

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

**LA UTILIDAD DE LA FIRMA DIGITAL EN EL ÁMBITO JURÍDICO GUATEMALTECO  
Y LA FUNCIÓN DEL NOTARIO CON RELACIÓN A ELLA Y LA NECESIDAD DE LA  
CREACIÓN DE LA LEY DE FIRMA DIGITAL**

**MARÍA DEL CARMEN MARTÍNEZ CORADO**

**GUATEMALA, MAYO 2011**

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

**LA UTILIDAD DE LA FIRMA DIGITAL EN EL ÁMBITO JURÍDICO GUATEMALTECO  
Y LA FUNCIÓN DEL NOTARIO CON RELACIÓN A ELLA Y LA NECESIDAD DE LA  
CREACIÓN DE LA LEY DE FIRMA DIGITAL**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**MARÍA DEL CARMEN MARTÍNEZ CORADO**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los títulos profesionales de

**ABOGADA Y NOTARIA**

Guatemala, mayo 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. Mario Ismael Aguilar Elizardi  
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz  
VOCAL IV: Br. Mario Estuardo León Alegría  
VOCAL V: Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada  
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Marco Tulio Escobar Herrera  
Vocal: Licda. Gladis Yolanda Albeño Ovando  
Secretario: Lic. Carlos Urbina Mejía

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Ronan Arnoldo Roca Menéndez  
Vocal: Lic. Cesar Augusto Conde Rada  
Secretario: Licda. Eloiza Ermila Mazariegos Herrera

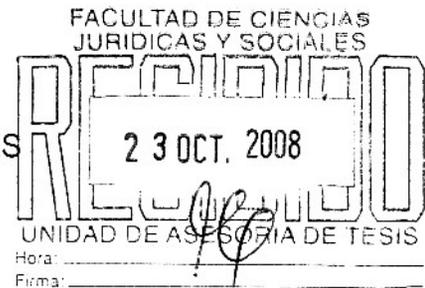
NOTA: "Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas en la tesis". (Artículo 43 del reglamento para los exámenes Técnico Profesionales de Abogacía y Notariado y Público de Tesis).

LICENCIADO CARLOS RAFAEL PINEDA MORALES  
ABOGADO Y NOTARIO COLEGIADO No. 4028  
8ª. Calle 9-41 Zona 1, Teléfono: 24737902



Guatemala, 23 de octubre de 2008.

LICENCIADO  
CARLOS CASTRO MONROY  
JEFE DE LA UNIDAD DE TESIS  
DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
CIUDAD UNIVERSITARIA, ZONA 12.



Licenciado Castro Monroy:

Me permito informarle que con base al nombramiento recibido, procedí a asesorar el trabajo de tesis titulado: LA UTILIDAD DE LA FIRMA DIGITAL EN EL ÁMBITO JURÍDICO GUATEMALTECO Y LA FUNCIÓN DEL NOTARIO CON RELACIÓN A ELLA Y LA NECESIDAD DE LA CREACIÓN DE LA LEY DE FIRMA DIGITAL, de la estudiante MARÍA DEL CARMEN MARTÍNEZ CORADO, carné estudiantil número 200311418.

Luego de haber tomado en cuenta las sugerencias que hice a la estudiante y en base a lo que establece el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, le informo que el presente trabajo de investigación aporta una contribución científica, ya que la estudiante utiliza las técnicas de investigación que establece el método científico sin las cuales carecería de carácter científico, además posee información de gran importancia no sólo para el tema propuesto por la estudiante si no, para futuros estudios relacionados con el derecho notarial, el derecho mercantil y el derecho informático, pues aporta conocimientos significativos para el notario y su actividad fedataria en relación a la firma digital y la función que debiera realizar el notario con relación a la firma digital, para el derecho mercantil al exponer la función de la firma digital en el comercio electrónico en la legislación guatemalteca, así, como para el derecho informático al estudiar y analizar la ley que regula la firma digital como se observa en los anexos.

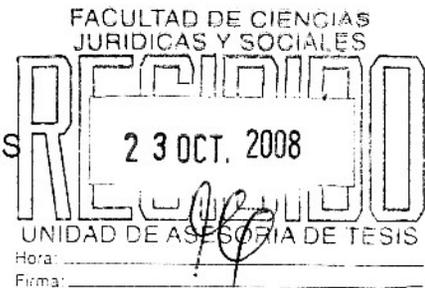
El tema propuesto es de gran importancia, pues es un tema eminentemente actual y moderno por lo que es necesario conocer los conceptos y teorías que en él se exponen de una forma simple para una mayor comprensión, pero con el lenguaje apropiado, la redacción cumple con los requisitos establecidos, la bibliografía utilizada es la adecuada para el tema de estudio; la metodología empleada para el desarrollo de la presente investigación es la correcta debido al carácter del fenómeno de estudio, además, existe congruencia entre las conclusiones y recomendaciones y el desarrollo del trabajo de investigación, así como el cuadro estadístico que es la expresión de los resultados de la investigación de campo realizada, congruencia que permite establecer el carácter técnico y científico del presente trabajo de tesis.

LICENCIADO CARLOS RAFAEL PINEDA MORALES  
ABOGADO Y NOTARIO COLEGIADO No. 4028  
8ª. Calle 9-41 Zona 1, Teléfono: 24737902



Guatemala, 23 de octubre de 2008.

LICENCIADO  
CARLOS CASTRO MONROY  
JEFE DE LA UNIDAD DE TESIS  
DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
CIUDAD UNIVERSITARIA, ZONA 12.



Licenciado Castro Monroy:

Me permito informarle que con base al nombramiento recibido, procedí a asesorar el trabajo de tesis titulado: LA UTILIDAD DE LA FIRMA DIGITAL EN EL ÁMBITO JURÍDICO GUATEMALTECO Y LA FUNCIÓN DEL NOTARIO CON RELACIÓN A ELLA Y LA NECESIDAD DE LA CREACIÓN DE LA LEY DE FIRMA DIGITAL, de la estudiante MARÍA DEL CARMEN MARTÍNEZ CORADO, carné estudiantil número 200311418.

Luego de haber tomado en cuenta las sugerencias que hice a la estudiante y en base a lo que establece el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, le informo que el presente trabajo de investigación aporta una contribución científica, ya que la estudiante utiliza las técnicas de investigación que establece el método científico sin las cuales carecería de carácter científico, además posee información de gran importancia no sólo para el tema propuesto por la estudiante si no, para futuros estudios relacionados con el derecho notarial, el derecho mercantil y el derecho informático, pues aporta conocimientos significativos para el notario y su actividad fedataria en relación a la firma digital y la función que debiera realizar el notario con relación a la firma digital, para el derecho mercantil al exponer la función de la firma digital en el comercio electrónico en la legislación guatemalteca, así, como para el derecho informático al estudiar y analizar la ley que regula la firma digital como se observa en los anexos.

El tema propuesto es de gran importancia, pues es un tema eminentemente actual y moderno por lo que es necesario conocer los conceptos y teorías que en él se exponen de una forma simple para una mayor comprensión, pero con el lenguaje apropiado, la redacción cumple con los requisitos establecidos, la bibliografía utilizada es la adecuada para el tema de estudio; la metodología empleada para el desarrollo de la presente investigación es la correcta debido al carácter del fenómeno de estudio, además, existe congruencia entre las conclusiones y recomendaciones y el desarrollo del trabajo de investigación, así como el cuadro estadístico que es la expresión de los resultados de la investigación de campo realizada, congruencia que permite establecer el carácter técnico y científico del presente trabajo de tesis.



Por lo anteriormente expuesto extendiendo el presente DICTAMEN FAVORABLE, en mi calidad de Asesor, considerando que el trabajo referido llena los requisitos necesarios como investigación científica y trabajo de tesis.

Atentamente,

Lic. Carlos Rafael Pineda Morales  
ABOGADO Y NOTARIO

LIC. CARLOS RAFAEL PINEDA MORALES  
ABOGADO Y NOTARIO, COLEGIADO No. 4,028  
ASESOR DE TESIS.

UNIVERSIDAD DE SAN  
CARLOS DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

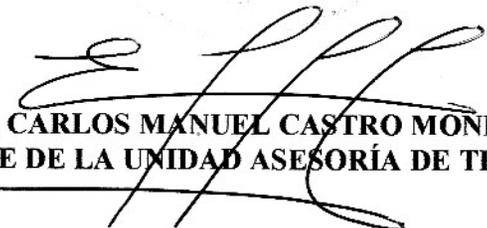
Ciudad Universitaria, Zona 12  
GUATEMALA, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintiséis de noviembre de dos mil ocho.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) RONY EULALIO LÓPEZ CONTRERAS, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante MARÍA DEL CARMEN MARTÍNEZ CORADO, Intitulado: "LA UTILIDAD DE LA FIRMA DIGITAL EN EL ÁMBITO JURÍDICO GUATEMALTECO Y LA FUNCIÓN DEL NOTARIO CON RELACIÓN A ELLA Y LA NECESIDAD DE LA CREACIÓN DE LA LEY DE FIRMA DIGITAL".

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

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

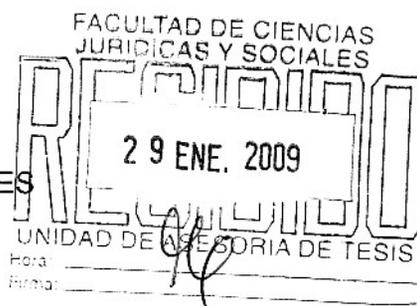
cc. Unidad de Tesis  
CMCM/ragm

Dr. RONY EULALIO LÓPEZ CONTRERAS  
ABOGADO Y NOTARIO, COLEGIADO No. 5302  
3ª Avenida 16-21 zona 14, Teléfono: 58045793



Guatemala, 29 de enero de 2009.

LICENCIADO  
CARLOS CASTRO MONROY  
JEFE DE LA UNIDAD DE TESIS  
DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
CIUDAD UNIVERSITARIA, ZONA 12.



