Giménez Arnau, Enrique. **Derecho notarial**. Pág. 52.

Por su parte Cabanellas y Ossorio, dan la definición legal del notariado español, la cual también preceptúa que el notario, es un funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales.

La Ley del Notariado peruano, no define lo que es el notario, sólo se limita a estipular que: “Los notarios dan fe de los actos o contratos que ante ellos se practican o celebran.” Artículo uno. Mientras que José A. Carneiro lo define como: “El funcionario público dotado de prerrogativa fedante.”⁹

Por su parte Bernardo Pérez Fernández del Castillo, al iniciar el tratamiento del tema, aporta la definición de la Ley del Notariado del Distrito Federal (México), que indica: “Notario es el funcionario público investido de fe pública, facultado para autenticar y dar forma en los términos de ley, a los instrumentos en que se consignent los actos y hechos jurídicos. La formulación de los instrumentos se hará a petición de parte.”¹⁰

Como se puede observar, ya no se utiliza la palabra escribano con que frecuentemente se llamaba al notario, y casi ha desaparecido. Al respecto Manuel Ossorio, al referirse al vocablo “escribano dice que es un arcaísmo que persiste en Argentina y en otros pueblos, lo cual es desdeñable.”¹¹

⁹ Carneiro, José A. **Derecho notarial**. Pág. 13.

¹⁰ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. **Derecho notarial**. Pág. 119.

¹¹ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Pág. 489

La legislación guatemalteca tampoco define lo que es el notario, el Artículo 1 del Código de Notariado guatemalteco únicamente se limita a establecer que: “El notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte.”

Por último, repito la definición de notario latino, aprobada en el primer congreso de la Unión Internacional del Notariado, celebrado en Buenos Aires, Argentina en 1948, que dice: “El Notario Latino es el profesional del derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a este fin y confiriéndoles autenticidad; conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido. En su función está comprendida la autenticación de hechos.”¹²

No se puede olvidar también que está facultado para conocer, tramitar y resolver algunos asuntos no contenciosos, llamados en el medio, asuntos de jurisdicción voluntaria.

Definitivamente de todas las definiciones anotadas, la más aceptada es esta última, en donde se establece que el notario es un profesional del derecho encargado de una función pública, descartando que sea funcionario público, como apuntan la mayoría de definiciones.

¹² De la Cámara y Álvarez, Manuel. **El notario latino y su función**. Pág. 4.

1.4.6. La función notarial como actividad

La función notarial es la actividad del notario llamada también el quehacer notarial. La función notarial es un sinónimo de la actividad que despliega el notario. Son las diversas actividades que realiza el notario.

En un sentido meramente jurídico, Neri Argentino I, dice 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 instrumento público.”¹³

Como antes se apuntó, el problema estriba en que si el notario es funcionario público o no, o si la función pública que presta lo hace funcionario público.

En Guatemala, el notario no es un funcionario público, es un profesional del derecho que presta una función pública. Aunque tampoco se puede olvidar que algunas leyes lo reputan como funcionario público, pero la ley específica, el Código de Notariado guatemalteco, no lo reconoce como tal.

¹³ Neri, Argentino I. **Tratado teórico y práctico de derecho notarial**. Vol. I. Pág. 517.

1.4.7. Encuadramiento de la actividad del notario

La actividad del notario, se puede encuadrar, en el ejercicio liberal de la profesión, en la actividad del Estado, y en forma mixta.

En el ejercicio liberal de la profesión, es el verdadero campo en que el notario ejerce su función, ya que desarrolla su actividad sirviendo a los particulares, por eso se dice que es una profesión liberal. Lo hace cuando autoriza actos y contratos en que interviene a requerimiento de parte.

En la actividad del Estado, es cuando se encuentra al notario como asesor, consultor, cónsul, escribano de gobierno, etc., desempeñando un cargo o empleo público. Aquí a excepción del escribano de gobierno y esporádicamente el cónsul; desempeña obligaciones de un funcionario o empleado, ya que dictamina, asesora, etc., pero no ejerce la fe pública.

Por último, el sistema mixto, en que el profesional se desempeña en un empleo para el Estado de tiempo parcial, y la otra parte del tiempo ejerciendo libremente la profesión, en virtud de que la ley guatemalteca, permite el ejercicio, cuando el cargo que sirvan no sea de tiempo completo, lo cual se encuentra en el Artículo 5º numeral 2º del Código de Notariado.

Puede darse el caso también de que un notario trabaje parcialmente para una empresa privada y la otra parte de su tiempo la dedique al ejercicio liberal.

1.5 La fe pública

La fe pública es un atributo del Estado, que tiene en virtud del ius imperium y es ejercida a través de los órganos estatales. Ésta se fundamenta en la realización normal del derecho y en la necesidad que tiene la sociedad de dotar a las relaciones jurídicas de certeza.

Según el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Ossorio: "Autoridad legítima atribuida a notarios, escribanos, agentes de cambio y bolsa, cónsules y secretarios de juzgados, tribunales y otros institutos oficiales para acreditar fehacientemente, que los documentos que autorizan en distinta forma son auténticos, salvo prueba en contrario, unas veces en cuanto a la veracidad de su contenido, y otras respecto a las manifestaciones hechas ante dichos fedatarios."¹⁴

Por ello Giménez Arnau establece que: "La fe pública no será la convicción del espíritu en lo que no se ve, sino la necesidad de carácter jurídico que nos obliga a estimar como auténticos e indiscutibles los hechos o actos sometidos a su amparo, queramos o no queramos creer en ellos.

¹⁴ Ossorio, Manuel. **Ob Cit.** Pág. 245

Jurídicamente la fe pública supone la existencia de una verdad oficial cuya creencia se impone en el sentido de que no se llega a ella por un proceso espontáneo cuya resolución queda a nuestro albedrío, sino por virtud de un imperativo jurídico o coacción que nos obliga a tener por ciertos determinados hechos o acontecimientos, sin que podamos decidir autóctonamente sobre su objetiva verdad cada uno de los que formamos el ente social”.¹⁵

Se puede concluir en que fe significa confianza, creer en algo, es una convicción, pero para que la fe pueda ser pública; es decir, frente a todas las personas, necesita de la facultad legal para ser otorgada a determinados funcionarios tanto del Estado como particulares.

La fe pública es una presunción legal de veracidad respecto a ciertos funcionarios a quienes la ley reconoce como probos y verdaderos; facultándoles para darla a los hechos y convenciones que pasan entre los ciudadanos.

1.5.1. Clases de fe pública

1.5.1.1. Fe pública judicial

“Es aquella de que gozan los documentos de carácter judicial. Es la que tienen los secretarios del juzgado para dar seguridad jurídica y no el juez como podría

¹⁵ Giménez, Enrique. **Ob. Cit.** Pág. 65

pensarse.”¹⁶ Por ejemplo, los secretarios dan fe de las copias certificadas o dan fe de que el juez decretó en algún sentido.

En todo juzgado o tribunal, el presidente del Organismo Judicial nombra al secretario; quien, dependiendo de su nivel académico, tiene fe pública judicial total o parcial.

Los fundamentos de la fe pública son: a) La realización normal del derecho; y, b) la necesidad que tiene la sociedad de dotar a las relaciones jurídicas de certeza. La fe pública judicial recaída en funcionarios de justicia, especialmente secretarios judiciales, es la que implica que dan fe de las resoluciones, autos y sentencias emitidas por los jueces o tribunales.

En el Artículo 108 de la Ley del Organismo Judicial guatemalteco establece: “En cada uno de los tribunales de justicia habrá un secretario que autorice las resoluciones que se dicten y las diligencias que se practiquen, y además, el personal que requiera el servicio...”

En el Artículo 173 de la Ley del Organismo Judicial guatemalteco se señala que, si el secretario del tribunal es notario, podrá dar fe plena de las actuaciones judiciales de que conozca el tribunal al cual sirve (sin precisar intervención de ningún otro funcionario) bajo su responsabilidad, dejando razón en los autos. Por tal razón, se indica que si el secretario no es notario, siempre se exige el visto bueno del juez.

¹⁶ Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 441

El secretario de los juzgados o tribunales es la persona que auxilia al juez como intermediario con los abogados; tiene la responsabilidad de vigilar la puntualidad del personal; antes de firmar debe revisar las resoluciones por la delicada actividad de refrendar la firma del juez.

Se debe tomar en cuenta que por ausencia, impedimento o enfermedad del secretario de los tribunales, actuará otro que se nombre específicamente, o con dos testigos de asistencia.

1.5.1.2. Fe pública administrativa

El objeto de esta fe pública es: “Dar notoriedad y valor de autenticidad a los actos realizados por el Estado o por las personas del derecho público las cuales están dotadas de soberanía, de autonomía o de jurisdicción. Ésta se ejerce a través de documentos expedidos por dichas autoridades que ejercen la gestión administrativa, en los que se consignan órdenes, comunicaciones y resoluciones de la administración.”¹⁷

Es la potestad de certificar la verdad de hechos ocurridos en los procedimientos de la administración pública, con exclusión de la administración de justicia. Su objeto es dar notoriedad y valor de hechos auténticos a los actos realizados por el Estado.

¹⁷ Giménez Arnau, Enrique. **Ob. Cit.** Pág. 41

El ámbito de ésta es mucho más limitado que la notarial, dado que se refiere exclusivamente a la facultad certificante de los secretarios, y demás funcionarios que ostenten dicha facultad, respecto de los actos administrativos que tengan obligación de presenciar y de los expedientes que se encuentren bajo su custodia.

Lo fundamental dentro del ámbito administrativo no es solamente la fe pública, sino el principio de legalidad que se presupone en toda actuación administrativa. Este principio se encuentra sustentado en otros: El principio de utilidad pública o fin social, para las actuaciones que impliquen una lesión en los derechos de los particulares, y el principio de contradicción, en trámites de audiencia a los particulares en cualquier caso.

1.5.1.3. Fe pública legislativa

Ésta se atribuye al Poder Legislativo de manera intrínseca en su ámbito de competencia, la cual surte efecto en los actos de publicación y promulgación de las leyes. Es decir, el texto de estas disposiciones contenidas en el Diario Oficial, deberá tenerse por cierto, verdadero y obligatorio. Esta fe pública es de tipo corporativo ya que es la que tiene como órgano no por cada representante en particular.

1.5.1.4. Fe pública registral

Es la atribuida a las inscripciones en los registros autorizados o llevados por el Estado, es la seguridad absoluta dada a todo aquél que adquiera dominio o titularidad del derecho correspondiente.

La poseen los registradores, para certificar la inscripción de un acto en un registro público el cual es auténtico.

Por fe pública registral se debe tener como cierto y válido todo acto u operación registral: inscripciones, anotaciones, cancelaciones, así como los documentos que emanan del registro.

La fe pública registral es un elemento esencial en materia registral, ya que no se puede concebir un registro, si no está dotado de fe pública.

El fundamento de la fe pública registral, en lo que respecta al Registro General de la Propiedad lo establece el Código Civil guatemalteco en los Artículos 1179 que indican: “La liberación o gravamen de los bienes inmuebles o derechos reales sobre los mismos, sólo podrá acreditarse por la certificación del registro en que se haga constar la inscripción de dichos bienes.” El Artículo 1180: “Los registradores expedirán las certificaciones que se les pidan, relativas a los bienes inscritos en el Registro...”, en el Artículo 1183: “Cualquier certificación que se extienda por fotocopia, fotostática, medio

electrónico o cualquier otro medio debe llevar la firma y sello del registrador que la extiende y sello del Registro para que tenga plena validez”. El 1223 regula que únicamente darán fe los libros del registro llevados legalmente. Y por último se establece que cada Registro estará a cargo de un registrador propietario según el Artículo 1225 del Código Civil guatemalteco.

En el Artículo 33 de la Ley del Registro Nacional de las Personas se regulan los Registros Civiles: “Los Registros Civiles de las Personas son las dependencias adscritas al Registro Central de las Personas, encargadas de inscribir los hechos y actos relativos al estado civil, capacidad civil y demás datos de identificación de las personas naturales en toda la República...” en el Artículo 35 de la misma ley se regulan las atribuciones y funciones de los Registradores Civiles : “... b) firmar cuando así sea requerido, las certificaciones que se emitan en esas dependencias. Dichas certificaciones solamente contendrán la información que el sistema informático central designe...”

Por último, se debe tomar en cuenta que en el Código de Comercio se regula lo referido al Registrador Mercantil en los Artículos 332: “El Registro Mercantil funcionará en la capital de la República y en los departamentos o zonas que el ejecutivo determine. Los Registradores deberán ser Abogados y Notarios, colegiados activos, guatemaltecos naturales...” y el Artículo 339 que regula los efectos de la inscripción: “Los actos y documentos que conforme la ley deben registrarse, sólo surtirán efecto

contra terceros desde la fecha de su inscripción en el Registro Mercantil. Ninguna inscripción podrá hacerse alterando el orden de presentación.”

Dentro de los registros públicos que se encuentran en Guatemala se pueden mencionar los siguientes:

- Registro de la Propiedad
- Registro Mercantil
- Registro Nacional de las Personas
- Registro de Bienes Mostrencos
- Registro de Propiedad Industrial
- Registro de Derechos de Autor
- Registro de Ciudadanos

1.5.1.5. Fe pública notarial

Llamada también fe pública extrajudicial, es la fe delegada al notario, quien es el fedatario que más amplia gama de facultades tiene, debido a que casi la totalidad de las materias jurídicas requieren de su intervención. En la actualidad, su actuación tiene una sola limitante, la de intervenir en algún acto que esté reservado a otro funcionario.

En la esfera extrajudicial, un ciudadano que celebra un contrato con otro lo hará válidamente si el contrato cumple con los requisitos que exige el Artículo 1251 del

Código Civil: “El negocio jurídico requiere para su validez: capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito.”

Cuando todos esos elementos se reúnen, como ocurre habitualmente en la contratación, el notario da forma a los contratos.

Pero se debe tomar en cuenta que el instrumento público debe llenar ciertos requisitos de validez, los cuales están regulados en el Artículo 29 del Código de Notariado.

Así lo que resulta amparado por la fe pública notarial hay que referirlo a la fecha y al hecho del otorgamiento, tanto entre los otorgantes, cuanto respecto de terceros, la identidad de los otorgantes, la libertad del consentimiento y en relación al contenido del instrumento, las declaraciones que en el mismo hayan vertido los intervinientes, así como a la legitimidad de los títulos en los que se fundamentan sus derechos y la licitud de los pactos contenidos.

CAPÍTULO II

2. El instrumento público

2.1. Definición

Etimológicamente instrumento proviene: “Del latín instruere, que quiere decir instruir o enseñar, en sentido general escritura o documento.”¹⁸

Cabanellas no define el instrumento público, únicamente hace mención sobre documento público y la escritura pública. El documento público lo define como: “El otorgado o autorizado, con las solemnidades requeridas por la ley, por notario, escribano, secretario judicial u otro funcionario público competente, para acreditar algún hecho, la manifestación de una o varias voluntades y la fecha en que se producen.”¹⁹

Manuel Ossorio define escritura pública como: “Documento extendido ante notario, escribano público u otro fedatario oficial, con atribuciones legales para dar fe de un acto o contrato jurídico cumplido por el compareciente y actuante o por las partes estipulantes.”²⁰

¹⁸ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Tomo II. Pág. 403.

¹⁹ **Ibid.** Pág. 739

²⁰ Ossorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág.376

Carlos Emérito González aporta la definición de instrumento público como: “El documento notarial autorizado a instancia de parte, en el que consta un hecho jurídico o una relación de derecho.”²¹

Tomando en cuenta las definiciones anteriores se puede concluir que el instrumento público es aquel documento autorizado por notario a petición de parte, en el cual se hace constar la voluntad de las partes y que produce fe pública.

2.2. Clases de instrumento público

2.2.1. Principales

Son los documentos que van dentro del protocolo, como medio que sirve para asegurar la eficacia de los efectos jurídicos del hecho, acto o negocio que contienen.

Características

- Se incorporan al protocolo.
- Son eminentemente formales.
- Gozan de la garantía de la autenticidad.
- Son medios de prueba ante terceros.
- Son públicos.

²¹ González Carlos Emérito. **Ob. Cit.** Pág. 305

- Producen efectos jurídicos.
- Su contenido perdura a través del tiempo.
- Ostentan la calidad de prueba plena.

Documentos dentro del protocolo:

- Escritura pública
- Acta de protocolación
- Razones de legalización

2.2.2. Secundarios

Son aquellos instrumentos públicos otorgados o autorizados por notario en original, fuera del protocolo. Los instrumentos públicos secundarios o extraprotocolares no se conservan en el protocolo notarial; sin embargo, son susceptibles de incorporarse a solicitud de parte interesada. Los instrumentos públicos extraprotocolares son importantes porque son documentos que tienen fe originaria y responden al principio de inmediación, pudiendo garantizarse su autenticidad y legalidad por medio de la certificación que da el notario.

Características

- No constan en el protocolo notarial.

- Son instrumentos públicos.
- El notario da fe pública de los hechos y/o actos celebrados ante él.
- No tienen una matriz conservada por el notario a la cual remitirse.
- Documentan hechos, acciones o dichos.
- Pueden redactarse en la notaría o fuera de ella, donde se realiza el acto o el hecho.
- Son susceptibles de ser incorporados al protocolo notarial, a solicitud de parte interesada.

Documentos fuera del protocolo:

- Actas notariales
- Actas de legalización de firmas
- Actas de legalización de documentos

2.3. Características del instrumento público

Son las condiciones o circunstancias con que se da a conocer una cosa distinguiéndola de las demás, dentro de las características del instrumento público se pueden mencionar:

2.3.1. Fecha cierta

Aquella a partir de la cual los instrumentos privados tienen efecto en relación con terceros o sucesores singulares de las partes. En el instrumento público se puede tener la certeza de que la fecha es exacta.

Además, lo referente a una fecha cierta, que se establece plenamente en el Código de Notariado, inciso 1º del Artículo 29, lo cual está ratificado por el Artículo 31 al establecer: “Son formalidades esenciales de los instrumentos públicos: 1º. El lugar y fecha del otorgamiento.”

2.3.2. Garantía

Certeza que tienen las partes sobre el documento autorizado por notario el cual también tiene respaldo estatal. El Código Procesal Civil y Mercantil guatemalteco en el Artículo 186 establece: “Los documentos autorizados por notario o por funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo, producen fe y hacen plena prueba, salvo el derecho de las partes de redargüirlos de nulidad o falsedad.”

2.3.3. Credibilidad

El instrumento público es verosímil, porque ha sido autorizado por una persona con fe pública, esta credibilidad es para todos y contra todos, en cuanto al origen del acto

porque se presenta en signos exteriores como sellos, timbres y firma del notario; y en cuanto a las enunciaciones contenidas en él.

2.3.4. Firmeza

El instrumento público puede ser redargüido de nulidad y de falsedad pero mientras esto no suceda ese instrumento es inalterable.

2.3.5. Irrevocabilidad

El instrumento público no es revocable, no puede quedar sin surtir un efecto, en el momento en que el notario lo autoriza es válido.

Jurídicamente tiene importancia con respecto a las donaciones, ya que éstas no pueden ser revocadas por el donante, después de aceptadas por el donatario, salvo en aquellos casos expresamente determinados por la ley.

2.3.6. Inapelabilidad

En contra de la escritura en sí no cabe apelación, es invariable e ineludible, una sentencia puede ser modificada o apelada o revocable por el tribunal de alzada, pero la escritura no.