Licenciado Castro Monroy:

Por este medio me permito informarle que con base al nombramiento recibido, procedí a revisar el trabajo de tesis titulado: LA UTILIDAD DE LA FIRMA DIGITAL EN EL ÁMBITO JURÍDICO GUATEMALTECO Y LA FUNCIÓN DEL NOTARIO CON RELACIÓN A ELLA Y LA NECESIDAD DE LA CREACIÓN DE LA LEY DE FIRMA DIGITAL, de la estudiante MARÍA DEL CARMEN MARTÍNEZ CORADO, carné estudiantil número 200311418.

Luego de haber formulado algunas sugerencias a la estudiante, las que fueron atendidas en la presentación final del trabajo, y con base a lo que establece el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, le informo que el presente trabajo de investigación posee el contenido técnico y científico requerido, técnico al cumplir con los requerimientos establecidos para todo trabajo de tesis, ello al obedecer a un orden lógico capítulo a capítulo, hasta llegar a las conclusiones y recomendaciones, un lenguaje claro, práctico y versado, con el que se manifiestan los conocimientos en él contenidos; científico, al exponer conceptos, teorías y definiciones necesarios e importantes para el estudio y desarrollo del tema presentado, pues el presente trabajo expone temas que considero substanciales para la comprensión del presente trabajo, así, como trascendentales para futuros estudios relacionados con el tema propuesto, además, de ser las conclusiones y recomendaciones muy certeras según la investigación bibliográfica y de campo realizadas, pues en lo que se refiere a los cuadros estadísticos y los anexos en ellos se manifiesta la realidad objetiva de los sujetos objeto de la entrevista, realidad sin la cual no se hubiera podido arribar a las conclusiones obtenidas.

La bibliografía utilizada es la adecuada para el tema de estudio y la redacción cumple con los requisitos establecidos para trabajos de esta índole, así mismo, considero que la metodología utilizada para el desarrollo del trabajo



del cual hago referencia, es la indicada ya que es una investigación de carácter descriptivo del fenómeno.

Por lo anteriormente expuesto extendiendo el presente DICTAMEN FAVORABLE, en mi calidad de Revisor, considerando que el trabajo referido llena los requisitos necesarios como investigación científica y trabajo de tesis.

Atentamente,

Dr. RONY EULALIO LÓPEZ CONTRERAS  
ABOGADO Y NOTARIO, COLEGIADO No. 5302  
REVISOR DE TESIS.

*Dr. Rony Eulalio López Contreras*  
Abogado y Notario



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, dos de febrero del año dos mil diez.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante MARÍA DEL CARMEN MARTÍNEZ CORADO, Titulado LA UTILIDAD DE LA FIRMA DIGITAL EN EL ÁMBITO JURÍDICO GUATEMALTECO Y LA FUNCIÓN DEL NOTARIO CON RELACIÓN A ELLA Y LA NECESIDAD DE LA CREACIÓN DE LA LEY DE FIRMA DIGITAL. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

MTCL/sllh.



## ACTO QUE DEDICO

### **A MI PADRE CELESTIAL:**

Fuente inagotable de conocimiento y fortaleza a quien acudo cuando siento que mis fuerzas desaparecen, por haberme permitido cumplir esta meta.

### **A MIS PADRES:**

Creadores de mis días en la tierra, por haberme apoyado durante toda mi vida, sin los cuales este día no hubiera llegado.

### **A MIS HERMANOS:**

Quienes vivieron este sueño conmigo, por su apoyo y colaboración.

**A:**

Mis amigos, por su apoyo y ánimos para seguir adelante.

**A:**

La Universidad de San Carlos de Guatemala, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

## ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	i

### CAPÍTULO I

1. Antecedentes del derecho notarial.....	1
1.1 Antecedentes históricos del derecho notarial.....	1
1.2 Época moderna del derecho notarial.....	3
1.2.1 Edad media.....	3
1.2.2 Roma y España.....	4
1.2.3 Las Leyes de los reinos de las indias.....	5
1.2.4 Sistemas notariales.....	7
1.2.4.1 Características y funciones del sistema latino.....	7
1.2.4.2 Características del sistema sajón.....	9
2. Definición de derecho notarial.....	10
3. Características del derecho notarial.....	12
4. Principios del derecho notarial.....	12

### CAPÍTULO II

2. La función notarial, la fe pública y seguridad jurídica.....	15
2.1 La función notarial y la fe pública.....	15
2.2 Teorías que explican la función notarial.....	15

	<b>Pág.</b>
2.3 Funciones que desarrolla el notario.....	17
2.4 La fe pública.....	19
2.4.1 Definición de fe pública.....	24
2.4.2 Tipos de fe pública.....	25
2.4.3 Clases de fe pública.....	25
2.5 La función notarial y el principio de seguridad jurídica.....	28

### **CAPÍTULO III**

3. Las nuevas formas de intervención del notario por el uso de tecnologías, la Internet, el comercio electrónico y la firma digital.....	29
3.1 Aspectos considerativos.....	29
3.2 Las nuevas formas de intervención del notario.....	39
3.2.1 La Internet.....	39
3.3 El Internet y el comercio electrónico.....	45
3.3.1 Clasificación del comercio electrónico.....	48
3.3.2 El comercio electrónico y su regulación.....	52
3.4 La firma electrónica.....	65
3.4.1 La firma electrónica en la administración pública.....	66
3.5 La firma digital.....	71
3.5.1 La criptografía como base de la firma digital.....	79
3.5.2 Las funciones hash.....	81

	<b>Pág.</b>
3.5.3 Tercera parte confiable.....	82
3.5.4 Los certificados digitales.....	84
3.5.5 Los sellos temporales.....	86
3.5.6 La confidencialidad de los mensajes.....	87

## **CAPÍTULO IV**

4. La firma digital en Guatemala y la función del notario en la firma digital en la legislación comparada.....	89
4.1 La firma digital en Guatemala.....	89
4.2 Análisis del Decreto 47-2008 del Congreso de la República Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas.....	91
4.3 La firma digital y la autenticación del notario.....	98
4.4 Presentación, análisis e interpretación de resultados del trabajo de campo.....	101
4.4.1 Metodología aplicada.....	101
CONCLUSIONES.....	103
RECOMENDACIONES.....	105
ANEXOS.....	109
BIBLIOGRAFÍA.....	117

## INTRODUCCIÓN

El tema presentado surge al considerar la importancia de la firma digital, ella radica en que poco se conoce acerca de la misma, pues necesario es conocer la función de la firma digital, ya que cumple o podría cumplir, si se aplica y desarrolla correctamente funciones de tan gran relevancia para Guatemala que implicaría un porcentaje considerable de desarrollo para el país, pues el desarrollo tecnológico conlleva al desarrollo del comercio, la industria, y del propio gobierno en su función administrativa, es por ello que, en el presente trabajo se estudia la utilidad de la firma digital en el ámbito jurídico guatemalteco, y en específico, la función que el notario desarrolla con relación a ella, es por eso que la presente investigación tiene como objetivos establecer la utilidad de la firma digital en la administración pública, señalar la función que al notario compete en la firma digital e indicar las limitaciones que en la actualidad afronta el país en la implementación de la firma digital en la legislación guatemalteca.

La hipótesis sostenida es que el notario debe poder actuar como una entidad prestadora de servicios de certificación, así como intervenir en la contratación mercantil, pues de lo contrario se estaría limitando la función que el estado le ha encomendado al notario, ya que al analizar el Decreto 47-2008 del Congreso de la República Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Digitales, la actividad notarial no se modifica en ningún sentido, continuando el notario con las mismas actividades, circunstancia que debiera modificarse otorgándole la facultad de poder intervenir en contratos electrónicos a través de su fe pública por medio de una firma digital, como es regulado en la legislación argentina y española; ya que la función de la firma manuscrita es la de indicar la persona a quien corresponde y de certificar la veracidad del documento, funciones que la firma digital cumple para su validez, por medio de criptografía asimétrica para cifrar mensajes así como, el uso de las llamadas funciones hash.

El contenido del trabajo de investigación se desarrolla de la siguiente manera: el capítulo uno se refiere a los antecedentes del derecho notarial y del notario, ambos son

estudiados a través de la historia,; el capítulo dos trata de la actividad del notario, como el funcionario que da fe y certeza de los actos y contratos en que interviene; el capítulo tres se refiere a la intervención del notario y el uso de tecnologías como una innovación en la función del notario, también contiene un breve análisis del Decreto 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas; el capítulo cuatro trata de la función autenticadora del notario en la legislación comparada; el capítulo cinco contiene la presentación, análisis e interpretación de resultados del trabajo de campo realizado.

Para el desarrollo y conclusión del presente trabajo se utilizó el método analítico, sintético y estadístico y las técnicas de investigación bibliográfica, documentales, estadísticas y las técnicas jurídicas para la interpretación de la legislación consultada.

Sabiendo que el presente trabajo de investigación será objeto de futuras consultas espero que éste contribuya en la educación de cualquier persona interesada en el tema.

# CAPÍTULO I

## 1. Antecedentes del derecho notarial

### 1.1 Antecedentes históricos del derecho notarial

No es posible determinar cuándo surge la figura del notario y por ende el derecho notarial como actualmente se conoce, según Manuel de la Cámara los antecesores del notario fueron, quienes redactaban documentos, es decir, que el notario de hoy estaba muy lejos de nacer de los redactores, pero desde ése entonces cumplían en de alguna forma con la actividad del notario;<sup>1</sup> es en Roma como posteriormente lo veremos con los *Tabellio* que se perfilan algunas de las funciones del notario en la actualidad.

Nery Roberto Muñoz citando a Nuñez Lagos establece que “en el principio fue el documento. Olvidarlo es no advertir que el documento creó al notario aunque hoy el notario haga el documento”.<sup>2</sup>

El notariado surge por la necesidad de dejar constancia de lo sucedido, ya que en un principio las primeras agrupaciones de personas eran reducidas y por ello no necesitaban dejar constancia de algo, pues los hechos o actos eran de conocimiento de la comunidad entera, luego, por el crecimiento de los poblados y con el avance de la escritura fue necesario la intervención de alguien que supiera escribir y de testigos, escriba y testigos daban fe o testimonio de los actos que ocurrían en su presencia.