2.3.7. Ejecutoriedad

Es la cualidad en la cual la inobservancia en el cumplimiento de una obligación, se puede llevar a cabo mediante la fuerza. El Artículo 327 del Código Procesal Civil y Mercantil guatemalteco en el numeral 1º regula que: “Procede la ejecución en caso de transacciones celebradas en escritura pública”; el Artículo 294 numeral 6º del mismo cuerpo legal cita: “La fuerza ejecutiva viene aneja a la escritura pública, trae aparejada la ejecución por su carácter indubitable.”

2.3.8. Seguridad

Principio que fundamenta el protocolo, es la garantía de que la escritura matriz queda en el mismo, y se pueden extender tantos testimonios y copias como sean necesarias.

2.4. Fines del instrumento público

2.4.1. Perpetuar los hechos y las manifestaciones de voluntad

Este fin se refiere a la perdurabilidad de los actos o contratos celebrados en escritura pública ya que van inmersos dentro del protocolo, y eso permite que tengan duración por siempre, ya que aun cuando el notario fallece los instrumentos persisten para poder extender testimonios.

2.4.2. Servir de prueba en juicio y fuera de él

Es una prueba escrita preconstituida ya que está preparada con anterioridad al pleito, si en determinado momento se necesita puede ser presentada de inmediato.

La doctrina clasifica la prueba preconstituida y prueba por constituirse, con ello se infiere que los instrumentos públicos autorizados por notario en ejercicio de su función, siempre y cuando reúnan los requisitos de fondo y forma que establece la ley, constituyen documentos con eficacia probatoria derivada de la seguridad jurídica que se debe observar en su autorización, aunado a que en el derecho procesal civil y mercantil los instrumentos autorizados por notario constituyen plena prueba, por lo que la Unión Internacional del Notariado Latino ha considerado lo relativo a las ventajas de la función notarial.

2.4.3. Valor jurídico del instrumento público

El instrumento público tiene una importancia formal y probatoria. Cuando se hace referencia a un valor formal se habla de la forma externa o el cumplimiento de todas las formalidades esenciales o no esenciales que el Código regula y el valor probatorio en cuanto al negocio que contiene internamente el instrumento.

2.4.4. Régimen legal de validez del instrumento público

El Artículo 31 del Código de Notariado guatemalteco establece los requisitos esenciales para que un instrumento público tenga validez, dentro de éstos se indica:

- El lugar y fecha de otorgamiento, el cual debe consignarse en letras.
- El nombre y apellidos de los otorgantes, si alguno de los otorgantes tiene sólo un apellido debe anotarse en el instrumento público.
- Razón de haber tenido a la vista los documentos que acreditan la representación legal suficiente, si fuese un mandato
- La intervención de intérprete cuando el otorgante ignore el español y
- La relación del acto o contrato, éste debe ser de manera explícita para que las partes puedan comprender la redacción.

La omisión de las formalidades esenciales del instrumento público, da acción a la parte interesada para demandar su nulidad.

El Artículo 29 del mismo cuerpo legal cita otros requisitos que aunque son importantes y necesarios para la redacción del instrumento público, la falta de ellos no anula ni

invalida el contrato. La omisión de las formalidades no esenciales hace que el notario incurra en multa.

2.5. Eficacia del instrumento público

Se mencionó que el instrumento público hace plena prueba y es la seguridad que las partes tienen de que éste sea autorizado por notario ya que tiene fe pública. El Artículo 186 del Código Procesal Civil y Mercantil guatemalteco habla de la autenticidad de los documentos: “Los documentos autorizados por notario o por funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo, producen fe y hacen plena prueba, salvo el derecho de las partes de redargüirlos de nulidad y falsedad.”

2.6. Impugnación del instrumento público

2.6.1. Por nulidad del instrumento

Es la ineficacia en un acto jurídico como consecuencia de carecer de las condiciones necesarias para su validez sean ellas de fondo de forma, o vicio del que adolece un acto jurídico si se ha realizado con violación u omisión de ciertas formas o requisitos indispensables para considerarlo como válido.

La nulidad de un instrumento puede ser:

De fondo: Ésta se produce cuando aquél es ineficaz porque el acto o contrato está afectado por un vicio que lo invalida. El Artículo 1251 del Código Civil guatemalteco establece que los requisitos esenciales para que un negocio jurídico sea válido requiere: “Capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito.”

La nulidad de fondo está regulada en el Artículo 1301 del Código Civil guatemalteco el que indica que: “Hay nulidad absoluta en un negocio jurídico, cuando el objeto sea contrario al orden público o contrario a leyes prohibitivas expresas, y por ausencia o no concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia. Los negocios que adolecen de nulidad absoluta no producen efecto si son revalidables por confirmación.”

De forma: Es llamada también instrumental, es la que afecta al documento considerado en sí mismo y no como un acto o negocio jurídico.

La nulidad de forma está sometida a tres principios fundamentales:

- **Principio de excepcionalidad:** Debido a la fe pública de que están dotados los instrumentos públicos, sólo son nulos en los casos expresamente contemplados por la ley, ya sea en forma directa o indirecta. No existen nulidades notariales por analogía o cualquier otro medio de interpretación extensivo, dado que dentro del ámbito del derecho notarial predomina el interés de los particulares, concomitante con el interés público, de que todos los actos o negocios autorizados por los depositarios de la fe

pública sean incontrovertibles, para que no se menoscabe la seguridad jurídica que los ampara.

- **Principio de finalidad:** La finalidad del instrumento público prevalece sobre la mera formalidad. La nulidad formal del instrumento no implica una total falta de eficacia jurídica sino un decaimiento de la misma.

- **Principio de subsanabilidad:** Ésta se manifiesta como una consecuencia necesaria del principio de finalidad, porque la finalidad del instrumento público debe prevalecer por el simple formalismo de la misma. La subsanabilidad del instrumento puede realizarse por los medios que admite la legislación de cada país.

Esta nulidad está regulada en el Código de Notariado guatemalteco en los Artículos 32 y 33, se entiende que son nulos los actos jurídicos otorgados por personas incapaces a causa de su dependencia de una representación necesaria, así como los otorgados por personas relativamente incapaces en cuanto al acto o que dependieren de la autorización del juez o de un representante necesario.

2.2.6. Falsedad

Es la falta de verdad o autenticidad. Falta de conformidad entre palabras e ideas, así como la ocultación de la verdad y de la realidad.

- **Falsedad ideológica:** Cuando se hace constar en un documento un hecho no declarado por las partes. El documento expresa un acto o negocio que realmente se produjo, pero se ha consignado de manera inexacta alguna de sus circunstancias. La falsificación de tipo ideológico es privativa de los instrumentos públicos, dado que los documentos privados no requieren de la intervención de ningún funcionario público que los autorice.

- **Falsedad material:** Se comete falsedad material cuando se hace un documento público falso o se altere uno verdadero. Es la inmutación de la verdad que recae sobre la escritura y que es por ello susceptible de comprobación mediante la pericia correspondiente. constituye un delito configurado por el hecho de hacer falso un documento total o parcialmente de modo que pueda resultar perjuicio.

En el ordenamiento jurídico guatemalteco La falsedad material e ideológica están consideradas como delito.

El Artículo 321 del Código Penal regula el delito de 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.”

El Artículo 322 del mismo cuerpo legal cita la 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.”

CAPÍTULO III

3. Las Tecnologías de Información y Comunicación (TIC)

3.1. Antecedentes

El lápiz, bolígrafo, papel y pizarrón son tecnologías que, entre otras, han modificado el desarrollo de la educación; por ejemplo, con la aparición del bolígrafo se revolucionó la forma de escribir: se pudo plasmar las ideas sin importar lugar ni hora, sin el riesgo de manchar la hoja y sin esperar a que seque la tinta, haciendo más eficaz el sistema de comunicación. Con el tiempo surgen otras tecnologías, como las revistas, el periódico, los libros, como fuentes de información y comunicación.

Con el avance de la ciencia, los conocimientos son aplicados y emerge el telégrafo, la radio, la televisión, el teléfono, las reproductoras de cinta magnética de audio y video, entre muchas más. A partir de los ochenta, estas tecnologías han potenciado la comunicación y la información.

El desarrollo de los dispositivos electrónicos ha mejorado todos los instrumentos basados en la tecnología, desde la aparición de la computadora hasta las telecomunicaciones y sistemas de información; las calculadoras también han hecho su aparición como consecuencia de la desaparición de otra tecnología, las reglas de

cálculo, y se han sofisticado en distintas modalidades, desde las tradicionales de bolsillo hasta las cajas registradoras de lector óptico.

Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) -la unión de los computadores y las comunicaciones- desataron una explosión sin precedentes de formas de comunicarse al comienzo de los años 90. A partir de ahí, la internet pasó de ser un instrumento especializado de la comunidad científica a ser una red de fácil uso que modificó las pautas de interacción social.

3.2. Definición

Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) son un conjunto de técnicas, desarrollos y dispositivos avanzados que integran funcionalidades de almacenamiento, procesamiento y transmisión de datos.

Por Tecnologías de la Información o Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC) se entiende, un término dilatado empleado para designar lo relativo a la informática conectada a internet, y especialmente el aspecto social de éstos; ya que las nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación designan a la vez un conjunto de innovaciones tecnológicas pero también las herramientas que permiten una redefinición radical del funcionamiento de la sociedad. Un buen ejemplo de la influencia de las TIC sobre la sociedad es el gobierno electrónico.

En resumen, las nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación son aquellas herramientas computacionales e informáticas que procesan, almacenan, sintetizan, recuperan y presentan información, representada de la más variada forma. Es un conjunto de herramientas, soportes y canales para el tratamiento y acceso a la información. Constituyen nuevos soportes y canales para dar forma, registrar, almacenar y difundir contenidos informacionales. Algunos ejemplos de estas tecnologías son la pizarra digital (ordenador personal + proyector multimedia), los blogs, el podcast y por supuesto, la web.

3.3. Características

Las Tecnologías de Información y Comunicación tienen como características principales las siguientes:

- Son de carácter innovador y creativo, pues dan acceso a nuevas formas de comunicación.
- Tienen mayor influencia y beneficia en mayor proporción al área educativa, ya que la hace más accesible y dinámica.
- Son considerados temas de debate público y político, pues su utilización implica un futuro prometedor.

- Se relacionan con mayor frecuencia con el uso de la internet y la informática.
- Afectan a numerosos ámbitos de la ciencia humana como la sociología, la teoría de las organizaciones, o la gestión.
- En América Latina se destacan con su utilización en las universidades e instituciones países como: Argentina y México, en Europa: España y Francia.
- Constituyen medios de comunicación y adquisición de información de toda variedad, inclusive científica, a los cuales las personas pueden acceder por sus propios medios.

3.4. Ventajas y desventajas de las tecnologías de información y comunicación

Si bien es cierto que la necesidad de comunicarse hace más notorio el carácter indispensable del conocimiento sobre las tecnologías de información y comunicación y la aplicación de éstas en distintos ámbitos de la vida humana, se hace necesario también reconocer las repercusiones que traerá consigo la utilización de estas nuevas tecnologías, ya sean benéficas o perjudiciales.

A continuación se mostrarán algunas de las ventajas y desventajas que origina el empleo de las TIC en el desarrollo de las actividades humanas.

Ventajas

Las ventajas reconocibles en torno a las relaciones existentes entre el incremento en la producción y difusión de nuevas tecnologías y las posibilidades que las empresas tienen de acceder a conocerlas y utilizarlas; el conocimiento de los factores endógenos y exógenos que inciden en la apropiación de las innovaciones tecnológicas por parte de las empresas; trae a cuenta que los procesos de innovación tecnológica pueden ser entendidos como un proceso de innovación social que moviliza las capacidades de la organización, constituyéndose en una instancia de generación de conocimiento que remite a los saberes que se recrean en diferentes áreas de la empresa, en un proceso dinámico, continuo y acumulativo; que modifica y reelabora las competencias organizativas.

Otras ventajas que se pueden mencionar son las siguientes:

- Brindar grandes beneficios y adelantos en salud y educación;
- Potenciar a las personas y actores sociales, ONGs, etc., a través de redes de apoyo e intercambio y lista de discusión.
- Apoyar a personas de las pequeñas y medianas empresas (PYME) locales, para presentar y vender sus productos a través de la internet.

- Permitir el aprendizaje interactivo y la educación a distancia.
- Impartir nuevos conocimientos para la empleabilidad que requieren muchas competencias (integración, trabajo en equipo, motivación, disciplina, etc.).
- Ofrecer nuevas formas de trabajo, como teletrabajo
- Dar acceso al flujo de conocimientos e información para empoderar y mejorar las vidas de las personas.
- Facilidades, exactitud, menores riesgos, menores costos

Desventajas

Los beneficios de esta revolución no están distribuidos de manera equitativa; junto con el crecimiento de la red internet ha surgido un nuevo tipo de pobreza que separa los países en desarrollo de la información, dividiendo a los educandos de los analfabetos, los ricos de los pobres, los jóvenes de los viejos, los habitantes urbanos de los rurales, diferenciando en todo momento a las mujeres de los varones. Según se afirma en el informe sobre el empleo en el mundo 2001 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo) aun por el rápido desarrollo de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) en la vida, el trabajo y la economía de la información, éstas

constituyen disparidades en su difusión y utilización, implican un riesgo de ampliación de la ya ancha brecha digital existente entre los ricos y los pobres tecnológicos.

El internauta típico a escala mundial es hombre, de alrededor de 36 años de edad, con educación universitaria, ingresos elevados, que vive en una zona urbana y habla inglés. En este contexto, las mujeres latinoamericanas - y especialmente aquéllas de ingresos bajos que viven en zonas rurales - tienen que enfrentar un doble -o un triple- desafío para estar incluidas y conectadas en el desarrollo de la idea global de las TIC.

Otras desventajas que se pueden observar en la utilización de las tecnologías de información y comunicación son:

- Problemáticas técnicas: Incompatibilidades entre diversos tipos de ordenador y sistemas operativos, el ancho de banda disponible para internet (insuficiente aun para navegar con rapidez y visualizar vídeo de calidad on-line), la velocidad aún insuficiente de los procesadores para realizar algunas tareas (reconocimiento de voz perfeccionado, traductores automáticos).
- Falta de formación: La necesidad de conocimientos teóricos y prácticos que todas las personas deben aprender, la necesidad de aptitudes y actitudes favorables a la utilización de estas nuevas herramientas (alfabetización en TIC).

- Problemas de seguridad. Circunstancias como el riesgo de que se produzcan accesos no autorizados a los ordenadores de las empresas que están conectados a internet y el posible robo de los códigos de las tarjetas de crédito al comprar en las tiendas virtuales, frena la expansión del comercio electrónico y de un mayor aprovechamiento de las posibilidades de la red.
- Barreras económicas. A pesar del progresivo abaratamiento de los equipos y programas informáticos, su precio aún resulta prohibitivo para muchas familias. Además, su rápido proceso de obsolescencia aconseja la renovación de los equipos y programas cada cuatro o cinco años.
- Barreras culturales: El idioma dominante, el inglés, en el que vienen muchas referencias e informaciones de internet (hay muchas personas que no lo conocen); la tradición en el uso de instrumentos tecnológicos avanzados (inexistente en muchos países poco desarrollados),

3.5. Objetivos

El aprendizaje que solía ser un claro proceso humano se ha convertido en algo en lo que la gente comparte, cada vez más, poderosas redes y cerebros artificiales.

El reto de aprender sólo puede gestionarse mediante una red mundial que agrupe todo el saber y todas las mentes.

Con esto surge entonces una nueva forma de concebir la enseñanza y el aprendizaje, pues es indiscutible que en la existencia de esa red de conocimientos que se concibe, está de por medio la computadora y por ende la introducción de las nuevas teorías sobre la obtención de conocimientos y el empleo de las tecnologías de información y comunicación.

La educación del tercer milenio es: aprender a aprender, aprender a conocer, aprender a hacer, y aprender a comprender al otro, por ello aquí se plantean algunos de los objetivos que se esperan cumplir en el aspecto educativo con el empleo de estas nuevas tecnologías de información y comunicación.

- Diseñar e implantar un servicio educativo innovador de aprendizaje abierto, implantando el dispositivo tecnológico adecuado para ampliar el marco de actuación de la persona al ámbito nacional e internacional.

- Proporcionar acceso a los servicios tecnológicos de primer mundo, de forma que pueda desarrollar acciones autónomamente, con ayuda de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación.

3.6. Las tecnologías de información y comunicación en el quehacer notarial

Las nuevas tecnologías de información y comunicación han transformado con su aplicación, casi todas las actividades que el ser humano realiza en el umbral de este

siglo XXI. Visto de esta manera, el derecho y específicamente la actividad notarial, se insertan paulatinamente en el moderno esquema de la sociedad digital, para dar paso a una nueva generación de actividades y procesos sistematizados, cada vez más lejos del papel, elemento fundamental en la certificación de documentos de orden legal. El papel ha sido hasta hoy el sustrato básico del oficio notarial.

3.6.1. El quehacer notarial

En términos simples, el notario es el licenciado en derecho a quien el Estado concede el poder de dar fe pública y que tiene a su cargo por oficio: recibir, interpretar, redactar y dar forma legal y certeza jurídica a la voluntad de las personas que ante él acuden para otorgar actos jurídicos o para hacer constar hechos jurídicos, mediante su consignación en instrumentos públicos auténticos; es decir, con valor de prueba plena.

El notario cumple una de las más importantes finalidades del derecho, que es brindar seguridad jurídica, a través del ejercicio de varias funciones, entre las que destacan las siguientes:

- a) Asesora: Ofrece su consejo jurídico a cualquier persona, institución o empresa que lo requiera, dentro de un marco legal de servicio obligatorio institucional a los ciudadanos.

- b) Interpreta la voluntad: Recibe e interpreta la voluntad de las personas que acuden ante él para la obtención de un servicio notarial concreto.

- c) Da forma, legaliza y legitima: Cumple con la formalidad exigida por el Código Civil para ciertos actos jurídicos; es decir, dota de plena validez jurídica, a ciertos actos jurídicos que deben otorgarse de manera obligatoria ante su fe, como la compraventa de inmuebles, el condominio, el testamento, etc, y confiere, además, al documento público que produce, la garantía de legalidad absoluta.

- d) Tiene el poder de la fe pública: Confiere autenticidad y certeza jurídica a ciertos hechos y actos jurídicos, mediante la consignación de ellos en el protocolo, dotándolos así de valor de prueba plena ante las autoridades y la sociedad.

- e) Crea documentos auténticos: Es autor responsable de los instrumentos públicos notariales que circulan con valor de prueba plena ante la comunidad nacional e internacional. Además, conserva los instrumentos originales otorgados y autorizados en el protocolo y expide un primer testimonio auténtico con fuerza ejecutiva a solicitud de los interesados y reproduce ilimitadamente nuevas copias auténticas.

- f) Auxilia a la administración pública y al poder judicial: Actúa como auxiliar de la administración pública local y municipal, dando informes y avisos y actúa como un

eficiente recaudador de impuestos. Además, desempeña la función de auxiliar en la administración de justicia en colaboración del Poder Judicial.