El escriba formaba parte de la organización religiosa o judicatura, como es el caso de los escribas hebreos que guardaban constancia y daban fe de los actos y decisiones del rey, daban testimonio de los libros bíblicos como sacerdotes, como secretarios del Consejo Estatal y colaboradores de los tribunales de justicia del Estado, incluso,

---

<sup>1</sup> **El notario latino y su función.** pág. 25.

<sup>2</sup> **Introducción al estudio del derecho notarial,** pág. 30.

escribas del pueblo, que daban forma a los contratos privados, pero en todos los casos sin fe pública.

Luis Carral hace una síntesis del notario en la historia:

En Egipto: Era el escriba, se le estimaba al grado de formar parte de la organización religiosa; los escribas estaban adscritos a las diversas ramas del gobierno, eran funcionarios cuya función más generalizada era realizar funciones contables y la confección de documentos escritos, por lo que redactaban los documentos del Estado y de los particulares, es de hacer notar que su función era redactar, la autenticidad del documento se obtenía al sellar el documento por un sacerdote o magistrado.

En Babilonia: Los escribas asistían a los jueces, dándole forma a las sentencias y contratos, revistiéndolos de autenticidad y fuerza ejecutoria.

En Grecia: Eran los *Logografos* quienes redactaban los discursos y alegatos ante los tribunales, escribían todos los documentos y datos que les solicitaba el público; los *Síngrafos* a quienes se les da la calidad de notarios, eran quienes formalizaban contratos por escrito, entregándoselos a las partes para su firma; los Apógrafos por su parte, eran simples copistas de los tribunales. Además, existían los *Mnemon*, entre los que se mencionan los *Hyeromnemon*, archiveros de los textos sagrados y redactores de ciertos documentos cuyos superiores jerárquicos eran los *Promnemon*.

En Roma: Eran los *Scriba* quienes conservaban los archivos judiciales y daban forma escrita a las resoluciones de los magistrados; los *Notarii*, era otra especie de notario, escuchaban a los litigantes y testigos y ponían por escrito el contenido de sus exposiciones, los *chartularii* redactaban instrumentos y tenían a su cargo su conservación y custodia. Los *Tabularii* eran contadores del fisco y archiveros de documentos públicos, como complemento de sus funciones, fueron encargándose de la formalización de testamentos y contratos, que conservaban en sus archivos hasta

convertirse en los *Tabellio*, que se dedicaron exclusivamente a estas actividades.<sup>3</sup> Es en los *Tabellio*, en quienes se reunieron al finalizar esta etapa de la evolución del notario características propias del notario de hoy “el de hombre versado en derecho, el de consejero de las partes y el de redactor del instrumento”<sup>4</sup>

La autenticidad que le confería la condición de documento público en el caso de los *Tabellio*, no se lograba sino mediante la *insinuatio* que consistía en la presentación del instrumento ante una corte compuesta de un magistrado que la presidía, tres curiales y un canciller o *exceptor* que desempeñaba las funciones de actuario.

A raíz de las invasiones bárbaras y de la destrucción del Imperio Romano de Occidente, la figura del notario y su actividad sufren un retroceso al desarrollo, el derecho era, por la aplicación del derecho germánico, rudimentario y sencillo respondiendo a los conceptos elementales de aquel derecho impuesto por los vencedores a los romanos, es así que el derecho romano sufre de mutilaciones e influencia del derecho germano, al punto de dejarse de lado la exteriorización de la actividad de la persona y constituirse por el contrario un conjunto de actos formales, saturados de simbolismo en los que la forma lo era todo, por lo que la función del notario dejó de ser trascendental.

## 1.2 Época moderna del derecho notarial

### 1.2.1 Edad media

A partir del siglo XII al producirse la recepción del derecho romano, aparece el notario como el representante de la fe pública, ello se le atribuye a Rolandino Rodolfo con la *Summa Artis Notariae* y la *summa* (que tiene como fin corregir y mejorar las fórmulas notariales en uso) y la escuela de Bolonia con los formularios que contienen un estudio interpretativo de la legislación vigente.

---

<sup>3</sup> **Derecho notarial y derecho registral**, pág. 50.

<sup>4</sup> Muñoz, **Op. Cit.**, pág. 34.

Desde la independencia de Roma hasta el siglo XIII se hace la distinción en los papeles de juez y de notario, afirmando que los jueces fallan contiendas y que los notarios tiene por misión el prevenirlas, atribuyéndosele a Casiodoro, senador del rey godol Teodorico esta distinción.

Las 46 fórmulas visigóticas (año 600), establecían los requisitos para los instrumentos públicos: a. los otorgantes, b. testigos presenciales con un número de 12, según ellas el escriba presencia, confirma y jura en derecho, pero no interviene a menos que las partes libremente lo solicitaran.

### 1.2.2 Roma y España

En el año 641, se promulga en España el Fuero Juzgo, Primer Código General de Nacionalidad Española, según éste, los escribanos se dividen en escribanos del pueblo y comunales. Sólo los escribanos escribían y leían las leyes para evitar falsedades en su promulgación y contenido.

Según el Fuero Real (año de 1255) existían escribanos públicos, jurados, para evitar dudas y contiendas. Era obligatorio otorgar testamento ante escribano.

En el Libro de las Siete Partidas, se obliga que las notas que tomaban los escribanos se inscribieran en el libro que llaman registro, ello para que no existiera algún engaño.

En el año de 1348 el Ordenamiento de Alcalá establecía que ninguno que se hubiera obligado a algo podía alegar falta de forma o solemnidad ni de intervención de escribano público, pues “la obligación contraía y el contrato aceptado valía y debía ser otorgado en cualquier manera que uno se quiso obligar a otro”.<sup>5</sup>

Es necesario apuntar en que en las Siete Partidas la función del escribano era pública y se extinguía con la muerte de su titular, no era propiedad particular, sino del señorío del reino pero ello no se aplicó, ya que la facultad de ejercer la fe pública se entendió

---

<sup>5</sup> **Ibid.**, pág. 54.

concedida a perpetuidad, como un bien dentro del comercio que se podía enajenar y heredar, esta situación da lugar a que luego de constituirse el notario en un jurista procedan épocas de oscuridad para la profesión, con el sistema de enajenación de oficios, que dio lugar a que la profesión perdiera prestigio, todo el que pagara unos ducados podía convertirse en escribano, según los tratadistas llegaron a existir 10,000 escribanos en toda España.

Lo anterior provocó que, con el pago correspondiente se dispensara de la edad requerida para ser escribano, se subastaran los oficios vacantes, se dispensara de las inspecciones correspondientes e incluso se nombrara sustitutos; esta triste situación deja de ser con la reforma de los Reyes Católicos, en 1480 se revocaron los oficios de los Consejos Acrecentados, y las Cartas Reales que permitían heredar, renunciar y traspasar los oficios, y se dictaron disposiciones que obligaban a pasar un examen y llenar otros requisitos para ser escribano público.

En 1503, Isabel la Católica dictó la Pragmática de Alcalá, en la que manda “que cada uno de los escribanos haya de tener y tenga un libro de protocolo... que sea diligente en guardar los libros y de los registros y protocolos y que cuando hubiere de dar traslados de escrituras, los concierte primero con el registro...”<sup>6</sup>, este es el antecedente del protocolo que en la actualidad lleva el notario.

### 1.2.3 Las Leyes de los Reinos de las Indias

Ya se habló de lo que sucedió en el viejo mundo pero para lo que me interesa es necesario hablar de las normas que regían a los territorios colonizados por los españoles, las Leyes de Los Reinos de Las Indias, las que se dictaron para estas tierras, en el tomo segundo correspondiente al año 1681 Título 8 se establecen las normas que regulaban la actividad de los Escribanos de Gobernación, Cabildo, Número, Públicos, Reales y Notarios Eclesiásticos: la Ley I establecía que debían ser los escribanos nombrados por el rey quienes autorizaran documentos; la Ley II, que los

---

<sup>6</sup> Gattari, **Manual de derecho notarial**, pág. 16.

escribanos de Cámara, Gobernación, Cabildos, Públicos y Reales, de Minas y Registros fueran examinados y obtuvieran el fiat y la notaria; la Ley III, que las Audiencias examinaran a los escribanos y si mostraban poca preparación debían someterse a nuevo examen; la Ley XV es una de las más importantes por que se encuentra en ella el antecedente del protocolo al establecer esta ley que los escribanos debían tener registros de las escrituras aún si las partes no lo pidieran, bajo pena de un año de suspensión y diez mil maravedis de multa.

Las Leyes de Indias prohibían usar abreviaturas en el nombre de los testigos, aranceles, así como de que los escribanos fueran del estado seglar, mestizos y mulatos. Como se puede observar la disposición de no usar abreviaturas aún subiste, ya que el Artículo 13 numeral uno del Decreto 314 del Congreso de la República, Código de Notariado establece: “Los instrumentos públicos se redactarán en español y se escribirán a máquina o a mano, de manera legible y sin abreviaturas.”

Nery Roberto Muñoz citando a Oscar Salas dice que “el notariado guatemalteco es el más antiguo de Centroamérica, pues en 1543 el escribano don Juan de León cartulaba para la Ciudad de Santiago de Guatemala; además de antiguo, le cabe el honor de haber mantenido desde la independencia de Guatemala, las exigencias más rigurosas para su ingreso, siendo necesario el examen y recibimiento,”<sup>7</sup> ya que el aspirante a escribano, debía cumplir con varios requisitos previo examinarse ante la Corte Superior.

Dejando de lado las múltiples disposiciones legales que regularon la actividad notarial y la figura del notario, el cuerpo legal que los rige específicamente, es el Decreto 314 del Congreso de la República, Código de Notariado y otras leyes que tienen relación con esta norma.

---

<sup>7</sup> Muñoz, **Op. Cit.**, pág. 41.