- g) Tiene el novedoso papel de asesor internacional: Que le permite emitir dictámenes jurídicos y opinar como jurista nacional en el comercio internacional.
- h) Puede actuar como mediador, conciliador y árbitro: En la prevención y solución extrajudicial de controversias, desahogando así la enorme carga pública de atender la demanda de justicia y paz en la sociedad.

La función notarial no es ni será obsoleta, lo que parece empezar a serlo es la manera de prestar el servicio notarial con base en el tradicional documento, únicamente en soporte papel. Lo que el notario requiere hoy, es adaptarse a las exigencias y transformaciones del mundo actual e incorporar en su quehacer herramientas como la informática, la criptografía y la telemática.

3.7. Aplicación de las tecnologías de información y comunicación en Guatemala

En Guatemala las Tecnologías de Información y Comunicación (TIC), agrupan un conjunto de sistemas necesarios para administrar la información, especialmente las computadoras y programas necesarios para convertirla, almacenarla, administrarla, transmitirla y encontrarla. Se utilizan principalmente en los registros públicos o

entidades del Estado para contribuir con los ciudadanos y permite el cumplimiento de las obligaciones de forma rápida y segura.

Dentro de las principales instituciones que utilizan las TIC se encuentran:

3.7.1. BancaSAT

En el marco de la modernización tributaria, la Superintendencia de Administración Tributaria (SAT), ha avanzado e implementado herramientas informáticas que permiten al contribuyente cumplir con sus obligaciones tributarias.

Es un sistema de declaración y pago de impuestos que opera en internet a través de los bancos autorizados por la SAT. Bancasat funciona las 24 horas del día los 365 días del año, reduce costos y ofrece mayor confidencialidad en los trámites. Además, el banco y la SAT confirman al contribuyente a través de una notificación por e-mail la presentación y pago de su declaración. Por medio de Bancasat pueden pagarse tributos internos y de comercio exterior (póliza electrónica). Asimismo, los contribuyentes pueden autorizar por internet, con el formulario SAT-81 a su contador o contadores para que declaren en su nombre por Bancasat.

Beneficios

- a) Directo desde su oficina o donde se encuentre, por medio de internet, puede presentar su declaración.

- b) Amplios y mejores horarios de atención, de acuerdo con los servicios de banca en línea.

- c) Reducción de costos, menos tiempo, dinero y recurso humano para presentar y pagar.

Confiable y seguro

- a. La comunicación entre el contribuyente y el banco se hace con la seguridad habitual utilizada por las tiendas en internet.

- b. Confidencialidad, su declaración es codificada y sólo la SAT puede leerla.

- c. La comunicación entre los bancos y la SAT se realiza por canales seguros con estándares de seguridad para comercio electrónico.

Ingreso al portal SAT

La SAT ha integrado el acceso a sus aplicaciones web en un único menú y para facilitar su acceso se ha incorporado el enlace ingresar en la parte superior del portal SAT.

Debe ingresar su número de identificación tributaria (NIT) y la contraseña asignada, eServicios, SAQB'E, y otras aplicaciones han sido integradas en un listado que brinda acceso integrado.

Las opciones y orden del menú no se han cambiado, pero el nuevo menú tiene una mejor apariencia y mayor compatibilidad con los navegadores más utilizados. Permite la integración de las dos plataformas de aplicaciones web en un único menú, utilizando una arquitectura diseñada para las necesidades y demanda actual de las aplicaciones web de la SAT.

eServicios ahora utiliza servidores con mayor capacidad y mantiene además los aspectos de seguridad en la comunicación (HTTPS) que ya eran parte de las características del sistema.

También hay otros servicios de consulta disponible. Entre los principales se encuentran: InfoSAT - Servicio de información por correo electrónico semanal. Consultas por correo - Formulario para envío de consultas a la SAT que son atendidos por correo electrónico.

3.7.2. Registro Mercantil

Desde su creación en 1971, el Registro Mercantil General de la República de Guatemala tiene la misión de registrar, certificar y dar seguridad jurídica a todos los actos mercantiles que realicen personas individuales o jurídicas, por lo cual se hace necesario prestar cada día un mejor servicio.

Las medidas de seguridad se han ponderado significativamente, implementando un sistema de autenticación de los notarios a través de un dispositivo lector de huella digital y verificándolo remotamente desde internet.

Esta opción viene a sumarse a los servicios que actualmente se prestan a los visitantes que asisten personalmente al Registro.

Entre los logros más significativos obtenidos durante esta generación de servicios registrales están:

- Pago electrónico.
- Autenticación de usuarios a través de lector de huella digital.
- Consulta de denominaciones de sociedades mercantiles.
- Consulta de estado de expedientes en línea.
- Asesoría experta en línea (CHAT).
- Inscripciones en línea de sociedades mercantiles.

- Auxiliares de comercio.
- Empresas mercantiles.

Las empresas pueden inscribirse ahora mediante el uso de internet. Los abogados y notarios inscritos en el Registro Mercantil guatemalteco, pueden realizar los trámites vía internet y recibir por correo electrónico las patentes de comercio.

Inicialmente los abogados se deben registrar, lo cual incluye datos biométricos de su huella digital así como copia del carné de colegiados en el colegio profesional respectivo. Al llenar estos requisitos se les habilitará un código de acceso para que envíen las solicitudes y realicen el pago por internet a través de Banrural.

Al tramitar la solicitud deberán ingresar su huella con un lector digital (de venta en almacenes de computación). Después el sistema automáticamente envía la orden de publicación al Diario de Centro América.

También recibe la patente de comercio para entregarla a su cliente, cabe resaltar que esta cuenta con firma electrónica, microimpresión que no puede ser fotocopiada, cuenta con un código de barras que podrá ser leído por bancos y financieras para verificar la autenticidad de la patente.

La disponibilidad de los servicios de información (chat y correo electrónico) funcionan las 24 horas, con operadoras en inglés y español para aclarar cualquier tipo de duda que puedan tener los usuarios que utilizan el servicio en línea; el cual puede ser consultado desde cualquier computador.

3.7.3. Registro Electrónico de Poderes

La Corte Suprema de Justicia mediante el Acuerdo número 38-2004, crea el Registro Electrónico de Poderes, el cual permite de forma rápida, ágil, fácil y sobre todo da seguridad jurídica registral, fe pública documental, privacidad y confidencialidad de la información sensible y garante.

Desde el uno de septiembre de dos mil cuatro, se autorizó al Archivo General de Protocolos para llevar el registro de poderes en forma electrónica; en consecuencia, a partir de esa misma fecha se dejó de llevar el registro de poderes en forma manual en las oficinas centrales.

El Artículo 3 del Acuerdo antes mencionado, establece las atribuciones del director y subdirectores del Archivo General de Protocolos, subdirectores departamentales y regionales, quienes tienen las atribuciones siguientes:

1. "Registrar poderes, revocatorias, sustituciones, modificaciones y renunciaciones de éstos y cualesquiera otras inscripciones, anotaciones o cancelaciones.

2. Razonar segundos y subsiguientes testimonios que contengan poderes, revocatorias, sustituciones, modificaciones y renuncia de éstos, y cualesquiera otras inscripciones, anotaciones o cancelaciones.

3. Suspender o denegar el registro de los documentos que se presentaren.

4. Extender certificaciones y/o constancias relacionadas con las operaciones de su competencia, que consten en la base de datos.”

En relación a los puntos mencionados con anterioridad, Guatemala ha incursionado en el uso de las tecnologías de la información y comunicación para hacer más fácil el manejo de documentos, principalmente en los registros públicos, dándole la seguridad jurídica necesaria y la accesibilidad no únicamente para los notarios sino para personas en particular que necesitan conocer más acerca de estos procedimientos.

CAPÍTULO IV

4. Participación del notario en el mundo de las transacciones jurídicas electrónicas

4.1 La utilización de las tecnologías de información y comunicación en la función notarial

Se trata de definir cómo ha de participar el notario en el mundo de las transacciones jurídicas electrónicas y cuáles serán las nuevas exigencias para desarrollar su profesión en este mundo. El papel que juegue el notariado dependerá del lugar que el mismo haya creado, proponiendo soluciones para los nuevos problemas que se van planteando, haciéndose valer como institución que durante siglos ha resuelto de manera satisfactoria problemas como la identificación, la legalidad, la confidencialidad, el asesoramiento que, en un ambiente electrónico vuelven a surgir con original apariencia pero no con menos importancia. Se trata de adaptarse a nuevos requerimientos y ser útiles sin perder la esencia del notario latino ni abdicar de lo que son sus principios.

“La Sociedad de la información, constituye un fenómeno no sólo tecnológico sino sociocultural.”²² Esta nueva etapa en el desarrollo de la humanidad deja su impronta en campos tan estratégicos como la economía, la política y el ordenamiento jurídico de

²² Amoroso, Yarina. **Sociedad de la información: Aspectos éticos y jurídicos**. Pág. 6

cada Estado. Es tal el desarrollo alcanzado y el que se vislumbra alcanzar, que sus utilidades han permeado casi todas las esferas de nuestra vida social y entre ellas el comercio ocupa una posición de importancia, tornándose familiar para nosotros el término comercio electrónico.

“Los servicios de la Sociedad de la Información se prestan, en gran medida, a través del comercio electrónico. La contratación electrónica, se está consolidando en el mundo entero gracias a la implantación definitiva de protocolos que garantizan la seguridad de las transacciones y el incremento progresivo de usuarios de la red.”²³

“El comercio electrónico implica cualquier forma de transacción o intercambio de información comercial basada en el tratamiento electrónico y la transmisión de datos sobre redes de comunicación como Internet, que implica la transferencia de propiedad o de derechos para utilizar productos o servicios.”²⁴ “En sus inicios el comercio electrónico estaba restringido al comercio entre empresas conectadas por redes privadas cerradas pero actualmente crece en rapidez y complejidad para involucrar a un mayor número de participantes (empresas, empresarios individuales, consorcios transnacionales) que pueden incluso no conocerse y establecer relaciones de intercambio comercial en redes abiertas mundiales como internet.”²⁵

²³ Di Martino, Rosa Elena. **El notariado de tipo latino en la contratación electrónica. II Congreso Mundial de Derecho Informático.** Pág. 50

²⁴ Measuring electronic bussines definitions, underlying concepts, and measurements plans., EE.UU. Pág. 12

²⁵ Secretaría de la UNCTAD. **Comercio electrónico: Consideraciones jurídicas. Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo.** Pág. 25

Ante esta revolución tecnológica el derecho como ente regulador de la vida social enfrenta nuevos retos, marcados por la existencia de nuevas relaciones sociales que inciden directa e indirectamente en sus diferentes ramas, principios e instituciones y que demandan respuestas inmediatas para evitar anomalías, caos y anarquía dotando así de equidad, confianza y seguridad las relaciones entre los usuarios de las nuevas técnicas de la informática y las comunicaciones.

En materia de derecho notarial, específicamente para las legislaciones basadas en el sistema del notariado latino, basta citar lo que puede avizorarse ya en cuanto a la validez legal de las transacciones y contratos sin papel en los casos en que la ley exija como formalidad su suscripción en documento público notarial (y aun en los supuestos en que la ley no lo exija partiendo del principio de libertad de formas, si se pretende que el contrato electrónico tenga efectos ejecutivos, produzca una presunción de legitimidad y veracidad en el tráfico, que haga prueba aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y la fecha de éste, que las declaraciones contenidas en el mismo sólo puedan dejarse sin efecto por resolución judicial, que se considere como un principio de prueba privilegiada, deberá optarse por la forma del documento público cuyos efectos son superiores a los del documento privado); o la adaptación ante las nuevas circunstancias de principios tradicionales como el de inmediatez, el de unidad del acto, el de escritura, el de matricidad o protocolo o bien desde el punto de vista funcional, la aparición de nuevas aristas en el actuar del notario como fedatario público.

“El notario como protector y garante de la seguridad jurídica cumple un rol estratégico en la sociedad, dotando de certeza las relaciones entre los particulares al brindarles asesoría técnico - legal y ajustar su voluntad a lo establecido en las leyes; bajo la investidura estatal de la fe pública.”²⁶ Esta función medular de la actividad notarial, ante el auge del comercio electrónico ha de replantearse muchos de los principios e instituciones que le rigen para seguir siendo útil, tributando como herramienta eficaz en el complejo engranaje que implica la contratación electrónica y la utilización de documentos electrónicos, en aras de poder garantizar la confidencialidad de las comunicaciones, la identidad y capacidad de las partes contratantes, la integridad y autenticidad de los mensajes en todo el proceso de intercambio electrónico de información, en actos y negocios jurídicos de naturaleza civil o mercantil.

4.2. El cibernotario

“El cibernotario como solución anglosajona cuyo rol será el de combinar experiencia legal y técnica en una sola especialización y cuyos miembros ejercerán funciones distintas pero complementarias, para construir un puente entre el sistema de Common Law y las jurisdicciones basadas en el sistema del notariado latino”,²⁷ constituye una figura que promete dar respuesta a los retos que la tecnología, como medio de exteriorización de la voluntad en las relaciones interpersonales, impone al derecho, y que supone la celebración de contratos entre ausentes, perfeccionados por medio de un sistema telemático.

²⁶ Arredondo, Francisco Xavier. **La TIC en el quehacer notarial**. Pág. 34

²⁷ Devoto, Mauricio. **El comercio electrónico y la firma digital**. Pág. 23

“En tal sentido constituyen funciones del notario electrónico desde el punto de vista jurídico y técnico, pues suponen un alto grado de especialización en seguridad dentro de las tecnologías de la información”:²⁸

- **Legalización electrónica de firmas digitales.** La legalización de firma autógrafa ha sido función a cumplir por el notario tradicional; sin embargo, al generarse documentos electrónicos será la firma electrónica o digital la que corresponderá autenticar al cibernotario. Mediante la utilización de la firma digital, certificará y autenticará la identidad del originador de un mensaje electrónico.
- **La práctica del cibernotario en el marco de una infraestructura de clave pública.** Comprenderá la verificación de los datos de una persona a efectos de registrar una clave pública y obtener un certificado, cuyo procedimiento podrá variar de acuerdo al grado de certificación que se desee obtener en correspondencia con los actos y negocios en que utilizará el usuario su firma digital. De ahí que el notario pueda ser requerido para establecer únicamente la identidad del usuario o para realizar una investigación exhaustiva que incluya su historia crediticia y criminal.
- **Autenticaciones o verificaciones acerca de los términos y ejecución del documento.** Éstos deben estar de acuerdo con la ley y surtir todos los efectos jurídicos que les son atribuidos. De esta manera la intervención que al notario electrónico cabe en la documentación informática se extenderá no sólo a la legalización

²⁸ **Ibid.**

de firmas digitalizadas, sino también a la solemnización electrónica tanto del certificado que contiene identidad, capacidad y otros requisitos establecidos por la ley, como la autenticación del contenido del documento en sí. Ha de determinar la capacidad de una persona para realizar la transacción de que se trate, pero también ha de verificar y autenticar que la transacción misma cumple todos los requisitos legales y formales para surtir plenos efectos en cualquier jurisdicción.

- **Archivo.** El cibernotario, como depositario de los actos ante él celebrados, procederá a guardar la documentación y especialmente el certificado emitido, en sus registros o protocolos. Realizará asimismo la expedición de copias del protocolo a su cargo que en un contexto electrónico equivale a la reproducción de la información conservada digitalmente.
- **Depósito notarial a instancia de parte de los dispositivos para generar y verificar las claves privadas.** En estos casos el notario interviene en el modelo de confianza, para proteger y conservar en un lugar seguro la clave privada del titular de la firma digital.

Cumplirá de esta manera, con todos aquellos requisitos que, como autoridad certificadora le es exigible desde el punto de vista de la legislación y que como notario le cabe desempeñar en los sistemas legales de derecho escrito, con lo cual podrá actuar indistintamente respecto de uno u otro sistema, tanto en materia de legalizaciones como de autenticaciones.

4.3. La fe pública informática

Para algunos autores se está en presencia de una fe pública informática cuyo depositario cumple el rol de tercero certificador neutral, como dador de una nueva clase de fe pública, que a diferencia de la fe pública tradicional, no se otorga sobre la base de la autenticación de la capacidad de personas, del cumplimiento de formalidades en los instrumentos notariales o a los certificados de hechos, sino que se aplica a la certificación de procesos tecnológicos, de resultados digitales, códigos y firmas electrónicas.

Sucede que el notario cuando certifica procesos tecnológicos, resultados digitales, códigos y firmas electrónicas, está autenticando, confiriendo veracidad y certeza a hechos, circunstancias o actos que tienen trascendencia jurídica; está dotándolos de fe pública que tradicional o informáticamente sigue siendo única, como función estatal de la que son depositarios y han de ejercer bajo imparcialidad, legalidad y formalidad, pues tratándose además de documentos públicos electrónicos se requiere cumplir las exigencias y requisitos que para su otorgamiento establece la ley y que los dota de ese valor, de esa presunción de veracidad que en ejercicio de una actividad pública como la notarial hace que hagan plena prueba por sí solos.

Las mayores inquietudes giran en torno, no a la naturaleza de la fe pública, sino a los principios que fundamentan el derecho notarial latino; como los de inmediatez, permanencia, matricidad o protocolo, representación instrumental, o el de unidad del

acto, por citar algunos, que de cierta forma se ven amenazados por el ejercicio de una práctica notarial electrónica, con su consecuente repercusión en la legislación sustantiva.

La inmediatez supone presencia física obligatoria de los comparecientes por sí o por representación y se expresa bajo la fórmula: **ante mí**, pues la función del notario es de visu et auditu suis sensibus. Principios como el de inmediatez están en tela de juicio cuando se admite, la posibilidad de comunicación por medios electrónicos entre el notario y los intervinientes; sin embargo, las partes se encuentran presentes, pero no presentes físicamente sino en forma digital y códigos.

Tales circunstancias echarían por tierra el principio de inmediatez que rige los ordenamientos jurídicos basados en el sistema del notariado latino.

4.4. La firma electrónica

Es la forma en que se plasma, es decir utiliza medios electrónicos y adopta la intención de vinculación o de cumplimiento de las funciones de la firma autógrafa o manuscrita.

Es un bloque de caracteres que acompaña a un documento (o fichero), acreditando quien es su autor (autenticación) y que no ha existido ninguna manipulación posterior de los datos (integridad). Para firmar un documento digital, su autor utiliza su propia clave secreta (sistema criptógrafo asimétrico), a la que sólo él tiene acceso, lo que

impide que pueda después negar su autoría (no revocación o no repudio). De esta forma el autor queda vinculado a documentos de la firma. Por último, la validez de dicha firma podrá ser comprobada por cualquier persona que disponga de la clave pública del autor.

Es un conjunto de datos asociados a un mensaje que permite asegurar la identidad de un firmante y la integridad del mensaje. No es una firma escrita, sino un software, se basa en algoritmos que trabajan con números de hasta 2048 bits. La parte visible de la rúbrica es el nombre del firmante, pero también puede incluir el nombre de una compañía y el cargo.

La ley establece un conjunto de reglas generales aceptables en el ámbito internacional, que permitirán el desarrollo seguro de las vías del comercio electrónico. La entrada en vigor de la firma electrónica, permite, tanto a grandes o pequeñas empresas, así como a usuarios individuales, comunicarse en red, con la seguridad de que sus comunicaciones no serán interceptadas. Los notarios de la firma autentican la identidad, el interesado firma un contrato y la entidad certificadora proporciona, por un año, la llave mencionada.