#### 1.2.4 Sistemas notariales

Nery Roberto Muñoz expresa que existen muchas clasificaciones con respecto a sistemas notariales, pero que en su opinión las dos más importantes son el Latino y el Sajón.

El notariado de tipo latino recibe otros nombres como: Sistema Francés, de evolución desarrollada y público; aunque esta última denominación no es la más acertada.

Al notariado Sajón se le conoce como: Anglo-Sajón, subdesarrollado, de evolución frustrada y privado.

No es posible una clasificación que agote todos los sistemas del notariado, ya que el derecho notarial es producto de la costumbre, por lo que sigue en cada lugar especiales tradiciones y características.<sup>8</sup>

Aunque no sea posible establecer todos los tipos de sistemas notariales, la clasificación de notariado Latino y Sajón es la más aceptada ya que son los dos sistemas principales que rigen en el mundo, aunque algunos autores sostienen que existe un sistema intermedio en algunas partes de Alemania y en ciertos cantones suizos.<sup>9</sup>

##### 1.2.4.1 Características y funciones del sistema latino:

###### 1.2.4.1.1 Características del sistema latino:

Como características del sistema latino, Nery Muñoz establece:

- a. Pertenece a un Colegio Profesional, en el caso de Guatemala al Colegio de Abogados y Notarios, ya que se ejercen conjuntamente ambas profesiones.

---

<sup>8</sup> **Ibid.**, pág. 13.

<sup>9</sup> **Ibid.**

- b. La responsabilidad en el ejercicio profesional es personal.
- c. El ejercicio puede ser cerrado o abierto, o limitado e ilimitado. El cerrado tiene limitaciones territoriales, más conocido como notariado de número. Como en México, en el caso de Guatemala, el sistema es abierto, ya que no se tienen limitaciones dentro del territorio nacional ni fuera de él como lo establece el Artículo 43 del Decreto 2-89 del Congreso de la República Ley del Organismo Judicial, el cual establece: “Actuación notarial en el extranjero. Los funcionarios diplomáticos y consulares guatemaltecos, cuando sean notarios, están facultados para hacer constar hechos que presencien y circunstancias que les consten y autorizar actos y contratos en el extranjero que hayan de surtir efectos en Guatemala. Asimismo podrán autorizarlos los notarios guatemaltecos y todos lo harán en papel simple, surtiendo sus efectos legales como acto notarial a partir de la fecha en que fueren protocolizados en Guatemala. La protocolización se hará en la forma que establece el Artículo 38 de esta ley.”
- d. Es incompatible con el ejercicio de cargos públicos que lleven anexa jurisdicción, así también para los funcionarios y empleados de los Organismos Ejecutivo y Judicial y de las municipalidades que devenguen sueldo del Estado o del municipio y el Presidente del Organismo Legislativo.
- e. Debe ser profesional universitario.
- f. Desempeña una función pública, pero no depende directamente de autoridad administrativa, como lo expresa la teoría ecléctica que explica la función notarial que más adelante en el capítulo II se apunta.
- g. Es un profesional del derecho, pero algunas de sus actuaciones son las de un funcionario público.

- h. Existencia de un protocolo notarial en el que asienta todas las escrituras que autoriza.<sup>10</sup>

#### 1.2.4.1.2 Funciones dentro del sistema latino:

- a. Desempeña una función pública.
  - a. Le da autenticidad a los hechos y actos jurídicos en su presencia; los cuales según la ley, producen fe y hacen plena prueba.
  - b. Recibe e interpreta la voluntad de las partes, dándole forma legal, al faccionar el instrumento público.<sup>11</sup>

#### 1.2.4.2 Características del Sistema Sajón:

- a. El notario es un fedante y fedatario, ya que su actividad se concreta a dar fe de la firma o firmas de un documento.
- b. No entra a orientar sobre la redacción del documento, por lo que no asesora a las partes, como el notario en el sistema latino, siendo el asesorar a las personas una de sus funciones principales.
- c. Es necesaria una cultura general y algunos conocimientos legales, no es obligatorio tener título universitario.
- d. La autorización para su ejercicio es temporal, pudiendo renovarse la autorización.

---

<sup>10</sup> Muñoz, **Op. Cit.**, pág. 14 y 15.

<sup>11</sup> **Ibid.**, pág. 15.

En el caso del notario latino, la persona que adquiere los títulos ejerce el notariado sin ninguna limitación que las establecidas en la ley, por lo que no necesita se renueve su autorización.

e. Se está obligado a prestar una fianza para garantizar la responsabilidad en el ejercicio.

f. No existe colegio profesional y no llevan protocolo.<sup>12</sup>

## 2. Definición de derecho notarial

Muchos son los autores que han dado una definición de derecho notarial, para Carlos Nicolas Gattari “el derecho notarial es un conjunto de doctrinas o normas jurídicas que regulan la forma del instrumento, la organización notarial y la actividad del notario,”<sup>13</sup> ya que son; el instrumento, el fundamento de la existencia del notario como funcionario dotador de fe pública; la organización notarial, los requisitos personales para ejercer el notariado y las instituciones que intervienen; y la actividad del notario, el que hacer del notario.

La definición que antecede establece qué es el derecho notarial, con el fin de no cerrar nuestra mente a otras formas de pensar a continuación apuntaré definiciones que el mismo Gattari escribe citando a varios autores:

- Bardillo: Sistema jurídico que tiene por objeto regular la forma jurídica y la autenticidad de los negocios y demás actos jurídicos, para la realización pacífica del derecho.
- D’Orazi Flavoni: Conjunto de normas que disciplinan subjetiva, objetiva y funcionalmente la institución notarial.

---

<sup>12</sup> Muñoz, **Op. Cit.** pág. 15 y 16.

<sup>13</sup> Gattari, **Op. Cit.**, pág. 379.

- Jiménez Arnau: Conjunto de doctrinas o de normas jurídicas que regulan la organización de la función notarial y la teoría formal del instrumento público.
- Gonzáles Palomino: La actuación notarial se desenvuelve en la esfera de los hechos (hechos, actos y negocios como hechos) para darles forma.
- Larraud: Llamamos derecho notarial al conjunto sistemático de normas que estable en el régimen jurídico del notariado.
- Martínez Segovia: El objeto formal de la función notarial, o sea, su fin,... es la seguridad, valor y permanencia, de hecho y de derecho, del documento notarial y de su contenido.
- Mustápich: El derecho notarial es, en cierto aspecto, una rama individualizada y autónoma del derecho formal; puede denominársele derecho formal auténtico o derecho de la autenticidad.
- Núñez Lagos: El documento, como la cosa en el derecho real, es objeto esencial, principal y final del derecho notarial.
- Riera Aisa: Es aquel complejo normativo que regula el ejercicio y efectos de la función notarial, con objeto de lograr la seguridad y permanencia en las situaciones jurídicas a que la misma se aplica.
- Sanahuja y Soler: Es aquella parte del ordenamiento jurídico que asegura la vida de los derechos en la normalidad, mediante la autenticación y legalización de los hechos de que dependen.
- Villalba Welsh: El que tiene por objeto la conducta del notario en cuanto autor de la forma pública notarial.

- Tercer Congreso de París: Conjunto de disposiciones legislativas, reglamentarias, usos, decisiones jurisprudenciales y doctrinas que rigen la función notarial y el instrumento público notarial<sup>14</sup>.

### 3. Características del derecho notarial

Nery Roberto Muñoz citando a Oscar Salas, expone que algunas de las características más importantes del derecho notarial son:

- a. Actúa dentro de la llamada fase normal del Derecho, donde no existen derechos subjetivos en conflicto;
- b. Confiere certeza y seguridad jurídica a los hechos y actos solemnizados en el instrumento público;
- c. Que aplica el derecho objetivo condicionado a las declaraciones de voluntad y a la ocurrencia de ciertos hechos de modo que se creen, concreten o robustezcan los derechos subjetivos;
- d. Que es un derecho cuya naturaleza jurídica no puede encasillarse en la tradicional división entre el derecho público y el derecho privado. Se relaciona con el primero en cuanto los notarios son depositarios de la función pública de fedación, y con el derecho privado porque esa función se ejerce en la esfera de los derechos subjetivos de los particulares y porque el notario latino típico es un profesional libre, desligado totalmente de la burocracia estatal.<sup>15</sup>

### 4. Principios del derecho notarial

Son verdades fundamentales para el derecho notarial:

---

<sup>14</sup> **Ibid.**, pág. 378 y 379.

<sup>15</sup> Muñoz, **Op. Cit.**, pág.4.

- Fe pública: Es la “presunción legal de veracidad respecto de ciertos funcionarios a quienes la ley reconoce como probos y verdaderos, facultándoles para darla a los hechos y convenciones que pasan entre los ciudadanos”.<sup>16</sup>

Agrega Gimenez Arnau, que la fe pública “es una necesidad de carácter jurídico que obliga a estimar como auténticos e indiscutibles los hechos o actos sometidos a su amparo, se quiera o no creer en ellos.”<sup>17</sup>

- Autenticación: “Es el cumplimiento del acto en cuya virtud la ley ordena aprobar como cierta la existencia de un hecho o de un acto jurídico, aprobación realizada por el notario, quien, en función específica, garantiza con fuerza de autoridad la certeza del hecho o acto.”<sup>18</sup>
- Inmediación: “Es la relación de proximidad entre las diferentes partes que intervienen en la función notarial, entendiéndose como partes al notario y a los intervinientes en el documento y al notario y el documento que autoriza.”<sup>19</sup> Este principio se lleva a cabo en el que hacer del notario como un proceso lógico, iniciando con la manifestación de deseo de las partes de otorgar el acto y termina con la autorización del documento que hace el notario.
- Rogación: Según este principio el notario actúa a requerimiento de parte y no de oficio, debiendo para ello el notario establecer si lo requerido por las partes no es contrario a la ley, a la moral, a las buenas costumbres o al orden público, debiendo para ello estar presentes los interesados y procediéndose a darle forma a lo solicitado por las partes, vemos aquí que el principio de inmediación y el de rogación se encuentran ligados pues uno es presupuesto del otro.

---

<sup>16</sup> Giménez, **Instituciones de derecho notarial**, pág. 37.

<sup>17</sup> **Ibid.**, pág. 38.

<sup>18</sup> Neri, Argentino I, **Tratado teórico y práctico de derecho notarial**, pág. 377.

<sup>19</sup> Giménez, **Op. Cit.**, pág. 38

- Consentimiento: Consiste en la manifestación de voluntad de los intervinientes de otorgar el contrato, por lo que no puede producirse bajo algún tipo de coacción o violencia ni en forma parcial, para una parte del contenido del contrato.
  
- Unidad del acto: Giménez Arnau expone que “este principio admite una construcción técnica instrumental y un procedimiento formal y que están ligadas por acción y efecto de un mismo principio, la necesidad de poner en juego diversos elementos hasta lograr, dentro de un proceso unitario, el fin jurídico propuesto, por lo que es uno e indivisible,”<sup>20</sup> constituye una consecuencia de la integridad de los hechos que demanda el proceso de suscripción instrumental y tiene lugar en presencia del notario, por lo que para que se produzca es necesario se den la unidad del contexto, de tiempo y de lugar, este principio es una condición ordinaria de todo acto jurídico y más allá de lo ordinario que pueda ser, constituye un requisito indispensable para la validez del instrumento.
  
- Protocolo: La finalidad de este principio es estampar en el protocolo las primeras y originales manifestaciones de voluntad humana creadoras de intereses jurídicos. “Constituye el protocolo el medio de perpetuar a través del tiempo los actos y contratos, hace imposible la suplantación.”<sup>21</sup>
  
- Seguridad jurídica: “Este principio se basa en la fe pública que tiene el notario, por lo tanto, los actos que legaliza son ciertos, existe certidumbre o certeza.”<sup>22</sup>
  
- Publicidad: Este principio establece que “los actos que autoriza el notario son públicos; por medio de la autorización notarial se hace pública la voluntad de la persona.”<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> Neri, Argentino, **Op. Cit.**, pág. 381.

<sup>21</sup> **Ibid.**, pág. 383

<sup>22</sup> Muñoz, **Op. Cit.**, pág. 9.

<sup>23</sup> **Ibid.**

## CAPÍTULO II

### 2. La función notarial, la fe pública y seguridad jurídica

#### 2.1 La función notarial y la fe pública

La ley que rige todo lo concerniente al notario y su función es el Decreto número 314 del Congreso de la República Código de Notariado, el cual no da una definición de que es el notario, ni de su función, sin embargo, establece que tiene fe pública.

El Artículo 1 establece:

“Artículo 1: 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 lo que es tarea de los juristas establecer qué es notario, el sistema latino que es el sistema que se aplica en Guatemala, “establece que el notario es el profesional del derecho que presta una función pública, dicha función son las diversas actividades que realiza en virtud de la fe pública que posee para hacer constar y autorizar actos y contratos en que interviene por disposición de la ley o a requerimiento de parte en el ejercicio de su profesión.”<sup>24</sup>

#### 2.2 Teorías que explican la función notarial

En lo concerniente a que el notario es un profesional del derecho, Nery Muñoz, expone que son cuatro las teorías que tratan de explicar la naturaleza de la función notarial y por ende qué es el notario:

- “1. Teoría funcionalista,
2. Teoría profesionalista,

---

<sup>24</sup> Muñoz, **Op. Cit.**, pág. 20

3. Teoría ecléctica y
4. Teoría Autonomista.<sup>25</sup>

#### 1. Teoría funcionalista:

De acuerdo a Oscar Salas, esta teoría sostiene que el notario actúa en nombre del Estado, aduciendo que el notariado se originó como una función pública, para ello hacen los defensores de esta teoría una remembranza de la función que desempeñaban los *tabeliones* romanos y *iudice chartularii*, esta teoría sugiere que se trata de una función pública desempeñada en una primera fase por funcionarios estatales y que el Estado delega después en los notarios.<sup>26</sup>

#### 2. Teoría profesionalista:

En cuanto a esta teoría Oscar Salas, establece que ésta se opone a la anterior al equiparar el que hacer del notario a una actividad eminentemente técnica y profesional.<sup>27</sup>

#### 3. Teoría ecléctica:

Esta teoría es la más aceptada y sostiene que es innegable el origen de la figura del notario como un funcionario público, pero en la actualidad el notario no es un funcionario público, sino un profesional del derecho; no es un funcionario público al no percibir salario alguno del Estado, aunque actúa en virtud de una presunción de veracidad que el Estado le ha otorgado en virtud del *ius imperium*, dotando de legalidad y autenticidad los hechos o actos a él sometidos, pero no representa al Estado, actúa por sí mismo y su función la presta a los particulares quienes pagan sus honorarios. Es un profesional del derecho, por cuanto el derecho de ejercer el notariado se deriva del título de abogado o de notario o de estar autorizado para el

---

<sup>25</sup> *Ibid.*, pág. 21.

<sup>26</sup> *Ibid.* pág. 22.

<sup>27</sup> *Ibid.* pág. 22.

ejercicio de la profesión de notario en el país, o del título de abogado y notario en el caso de Guatemala, lo que significa que el notariado es una profesión y no un cargo público aunque inicialmente lo haya sido.<sup>28</sup>

El que el notario sea un profesional del derecho encuentra su fundamento además de lo apuntado en la definición de notario latino, aprobada en el Primer Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino, celebrado en Buenos Aires Argentina, en 1948, que establece: “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.”<sup>29</sup>

#### 4. Teoría autonomista:

Según Nery Muñoz citando a Franciso Martínez Segovia, esta teoría sitúa al notariado como una profesión liberal e independiente, el notario es un oficial público al fungir como un intérprete legal y no un funcionario, ejerce su función en virtud de las formas establecidas y según los principios de la profesión libre y ello lo hace autónomo, observando, como un oficial público, todas las leyes y realizando todo lo solicitado por los particulares como un profesional libre.<sup>30</sup>

#### 2.3 Funciones que desarrolla el notario

Las funciones que desarrolla el notario son:

1. Función receptiva,
2. Función directiva o asesora,
3. Función legitimadora,

---

<sup>28</sup> **Ibid.** pág. 23.

<sup>29</sup> **Ibid.**, pág. 20.

<sup>30</sup> **Ibid.**, pág. 24.

4. Función modeladora,
5. Función preventiva y
6. Función autenticadora.

Y estas consisten en:

1. “Función receptiva: Es aquella que se desarrolla cuando el notario recibe de sus clientes en términos sencillos la información.
2. Función directiva o asesora: se realiza cuando el notario asesora o dirige a sus clientes sobre el negocio a celebrar.
3. Función legitimadora: Se lleva a cabo cuando el notario verifica la titularidad del derecho que se pretende ejercer, califica la representación que se ejerce, la que debe ser, suficiente conforme a la ley y a juicio del notario para el acto o contrato.
4. Función modeladora: Tiene lugar, al darle forma legal a la voluntad de las partes, adecuándola a las normas que regulan el negocio jurídico.
5. Función preventiva: Ésta se desarrolla de forma simultánea a la función modeladora, al redactar el instrumento, el notario previene a las partes de los efectos que producirá el negocio jurídico.
6. Función autenticadora: Se produce cuando el notario estampa su firma y sello en el acto o contrato.”<sup>31</sup>

Para poder darle forma al instrumento publico, el notario debe considerar varios aspectos:

---

<sup>31</sup> **Ibid.**, pág 25 y 26.

- a) Debe calificar la capacidad de éstas, las calidades con que actúan.
- b) En el caso del objeto del instrumento público, éste debe ser lícito, posible y determinado, para que pueda gozar de la validez jurídica y efectos dentro del mundo de lo jurídico.
- c) Debe cumplir en la forma de los requisitos legales.

#### 2.4 La fe pública:

La fe pública es la facultad que corresponde a cierto tipo de funcionarios o fedatarios públicos, que garantizan la veracidad de un acto o hecho que trasciende al ámbito del derecho y que en esas condiciones constituye prueba plena, esto significa que quién da fe de un acto o un hecho que sucede en su presencia, está acreditando que hecho acontecido; al quedar plenamente demostrado que un hecho pasó y al ser éste indubitable, se podrá exigir ante cualquier autoridad, que se reconozca el derecho consignado en el acto de referencia que normalmente se contiene en un protocolo o escritura.

El hecho de que un instrumento autorizado por notario produzca plena prueba se encuentra regulado en el Decreto Ley 107 Código Procesal Civil y Mercantil Artículo 186.

En nuestro sistema jurídico al igual que en todos los países latinos existe la fe pública representada por los notarios públicos que tienen fe pública para hacer constar y autorizar actos y hechos en que intervengan a requerimiento de parte o por disposición de la ley, dicha fe pública es otorgada por el Estado, que previo a cumplir con ciertos requisitos adquieren dicha facultad.

El Decreto 314 del Congreso de la República, Código de Notario establece:

Artículo 2. Para ejercer el notariado se requiere:

1. Ser guatemalteco natural, mayor de edad, del estado seglar, y domiciliado en la República, salvo lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 6º.
2. Haber obtenido el título facultativo en la República o la incorporación con arreglo a la ley.
3. Haber registrado en la Corte Suprema de Justicia el título facultativo o de incorporación, y la firma y sello que usará con el nombre y apellidos usuales.
4. Ser de notoria honradez.

Lo anterior se refiere a los requisitos para ser notario, sin embargo existen personas que no pueden ejercer el notariado por encontrarse en algunas de las situaciones que el Código de Notariado determina, estas situaciones son llamadas en la doctrina impedimentos absolutos, y consisten en:

Artículo 3. “Tienen impedimento para ejercer el notariado:

1. Los civilmente incapaces.
2. Los toxicómanos y ebrios habituales.
3. Los ciegos, sordos o mudos, y los que adolezcan de cualquier otro defecto físico o mental que les impida el correcto desempeño de su cometido.
4. Los que hubieren sido condenados por algunos de los delitos siguientes: falsedad, robo, hurto, estafa, quiebra o insolvencia fraudulenta, cohecho e infidelidad en la custodia de documentos, y en los casos de prevaricato y malversación que señalan los Artículos 240, 241, 242, 243, 244 y 288 del Código Penal.”