De acuerdo con la SAT, la ley no sólo fortalece la certeza jurídica de comunicaciones y firma electrónica, sino que también representa una oportunidad para ampliar la aplicación de tecnologías de información y comunicación, para mejorar la eficiencia en

procesos en todo ámbito, tanto a nivel público (gobierno electrónico) como privado (comercio electrónico).

- **Firma digital:** Es un bloque de caracteres que acompaña a un documento (o fichero), acreditando quien es su autor (autenticación) y que no ha existido ninguna manipulación posterior de los datos (integridad).
- **Domicilio virtual:** Está conformado por la dirección electrónica de una persona, que constituye la residencia habitual en la red de internet.
- **Firma:** Es el trazado gráfico, conteniendo habitualmente el nombre, apellido y rúbrica de una persona, con el cual se suscriben los documentos para darle autoría y obligarse con lo que en ellos se dice.

4.4.1. Sujetos

- Emisor o suscriptor.
- Receptor o destinatario.
- Autoridad de Certificación (CA. Certification Authority) o proveedor de servicios de certificación (PSC).
- Organismo licenciante.

4.4.2. Clases de firmas electrónicas

- Firma electrónica sin cifrar el mensaje de datos, sólo identifica al emisor (firma electrónica simple)
- Firma electrónica relacionada con el mensaje de datos (denominada firma digital o firma electrónica avanzada)
- Firma electrónica relacionada con el mensaje de datos (firma digital o firma electrónica avanzada), cifrado del mensaje de datos.

4.4.3. Criptografía

Es la técnica basada en un algoritmo matemático, que transforma un mensaje legible a su equivalente en un formato ilegible para cualquier usuario que no cuente con la clave secreta para descifrarlo. La encriptación está basada en dos elementos: un algoritmo y una clave.

El algoritmo es el conjunto de caracteres en que viaja la información y la clave es la combinación para resolver el algoritmo y poder interpretarlo. Si alguien intercepta el mensaje, el cual irá en forma de algoritmo (conjunto de caracteres sin sentido), no podrá descifrarlo sin la clave.

a. Tipos

- **Encriptación simétrica (clave o llave privada)**

Ésta funciona en base a una clave privada que conocen los interlocutores (emisor y receptor), utilizando la misma clave para encriptar y desencriptar el mensaje electrónico. Su uso representa que un usuario que tenga comunicación distinta con otros 10 usuarios, debe tener una clave para cada uno. Un ejemplo es el Data Encryption Estándar (DES), desarrollado por IBM.

- **Encriptación asimétrica (clave o llave pública)**

La criptografía de clave o llave pública está basada en el uso de dos claves (llaves), una privada y una pública; el usuario emisor encripta un mensaje mediante la utilización de la clave privada y el receptor tiene la clave pública, la cual es única para desencriptar el mensaje original del usuario. Además, el emisor puede transmitir a varios receptores la clave pública, pero ésta servirá solamente para descifrar la clave privada, la cual es única y queda bajo la responsabilidad del emisor o bien para enviar mensajes que sólo podrá desencriptar la clave privada. El más utilizado actualmente es el Pretty Good Privacy (PGP).

4.4.4. Certificación

Es la actividad que consiste en que una persona competente legitime o acredite que un acto o hecho se ajusta a determinados requisitos o especificaciones de carácter jurídico o técnico en su caso; esta expedición de aprobación en algunos casos va revestida de fe pública (administrativa, notarial, judicial, registral) en el cumplimiento de todos los requisitos exigidos.

Un sistema de certificación es el conjunto de etapas que administrado por sus propias reglas de procedimiento y de administración, tiene por objeto emitir una certificación; el sistema de eficiencia, y eficacia, debe ser aceptado por los interesados y debe ser funcional, así como dar certeza de lo actuado.

4.4.5. Fase previa para usar la firma electrónica

Ésta se realiza a través de una serie de etapas o procedimientos que deben de cumplir una fase previa, la cual varía según la clase de firma electrónica y si existirá participación de una entidad certificadora independiente. Consiste en la asistencia del emisor con un ente de certificación para adquirir un par de claves (privada y pública contenida en un soporte electrónico) y un certificado digital; esta acción la puede realizar el emisor de forma personal o bien la puede adquirir por la internet. En todo caso el ente certificador procederá a identificar al usuario por medio de los documentos correspondientes (cédula de vecindad, etc.), lo cual se puede realizar de forma directa

ante el certificador o por medio de entidades colaborando, denominadas autoridades locales de registro.

El certificador le entrega al emisor el software de clave privada el cual está bajo su responsabilidad; con la clave pública pueden darse dos situaciones:

- El certificador, entrega al emisor la clave pública, con el objeto que el emisor al enviar un mensaje de datos al receptor le envíe además la clave pública como un archivo adjunto (attachment).

- Que la clave pública se encuentre ubicada o publicada en directorios públicos, depósito (en la internet).

4.5. Protocolo electrónico (según legislación mexicana)

Protocolo es el conjunto de folios ordenados numérica y cronológicamente, en los que el notario, observando los requisitos establecidos en la ley, asienta las escrituras y actas que se otorguen ante su fe. También forman parte del protocolo, los libros de documentos, los índices, las actas de apertura y cierre de cada tomo, así como sus soportes informáticos.

“El protocolo electrónico es un registro similar al de papel, en donde el sistema electrónico generaría automáticamente el número del documento, fecha y hora cierta, autenticando las calidades del notario para su ejercicio.”²⁹

La aplicación informática correspondiente, tendría todos los servicios que ellos y el Estado realizan con el protocolo, pudiendo hacerse desde cualquier parte del país o en el exterior, incluso en movimiento por cualquier dispositivo que permita autenticar al notario por medio de una firma electrónica y el certificado digital que la ampare. El Estado tendría acceso en tiempo real a todos los negocios jurídicos notariales, pudiendo ejercer de mejor manera el presupuesto de control y supervisión.

La Ley del Notariado del Estado de Jalisco, vigente en su sección segunda regula el uso del protocolo electrónico, el Artículo 76 de dicho ordenamiento define a esta figura como: “El conjunto de documentos, implementos y archivos electrónicos en que constan los hechos y actos autorizados por el notario por ese medio, los libros que se formen con la impresión de ellos, sus índices y actas de apertura y cierre.”

Con el documento electrónico en todas sus variantes, el notario debe prestar atención a los continuos avances tecnológicos que facilitan cada vez más la comunicación entre las partes, así como la información que pudiera necesitar.

²⁹Leal , Hugo. **El protocolo del cibernetario**. Pág. 20

Resulta evidente que el notario debe estar preparado desde el punto de vista técnico para ofrecer los mismos servicios profesionales actuales a través de los medios electrónicos, pues aunque hagan muchas o pocas escrituras, nada cambiará el hecho cierto de que cada día más la gente vinculada a los negocios utiliza los modernos medios de comunicación. Esto supone también un trabajo de actualización tecnológica por parte del profesional y de su personal.

En el Estado de Jalisco los instrumentos públicos redactados o impresos en soporte electrónico, conservan ese carácter siempre que contengan la firma electrónica certificada necesariamente integrada con impresión digital del notario y en su caso de los otorgantes, obtenidas éstas de conformidad con la normatividad aplicable al uso de firma electrónica; la Secretaría General de Gobierno, es la dependencia competente, a través de la cual se dispondrá la impresión de un registro simplificado de instrumentos públicos asentados en soporte electrónico, en el que los notarios deberán hacer constar los actos que autorizan en orden progresivo, de conformidad con su numeración, conteniendo además el día y hora de la autorización del acto, nombre de las personas cuyas firmas electrónicas se contienen en el documento e impresión del documento electrónico, que servirá para formar el ejemplar que debe ser conservado por la autoridad competente antes mencionada; además, se implementa el libro general de documentos, que deberá ser rubricado, firmado y sellado por el notario.

Cada tomo del protocolo informático contendrá ochocientos registros, los notarios forman el libro general de documentos conforme a las mismas reglas del

correspondiente al protocolo. Para la entrega del registro simplificado del protocolo electrónico se observarán las formalidades que para los tomos de protocolo establece la Ley del Notariado, así como su Reglamento donde se establecen los requisitos indispensables para la autorización y conservación del instrumento público electrónico.

La intervención del notario en el documento público autorizado en soporte electrónico, está sujeta a los requisitos de todo documento público notarial autorizado en el protocolo y goza de fe pública cuando se haya realizado; en el caso de que las copias sean trasladadas a papel por notario deberá además adherir en cada hoja un holograma.

Ahora bien, hablando del consentimiento de las partes para la celebración de actos jurídicos mediante instrumentos públicos, podrá otorgarse a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, siempre y cuando se observen las disposiciones de la Ley de Firma Electrónica.

Un punto importante en este tema y que resulta idóneo señalar a manera de comparación para su posible aplicación, son **mecanismos y medios de comunicación** aprobados por la **Comisión de Firma Electrónica** sobre procedimientos y requisitos que deben cumplir las entidades certificadoras.

Las autoridades certificadoras deben contar con infraestructura propia para emitir certificados digitales; sin embargo, se requiere de medios y mecanismos de

comunicación que permitan consultar el estado que guardan dichos certificados a efecto de lograr su reconocimiento.

La consulta del estado del **certificado digital** se llevará a cabo directamente en el RCD de cada autoridad certificadora a través de un servicio para verificar el estado de un certificado digital en línea, basado en el protocolo de comunicación “Online Certificate Status Protocol” (OCSP). “El cual permitirá a los usuarios consultar el estado que guarda un certificado digital vía internet emitido por una autoridad certificadora que forma parte de la ITFEA”.³⁰

4.6. Análisis de la regulación legal de las tecnologías de información y comunicación en Guatemala

Guatemala, cuenta con leyes que protegen el uso o invención de las Tecnologías de la Información y Comunicación, aunque no las establece como tales en la legislación, se debe recordar que estas TIC son todas aquellas tecnologías que agrupan un conjunto de sistemas necesarios para administrar la información; especialmente, las computadoras y programas necesarios para convertirla, almacenarla, administrarla, transmitirla y encontrarla. Una sociedad de la información se remonta a la invención del telégrafo eléctrico, después el teléfono fijo, la radiotelefonía y más adelante, la televisión, internet, la telecomunicación móvil y el GPS.