Los delitos a los que se refiere el numeral 4 del Artículo anterior establecidos en el Decreto 17-73 del Congreso de la República Código Penal son:

Artículo. 240. “Supresión y alteración de estado civil. Será sancionado con prisión de uno a ocho años:

1º. Quien, falsamente denunciare e hiciere inscribir en el Registro Civil, cualquier hecho que altere el estado civil de una persona, o que, a sabiendas, se aprovechare de la inscripción falsa;

2º. Quien, ocultare o expusiera un hijo con el propósito de hacerlo perder sus derechos o su estado civil.

Artículo 241. “Usurpación de estado civil. Quien, usurpare el estado civil de otro, será sancionado con prisión de dos a cinco años.”

Artículo 242. “Negación de asistencia económica. Quien, estando obligado legalmente a prestar alimentos, en virtud de sentencia firme o de convenio que conste en documento público o auténtico, se negare a cumplir con tal obligación después de ser legalmente requerido, será sancionado con prisión de seis meses a dos años salvo que probare no tener posibilidades económicas para el cumplimiento de su obligación.

El autor no quedara eximido de responsabilidad penal, por el hecho de que otra persona los hubiere prestado.”

Artículo 243. “Incumplimiento agravado. La sanción señalada en el Artículo anterior, se aumentará en una tercera parte, cuando el autor, para eludir el cumplimiento de la obligación traspasare sus bienes a tercera persona o empleare cualquier otro medio fraudulento.”

Artículo 244. “Incumplimiento de deberes de asistencia. Quien, estando legalmente obligado incumpliere o descuidare los derechos de cuidado y educación con respecto a descendientes o a personas que tenga bajo su custodia o guarda, de manera que estas se encuentren en situación de abandono material y moral, será sancionado con prisión de dos meses a un año.”

Artículo 288. “Peligro de desastre ferroviario. Quien impidiere o perturbare el servicio del ferrocarril en alguna de las siguientes formas será sancionado con prisión de dos a cinco años:

- 1º. Destruyendo, dañando o descomponiendo una línea férrea, material rodante, obra o instalación ferroviarias.
- 2º. Colocando en la vía, obstáculos que puedan producir descarrilamiento.
- 3º. Transmitiendo aviso falso relativo al movimiento de trenes o interrumpiendo las comunicaciones telefónicas telegráficas o por radio.
- 4º. Practicando cualquier otro acto del que pueda resultar desastre.”

Si una persona comete cualquiera de estos delitos por estar comprendidos dentro de los impedimentos absolutos no puede ejercer el notariado.

Aparte de los impedimentos señalados anteriormente, el Código de Notariado en el Artículo 4 establece que:

Artículo 4. No pueden ejercer el notariado:

1. Los que tengan auto de prisión motivado por alguno de los delitos a que se refiere el inciso 4º. del Artículo anterior.
2. Los que desempeñen cargo público que lleve anexa jurisdicción.

3. Los funcionarios y empleados de los Organismos Ejecutivo y Judicial y de las municipalidades que devenguen sueldos del Estado o del municipio y el Presidente del Congreso de la República.
4. Los que no hallan cumplido durante un trimestre del año civil, o más, con las obligaciones que impone el Artículo 37 de este Código. Los notarios que se encuentren en este caso podrán expedir los testimonios especiales atrasados con los requisitos que establece este Código, a efecto de subsanar dicho impedimento.

Como se desprende del último numeral del Artículo anterior, dichos impedimentos son de carácter temporal y operan de pleno derecho.

La fe pública sirve para acreditar que un hecho o un acto ha sucedido en la presencia de dicho funcionario, originalmente existieron los “escribas” o escribanos, como quedó apuntado en el capítulo I, quienes narraban los hechos mediante escritos que elaboraban para que quedara constancia de lo que ellos observaron o de lo que se les pedía que vieran.

Por lo tanto la fe pública es un medio para evitar conflictos en el tráfico permanente de actividades contractuales y/o comerciales, que acontecen en la vida moderna y que requieren de seguridad y cumplimiento.

Actualmente la función notarial atendiendo a las tecnologías cibernéticas y de comunicación e información, ha transformado su aplicación modernizando totalmente el concepto original pero manteniendo el objeto principal, dando 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.

### 2.4.1 Definición de fe pública

Con la intención de comprender que es la fe pública se han dado tantas definiciones como quienes han tratado de establecerla claramente por lo que la fe pública es un atributo del Estado en virtud del *ius imperium* y es ejercitada a través de los órganos estatales.<sup>32</sup>

Nery Roberto Muñoz citando a Gonzálo de las Casas, define la fe pública como: “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.”<sup>33</sup>

La fe pública es una “función específica, de carácter público, cuya misión es robustecer con una presunción de verdad los hechos o actos sometidos a su amparo.”<sup>34</sup>

La fe pública se fundamenta en dos premisas:

1. “La realización normal del derecho y
2. La necesidad de la sociedad de dotar a las relaciones jurídicas de certeza.”<sup>35</sup>

Además que la realización normal del derecho obedece a que la fe pública como todas las instituciones que integran la publicidad jurídica o satisfacen sus necesidades, se producen en la sociedad para la realización normal del derecho que es uno de los fines del Estado; y que la necesidad de la sociedad de dotar a las relaciones jurídicas de certeza se debe a la necesidad que tiene la sociedad para su estabilidad y armonía de dotar a las relaciones jurídicas de fijeza, certeza y autoridad, a fin de que las manifestaciones externas de estas relaciones sean garantía para la vida social y jurídica de los ciudadanos y sean erga omnes, hagan prueba plena ante todos y contra todos.<sup>36</sup>

---

<sup>32</sup> Muñoz, **Op. Cit.**, pág. 76

<sup>33</sup> **Ibid.**

<sup>34</sup> **Ibid.**

<sup>35</sup> **Ibid.**

<sup>36</sup> **Ibid.**, pág. 77

## 2.4.2 Tipos de fe pública

Doctrinalmente en el derecho notarial se conocen dos tipos de fe pública:

1. La originaria y
2. la derivada.

### 1. Fe pública originaria:

La fe pública originaria es aquella que se originaria cuando el hecho o el acto del que se pretende dar fe es percibido por los sentidos del notario, como ejemplo se puede citar el otorgamiento de un testamento.

### 2. Fe pública derivada:

La fe pública derivada consiste en dar fe de hechos o escritos de terceros, en este caso el notario no ha percibido sensorialmente el acontecimiento del hecho o el otorgamiento del acto.

## 2.4.3 Clases de fe pública

Dentro de la fe pública existen varias clases:

1. Fe pública administrativa,
2. Fe pública judicial,
3. Fe pública registral,
4. Fe pública legislativa y
5. Fe pública extrajudicial o notarial.

### 1. Fe pública administrativa:

La fe pública administrativa tiene por objeto dar notoriedad y valor a los hechos auténticos a los actos realizados por el Estado. Esta fe administrativa se ejerce a través de documentos expedidos por las propias autoridades que ejercen la gestión administrativa en los que se consignan órdenes, comunicaciones y resoluciones de la administración.

### 2. Fe pública judicial:

Los documentos de carácter judicial, son los que gozan de la fe pública judicial. Debido a la trascendencia de las actuaciones ante los Tribunales de la materia que sea es necesario que estén revestidas de un sello de autenticidad que se imprime en ellas por virtud de la fe pública judicial. La fe pública judicial se encuentra establecida en el Decreto 2-89 del Congreso de la República Ley del Organismo Judicial.

### 3. Fe pública registral:

La fe pública registral es la que poseen los registradores de los distintos registros para certificar la inscripción de un acto que consta en un registro público, adquiriendo fuerza probatoria desde la fecha de su inscripción.

### 4. Fe pública legislativa:

La fe pública legislativa es la que posee el Organismo Legislativo y por medio de esta fe pública los ciudadanos creemos en las disposiciones emanadas del mismo, las cuales pasan a ser leyes.

## 5. Fe pública notarial:

La fe pública notarial o extrajudicial es la que posee el notario, es la facultad que posee el notario para hacer constar y autorizar hechos y contratos en que interviene por disposición de la ley o a requerimiento de parte como bien lo establece el Artículo 1 del Código de Notariado, cuando se refiere a la facultad que posee el notario, dicha facultad es otorgada por el Estado.

Las relaciones jurídicas realizadas entre particulares necesitan hacerse constar en escritura pública para producir sus efectos jurídicos. Por ello para hacer constar dichos actos es necesario hacerlo a través de la fe pública notarial, a su vez, la fe notarial se apoya en la publicidad de los actos por medio de su inscripción en los distintos registros.

El notario es entonces la persona investido de fe pública por el Estado y tiene a su cargo: 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 que trasciendan al ámbito del derecho, mediante su consignación en instrumentos públicos auténticos y valor de prueba plena.

Dentro de las funciones más importantes del notario podemos destacar las siguientes:

**Asesorar:** 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.

**Interpretar la voluntad de las personas:** Recibe e interpreta la voluntad de las personas que acuden ante él para la obtención de un servicio notarial concreto.

**Da forma, legaliza, y legitima:** Cumple con la formalidad exigida por la ley para ciertos actos jurídicos, es decir, dota de plena validez jurídica, a ciertos actos jurídicos que deben otorgarse de manera obligatoria ante su presencia, como la compraventa de

inmuebles, el condominio, el testamento, el matrimonio, etc., confiere, además, al documento público que produce, la garantía de legalidad absoluta.

Confiere autenticidad y certeza jurídica a ciertos hechos y actos jurídicos, mediante la consignación de ellos en el protocolo, dotándose así de valor de prueba plena ante las autoridades y la sociedad.

Crea el documento: 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 testimonio con fuerza ejecutiva y reproducen ilimitadamente nuevas copias auténticas.