³⁰ Arredondo, **Ob. Cit.** Pág. 22

La Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 42 cita: “Derechos de autor o inventor: Se reconoce el derecho de autor y el derecho de inventor; los titulares de los mismos gozarán de la propiedad exclusiva de su obra o invento, de conformidad con la ley y los tratados internacionales.”

Debido a que la Carta Magna establece dicho derecho y considerando que el desarrollo de las nuevas tecnologías para la difusión de las obras ha permitido diferentes modalidades, no sólo para la accesibilidad, facilidad y economía de la innovación de la propiedad intelectual sino también para la defraudación de estos derechos, el Congreso de la República de Guatemala crea el Decreto número 33-2008 Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, para dar mayor seguridad jurídica.

El Artículo 30 de la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos indica: “Los programas de ordenador se protegen en los mismos términos que las obras literarias. Dicha protección se extiende tanto a los programas operativos como a los programas aplicativos ya sea en forma de código fuente o código objeto cualquiera que sea su forma o modo de expresión. La documentación técnica y los manuales de uso de un programa gozan de la misma protección prevista para los programas de ordenador.”

El Artículo 32 del mismo cuerpo legal establece: “La reproducción de un programa de ordenador incluso para uso personal, exigirá la autorización del titular de los derechos, con excepción de la copia que se haga con el fin exclusivo de sustituir la copia

legítimamente adquirida, cuando ésta ya no pueda utilizarse por daño o pérdida. Sin embargo ambas copias no podrán utilizarse simultáneamente.”

Guatemala protege el uso de las Tecnologías de la Información y Comunicación desde la creación de la Constitución Política de la República, y explícitamente la protección a aquellas personas que inventan la forma de hacer más fácil y sencillo el manejo de documentos e información, para dar seguridad jurídica al ordenamiento guatemalteco desde 1998, cuando entró en vigencia la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos.

El Decreto número 47-2008 del Congreso de la Republica de Guatemala; Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas, establece de forma detallada la protección y uso de las TIC (Tecnologías de Información y Comunicación): “El Estado es responsable de aplicar, mantener y reforzar acciones que permitan una mayor participación en el desarrollo económico, social y modernización de los procesos sin obstáculos para la inserción del país en las corrientes del progreso mundial de manera sostenible y equitativa.

La promoción del comercio electrónico requiere una legislación para la facilitación electrónica en el interior y exterior de las fronteras nacionales y el estímulo de las operaciones efectuadas por medio de las nuevas tecnologías de la información sobre la base de la autonomía de la voluntad y el apoyo no sólo de nuevas prácticas

comerciales sino de registrales y notariales, tomando en cuenta la neutralidad tecnológica.”

El Artículo 1 de la ley citada establece: “La presente ley será aplicable para todo tipo de comunicación electrónica, transacción o acto jurídico, público o privado, nacional o internacional. El Estado y sus instituciones quedan expresamente facultados para la utilización de las comunicaciones y firmas electrónicas.

Las normas sobre la prestación de servicios de certificación de firma electrónica que recoge esta ley, no sustituyen ni modifican las que regulan las funciones que corresponde realizar a las personas facultadas, con arreglo a derecho, para dar fe de la firma en documento o para intervenir en su elevación a públicos.

A todo contrato que esté en forma electrónica no se negarán sus efectos jurídicos, ninguna persona está obligada a utilizar o aceptar información en forma electrónica pero hará prueba su conformidad. Salvo acuerdo en contrario de las partes en la comunicación electrónica para modificar normas, cláusulas o condiciones del contrato.

Si un contrato o cualquier comunicación electrónica requiere para su validez el uso de la firma, el método deberá ser fiable y apropiado para los fines que se generó la comunicación electrónica, atendiendo cada una de las circunstancias del caso. Los firmantes que utilicen el método electrónico deberán actuar con la diligencia razonable para evitar la utilización no autorizada de sus datos de creación de firma.”

Este Decreto regula también el valor probatorio de una comunicación electrónica en el Artículo 12, donde establece que la comunicación electrónica hace plena prueba debido a su regulación en el ordenamiento jurídico guatemalteco.

La legislación guatemalteca establece que la oferta y la aceptación de cualquier contrato podrán hacerse por medio de una comunicación electrónica, por entidades públicas o por particulares.

Hoy día todos los organismos del Estado y registros públicos en Guatemala, utilizan las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC), y cuentan con sitios web a los que cualquier persona puede acceder para obtener información o conocer las funciones o servicios que presta cada entidad, que facilitan los trámites y diligencias que se operan en cada una.

Asimismo, el notario no se ha quedado atrás y ha ido avanzando junto con la tecnología en la función notarial, ya que con el uso de las computadoras y el internet se le ha simplificado el trabajo, a tal punto que muchas veces ya no es necesario que salga de su bufete, pues a través de las TIC puede llenar formularios, hacer registros, pagos, verificar datos, obtener información y principalmente, comunicarse con otras personas o entidades, lo que facilita su función y quehacer notarial; y fundamentalmente, desarrollando la fe pública que le otorga el Estado de manera rápida y sencilla.

CONCLUSIONES

1. Guatemala es un país en vías de desarrollo en el ámbito de tecnología y preparación científica, pero debido a la falta de interés y poca iniciativa de las autoridades y los individuos, continúa siendo difícil acceder a tecnologías de información y comunicación.
2. La falta de implementación de las tecnologías de información y comunicación, ha dado lugar a que el notario no esté preparado o actualizado en la forma de agilizar o elaborar los documentos que autoriza.
3. El mundo electrónico avanza a pasos acelerados, el problema es que Guatemala se va quedando atrás, pues no trata de actualizar la legislación ni moderniza sus instituciones.
4. Es cierto que la mayoría de registros públicos se han modernizado y actualizado electrónicamente, pero como Guatemala es un país de costumbres y tradiciones, a los notarios les ha costado ir de la mano con la tecnología moderna.
5. El problema de las tecnologías de información y comunicación, es que todavía no brindan la seguridad jurídica que la función notarial requiere para los documentos que elabora el notario.

RECOMENDACIONES

1. El gobierno de Guatemala debe implementar políticas y procesos de innovación tecnológica, como instancia de generación de conocimientos, que traerán beneficios a toda la población.
2. El notario guatemalteco requiere hoy día, adaptarse a las exigencias y transformaciones del mundo actual y debe incorporar a su quehacer herramientas como la informática, la criptografía y la telemática.
3. Tanto la Universidad de San Carlos de Guatemala como el Colegio de Abogados y Notarios, deben promover la modernización y actualización de la legislación notarial, para obligar así a los notarios a que se superen profesionalmente.
4. La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales debe implementar las tecnologías de información y comunicación en el pensum de estudios, de modo que desde que el estudiante inicie su preparación profesional y notarial, lo haga con los sistemas más modernos.
5. La forma más segura para darle validez y seguridad jurídica a los documentos que el notario elabora electrónicamente es a través de la firma electrónica, por lo que se le debe dar más publicidad e incorporarla a la legislación notarial.

BIBLIOGRAFÍA

- AMOROSO, Yarina. **Sociedad de la información: Aspectos éticos y jurídicos.** España: 2da. ed. Facultad de Filosofía del Derecho. Universidad de Valencia.
- ARREDONDO, Francisco Xavier. **Las TIC en el quehacer notarial.** CiberHábitad Ciudad de la Informática. Febrero 2003.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual.** Tomo II.
- CARNEIRO, José A. **Derecho notarial.** 2da. ed. Ed. EDINAF, Lima, Perú, 1988
- CARRAL Y DE TERESA, Luis. **Derecho notarial y derecho registral.** 3ra. ed. México: Ed. Porrúa, S.A. México, 1976.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel. **El notario latino y su función.** Colegio de abogados, serviprensa centroamericana. Guatemala. 1973.
- DEVOTO, Mariano. Pág. 84
- DI MARTINO, Rosa Elena. **El notariado de tipo latino en la contratación electrónica.** II Congreso Mundial de Derecho Informático. Madrid, España. Ed. 2002.
- Measuring electronic business definitions, underlying concepts and measurements plans.** Estados Unidos de América: (s.e.), Ed. 2009
- Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo.** Comercio Electrónico: Consideraciones jurídicas. 1998.
- GIMÉNEZ ARNAU, Enrique. **Derecho notarial.** Ediciones Universidad de Navarra, S.A. Pamplona, España: 1976.

GONZÁLEZ, Carlos Emérito. **Derecho notarial**. Editora la Ley, S.A. Buenos Aires, Argentina. 1971.

LEAL, Hugo. **El protocolo del cibernotario**. México, Aguascalientes. Ed. 2001.

MORGA VARGAS, Hernán. **Manual de derecho notarial**. 1ra. ed. San José, Costa Rica: Ed. 1999.

MUÑOZ, Roberto Nery. **Introducción al estudio del derecho notarial**. 12 ed. Guatemala: Ed. 2007.

NERI, Argentino I. **Tratado teórico y práctico de derecho notarial**. 2da. ed., Ediciones de Palma. Buenos Aires, Argentina. 1980.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales**. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1974.

PÉREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. **Derecho notarial**.

SALAS, Oscar A. **Derecho notarial de Centroamérica y Panamá**. Ed. San José, Costa Rica. 1973

Secretaría de la UNCTAD. Pág. 82

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 número 106, 1963.

Código de Notariado. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 314, 1946.

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

Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 47-2008, 2008.

Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 33-2008, 2008.