Auxilia al poder judicial y de la administración pública: Actúa como auxiliar notificando resoluciones provenientes de un órgano jurisdiccional y actúa como un eficiente recaudador de impuestos.

## 2.5 La función notarial y el principio de seguridad jurídica

La función del notario es esencial para la autenticidad de los actos o contratos, pues lo que se persigue es la seguridad jurídica; la seguridad jurídica, es la calidad de seguridad y firmeza que se da al documento notarial, persigue la certeza al analizar la competencia del notario, la perfección jurídica de su obra, para lo cual el notario hace juicios de capacidad, identidad, etc. y de las leyes vigentes.

## CAPÍTULO III

### **3. Las nuevas formas de intervención del notario por el uso de tecnologías, la Internet, el comercio electrónico y la firma digital.**

#### 3.1. Aspectos considerativos

La globalización es un proceso fundamentalmente económico que consiste en la creciente integración de las distintas economías nacionales en una única economía de mercado mundial.

La globalización algunas veces se la relaciona equívocamente como producto de los organismos internacionales públicos como la Organización Mundial del Comercio (OMC), el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial (BM), sin embargo, la globalización es un proceso autónomo y un orden espontáneo ajeno a la dirección de tales organismos públicos, y que depende más bien del crecimiento económico, el avance tecnológico y la conectividad humana, es decir el transporte y telecomunicaciones.

Es discutible relacionar la globalización con una dimensión extra-económica o extra-tecnológica, pero en caso de abarcar cuestiones sociales mundiales (cultura, migración, calidad de vida, etc.) se usa el término aldea global.

Es un hecho que nuestra sociedad vive en un mundo globalizado, esto significa que las fronteras que entre cada país existen sirven sólo para la delimitación del territorio y en cuanto al ejercicio de su soberanía; en la actualidad los factores económicos, políticos, sociales y religiosos inciden en los de cada país, a manera de considerarse la realidad inmediata una sociedad planetaria.

La globalización se ve reflejada de una mejor forma en la economía, y esta a su vez en la innovación tecnológica y el ocio.

La globalización, provoca la necesidad de mantenerse al día en los cambios mundiales, pues bien, el mundo como todo a nuestro alrededor se encuentra en constante cambio, como diría Hegel, estos cambios producen ciertos efectos en la economía de cada país.

Guatemala como otros que no son promotores de cambios, debe al final, acoplarse a las modificaciones producidas a consecuencia de la interrelación internacional, pues no puede ignorarlas o pretender que no producirán sus efectos sobre ella.

Al producirse estas variaciones deviene entonces la necesidad de cambiar; estos cambios como ya sabemos operan al inicio sobre la base económica-social, para luego constituir la superestructura.

La base comprende las fuerzas productivas y relaciones sociales de producción; las fuerzas productivas se constituyen por los factores: a. fuerza de trabajo, b. objeto de trabajo y c. instrumento de trabajo, las relaciones sociales de producción, son el conjunto de relaciones que los hombres establecen entre sí en el proceso de producción social, dichas relaciones incluyen varios momentos: a. relaciones de producción, b, relaciones de distribución, c. relaciones de intercambio y d. relaciones de consumo.

La superestructura es la expresión ideológica, política y jurídica del contenido de la base, por ello está compuesta de las concepciones sociales e instituciones como el Estado, el derecho, ideologías políticas, la moral, el arte, filosofía, religión, educación, etc. La superestructura está compuesta por el elemento jurídico y político, es decir el derecho y el Estado, y el elemento ideológico que constituye las concepciones e ideas.

La superestructura es el reflejo de la estructura económica, en la superestructura se encuentra toda una serie de instituciones y normas cuyo objetivo es la realización de la esencia, la base, por medio del elemento coercitivo de las normas jurídicas y de las instituciones del Estado.

Con relación a lo anterior es necesario apuntar que el derecho pretende regular todas las actividades del hombre dentro de una sociedad y superada la primer etapa, pues ya no hablamos de una sociedad dentro de un país determinado, sino, de una realidad mundial, es necesario regular las relaciones que se producen internacionalmente por ello, y aceptando el fenómeno de la globalización como una realidad, el surgimiento de normas jurídicas internacionales a las que si bien como país soberano e independiente no se le puede obligar a su aceptación, contienen, por los motivos de su existencia, un carácter obligatorio en virtud de la política internacional ¿Pero qué sucede si se producen determinadas relaciones como el comercio electrónico, y no existe una norma que lo regule? Existe un vacío legal que debe ser completado por la actividad del legislador, cuya misión es dotar de un cuerpo normativo capaz de regular y prever determinadas figuras haciéndolo positivo, pues de no existir norma alguna los principios de seguridad y certeza jurídica se verían peligrosamente afectados.

De regreso a la teoría de la estructura económica y social de la sociedad, al decir que en la base se producen cambios y que la superestructura es la manifestación de la base y que la globalización obliga a adoptar ciertos cambios dentro de un país, surge la necesidad de contar con los medios tecnológicos y jurídicos para establecer relaciones económicas que permitan al país su desarrollo.

En el caso de Guatemala no es sino hasta hace poco que se creó por medio del Decreto 47-2008 la Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas, es por ello que existe la necesidad de estudiar la referida ley y establecer la utilidad y necesidad de la existencia de esta ley, pues es necesaria la existencia de una norma jurídica que regule el comercio electrónico y la firma digital, aunque a nivel internacional existen normas que regulan hasta cierto punto el tráfico mercantil como:

- a. la nueva lex mercatoria,
- b. los tratados bilaterales y multilaterales,
- c. el derecho uniforme transnacional y

d. la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Comercio Electrónico.

La nueva lex mercatoria, los tratados bilaterales y multilaterales, el derecho uniforme transnacional como más adelante se estudiará, son normas de carácter general, a excepción de los tratados bilaterales, por lo que en el caso de Guatemala deben tomarse en cuenta para dotar al sistema jurídico guatemalteco de una norma que posibilite el comercio electrónico nacional e internacional, a través de la creación de la ley de firma digital, que es el medio necesario para hacer constar la manifestación de voluntad de las partes intervinientes.

a. La lex mercatoria

Se puede definir como un conjunto de principios, reglas, usos e instituciones de derecho, mercantil y comercial, que posee una vocación para ser utilizado como un derecho de clase, informal e internacional y regulado jurisdiccionalmente por el arbitraje internacional.<sup>37</sup>

Los antecedentes mediatos de la lex mercatoria se sitúan en la época medieval, aunque algunos autores consideran que podrían ser más lejanos. El derecho mercantil y comercial alcanzó su primigenia consolidación desde el surgimiento en el medioevo de una clase social la cual se dedicó al comercio, adquirió mayor poder dentro de la sociedad e implementó una serie de usos y costumbres profesionales que se denominaron lex mercatoria.

Aquel grupo social era integrado por artesanos y comerciantes llamados despectivamente *pieds podreux* en Francia, quienes se organizaron en corporaciones y gremios. Su actividad se tornó internacional, volviendo inadecuadas las leyes locales a sus requerimientos. Así el desarrollo de la lex mercatoria se sitúa desde principios del siglo XII hasta mediados del siglo XVI.

---

<sup>37</sup> derecho-comercial.com

Las ferias medievales, eventos que se celebraban cada año, se constituyeron en uno de los campos de producción de la *lex mercatoria* más significativos. Los comerciantes de distintos lugares acudían a ellas durante varias semanas con el aval del rey anfitrión, quien permitía a los mercaderes arreglar entre ellos sus litigios comerciales.

Junto a las ferias se estructuraron los gremios y las corporaciones desde mediados del siglo XII; poseían órganos propios de dirección, autonomía normativa y jurisdicción especial para aplicarla. Se desarrolló un derecho mercantil constituido por las costumbres y usos de una clase social y caracterizada por su nacionalidad, legitimidad, uniformidad y el uso de un amplio sentido de la *aequitas* (equidad) medieval. El derecho mercantil medieval fue creado y usado por un segmento específico de la sociedad, consolidado como un derecho de clase, es decir, hecho por mercaderes y para mercaderes.

No obstante su origen consuetudinario, la *lex mercatoria* se plasmó por escrito, luego se recogió en estatutos corporativos y éstos, a su vez, se integraron en tratados interlocales e internacionales. El auge del derecho corporativo medieval surgió en Italia y luego se trasladó a otras regiones, como Holanda (las guildas flamencas), Inglaterra, Cataluña y el norte de Alemania (la Liga Hanseática).

La *lex mercatoria* se caracterizó por ser cosmopolita, transnacional, consuetudinaria y clasista. Se relacionaba continuamente con los demás sistemas legales (feudal, eclesiástico, urbano, real), teniendo en cuenta sus cualidades intrínsecas, como la universalidad, la reciprocidad, la objetividad, la particularidad, la integración y el crecimiento. A su vez, el cosmopolitismo de la *lex mercatoria* se basó en su flexibilidad, especialidad (entendida como derecho de clase) y autonomía. Estas características, anudadas con la inoperatividad del derecho civil medieval, permitieron su fortalecimiento.

La importancia de la *lex mercatoria* decayó en el siglo XVI. Contribuyó a este descenso, el afianzamiento del derecho en cabeza del Estado moderno, el cual absorbió y prohibió

la *lex mercatoria* transnacional; el desplazamiento geográfico de los principales centros comerciales desde Italia y el norte de Alemania hacia Holanda, Inglaterra y Francia y, las falencias internas de la *lex mercatoria* que le habían tornado menos transparente, impredecible e imparcial en su aplicación. Desde entonces la *lex mercatoria* no alcanzó su esplendor medieval.

Ella fue borrada del mapa de la historia jurídica hasta hace poco, cuando han sido comparadas sus características con nuestra época y se plantea su resurgimiento.

#### b. Tratados bilaterales y multilaterales

Todos los Estados son sujetos de derecho internacional público en función de su soberanía, considerándose todos por igual y no existiendo en principio autoridad superior que pueda imponerse a los mismos. A pesar de que la soberanía es única e inderogable los Estados pueden asumir obligaciones internacionales, por la vía de convenios bilaterales o multilaterales, que reglamente determinados aspectos como el reconocimiento mutuo de sentencias etc. (convenios de roma, Viena etc.).

Sin embargo surge el problema de que ante un incumplimiento no exista autoridad superior alguna que obligue a cumplir, generando únicamente la denominada responsabilidad internacional que se traduce en medidas de presión para que el Estado en cuestión cumpla. Como por ejemplo el embargo económico, decisiones de las Naciones Unidas etc.

#### c. El derecho uniforme transnacional

En este otro posible marco regulatorio entrarían a formar parte los trabajos de determinadas organizaciones internacionales encargadas del estudio, a través de grupos de trabajo o comisiones especiales, de aspectos concretos de los sistemas jurídicos que entran en colisión a tenor de las relaciones comerciales de nivel supraestatal.

Es función de estas comisiones la creación del denominado derecho uniforme. La disparidad de sistemas jurídicos estatales obliga a la creación de un marco común armonizador de las políticas legislativas de todos los Estados. Se busca con ello lograr soluciones equitativas para todos los sistemas jurídicos, para así lograr lo que sería la creación de un sistema supraestatal de derecho uniforme el cual resolvería los problemas de regulación o normativa a aplicar en las relaciones internacionales entre todos los países.

Ejemplo de este esfuerzo regulatorio lo tenemos en distintas organizaciones entre las que cabe destacar la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), por sus cifras en inglés World Trade Organization (WTO), United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) etc. Así podemos ver en el caso antes comentado como los esfuerzos de la OMPI dieron su fruto con el nuevo sistema de dominios.

Hasta el momento el derecho uniforme puede considerarse como la técnica más efectiva para el derecho internacional privado. Sin embargo, al existir un claro conflicto de intereses, los Estados se ven evasivos a adoptar en sus respectivos sistemas jurídicos una ley de contenido internacional, motivo por el cual se emplea la técnica legislativa del “soft law”. Dicha técnica consiste en la creación de una Ley Modelo para proceder a la unificación del Derecho. En este caso por ejemplo nos encontraríamos con la Ley Modelo de Comercio Electrónico desarrollada por la UNCITRAL en diciembre de 1996, en la que se dice literalmente:

Estimando que la aprobación de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico por la Comisión ayudará de manera significativa a todos los Estados a fortalecer la legislación que rige el uso de métodos de comunicación y almacenamiento de información sustitutivos de los que utilizan papel y a preparar tal legislación en los casos que carezcan de ella.

Recomienda que todos los Estados consideren de manera favorable la Ley Modelo cuando promulguen o revisen sus leyes, habida cuenta de la necesidad de que el

derecho aplicable a los métodos de comunicación y almacenamiento de información sustitutivos de los que utilizan papel sea uniforme;

Parece por tanto ser una técnica legislativa con fuerza, pero en muchos casos no produce el efecto deseado, al no ser introducidas por los Estados siendo por tanto la propia sociedad internacional la que determine en su caso la eficacia de los trabajos realizados.

d. la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Comercio Electrónico.

La Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2205, del 17 de diciembre de 1966, estableció la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, en sus siglas en español) y le confirió el mandato de promover la armonización y la unificación progresivas del derecho mercantil internacional y, a ese respecto, tener presentes los intereses de todos los pueblos, en particular los de los países en desarrollo, en el progreso amplio del comercio internacional.

A fin de promover la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional, la Comisión ha preparado convenciones, leyes modelo, guías jurídicas, guías legislativas, reglamentos, notas sobre ciertas prácticas, y otros instrumentos relativos al derecho sustantivo aplicable a las operaciones comerciales o a otros aspectos del derecho comercial que inciden en el comercio internacional.

La CNUDMI organiza su labor a través de grupos de trabajo, formados por miembros de la misma comisión, al que se le encomienda el examen de determinados temas. Estos grupos se encargan de preparar con la asistencia técnica de la Secretaría, los textos que luego evaluará la Comisión. El Grupo de Trabajo IV se dedica al Comercio electrónico.

Entre los primeros intentos de regulación de esta compleja materia hay que referirse a Ley Modelo sobre Comercio Electrónico aprobada por la CNUDMI. Esta Ley Modelo parte de la observación del número creciente de transacciones comerciales internacionales que se realizan por medio del intercambio electrónico de datos y por otros medios de comunicación habitualmente conocidos como "comercio electrónico", en los que se usan métodos de comunicación y almacenamiento de información sustitutivos de los que utilizan el papel. En su introducción estima que la aprobación de la Ley Modelo (se aprobó en junio de 1996) ayudará de manera significativa a todos los Estados a fortalecer la legislación que rige el uso de estos métodos o a prepararla, en los casos en que carezcan de ella.

Durante su 34° periodo de sesiones, celebrado en 2001, la comisión decidió preparar un instrumento internacional relativo a cuestiones de la contratación electrónica, que debía tener también como finalidad la eliminación de los obstáculos al comercio electrónico en las convenciones y acuerdos comerciales uniformes existentes, y confió a su grupo de trabajo IV (Comercio electrónico), la preparación de un proyecto. El grupo de trabajo dedicó seis períodos de sesiones, del 2002 al 2004, a la preparación del proyecto de Convención sobre utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, el que fuera examinado durante su 38° periodo de sesiones celebrado en el año 2005. El texto fue distribuido antes del periodo de sesiones mencionado a todos los gobiernos y organizaciones internacionales invitados a asistir a las sesiones de la comisión y del grupo de trabajo en calidad de observadores, así como también fueron recibidas las pertinentes observaciones.

De este modo, el 23 de noviembre del 2005, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la convención sobre utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, pidiendo al secretario general que la declare abierta a la firma, para finalmente hacer un llamamiento a todos los gobiernos para que consideren la posibilidad de hacerse partes de la convención.

Este tratado se encuentra abierto a la firma de todos los Estados en Nueva York a partir del 16 de enero del 2006 hasta el 16 de enero del 2008; y dada su naturaleza de convención, puede ser ratificada, aceptada, aprobada por los Estados signatarios, y naturalmente se encuentra abierta a la adhesión por otros Estados no signatarios.

Con arreglo a lo establecido por el Artículo 23. 1, la Convención entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de seis meses contado a partir de la fecha en que se haya depositado el tercer instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión. Asimismo, se deja aclarado en el inciso 2 del mismo Artículo que “cuando un Estado ratifique, acepte o apruebe la presente convención o se adhiera a ella después de que se haya depositado el tercer instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, la presente convención entrará en vigor respecto de ese Estado el primer día del mes siguiente a la expiración del plazo de seis meses contado a partir de la fecha en que se haya depositado su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión”. Finalmente y no es una cuestión baladí, cabe señalar que de conformidad con el Artículo 22 no se podrán hacer reservas a la Convención.

El notario se encuentra en la superestructura como el profesional que da certeza y seguridad jurídica a las relaciones jurídicas aplicando las normas legales en el ejercicio de su función notarial, a saber, hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte, entendiéndose que el notario no está facultado para hacer más que lo establecido en la ley, ¿y qué pasa entonces con las nuevas formas de contratar?

En cuanto a las nuevas formas de contratar el Decreto 47-2008 del Congreso de la República Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas electrónicas se establece lo relacionado con el comercio electrónico, tema de gran relevancia para el desarrollo económico del país, por lo que en el presente capítulo y el siguiente se analizará las nuevas formas de contratar, la función del notario con referencia a ellas y las limitaciones en el caso de Guatemala.

## 3.2 Las nuevas formas de intervención del notario:

Analizaremos a continuación las nuevas formas de intervención del notario.

### 3.2.1 El Internet

El Internet surgió como una red de computadoras conectadas a una central o servidor y terminales conectadas a la central, por lo que si faltaba el servidor o se cortaba la línea de las terminales, fallaba la red completa, ello limitaba la interconexión a distancia y es así como en la década de 1960-1970 el Departamento de Defensa de los Estados Unidos de América crea a través de la Agencia de Desarrollo de Proyectos Avanzados, un proyecto que buscaba interconectar computadoras formando una red, que tuvieron la capacidad de funcionar aunque otras estuvieran fuera de servicio.

Luego surge el proyecto ARPANET, que en sus inicios funcionó con un programa de computación denominado Network Control Protocol lo que hizo que la red experimental funcionara descentralizadamente; proporcionando como ventaja este nuevo proyecto el que se podía conectar con diferentes tipos de computadoras y programas.<sup>38</sup>

En 1980 ARPANET patrocinó el desarrollo de un nuevo protocolo, que sustituyó al anterior denominado Transmisión Control Protocol Internetworking protocol, que funcionaba como una red independiente.<sup>39</sup>

Dentro del período de creación del nuevo protocolo que sustituyó al anterior la Internet se separa de los fines militares para los que fue creado y figura dentro del clima académico y se funda el National Science Foundation Network<sup>40</sup>, financiada por el gobierno federal, desplazándose a los establecimientos universitarios.

---

<sup>38</sup> Barrios, **Derecho e informática aspectos fundamentales**. pág. 180.

<sup>39</sup> **Ibid.**

<sup>40</sup> **Ibid.**

Es importante mencionar que el Internet no surge con propósitos comerciales, sino militares, la Internet representó un medio de comunicación e información muy importante para el desarrollo, pues a pesar de que la National Science Foundation Network intentó imponer una política de uso aceptable con el objetivo de que se utilizara solo para propósitos científicos y académicos y no comerciales, la Internet se desarrolla debido al uso comercial que se le dio expandiéndose hasta lo que hoy es el Internet.

En Guatemala inicia con carácter académico por la necesidad de comunicarse con investigadores y académicos en la Universidad del Valle de Guatemala, trabajaba únicamente con correo electrónico, conectándose con el Nodo Huracán en Costa Rica que permitía tener acceso a todo el mundo.<sup>41</sup>

#### - Definición

Como definición de Internet se adoptan las siguientes:

“Conjunto de todas las redes IP interconectadas en tiempo real, vía protocolos de interconexión TCP/IP.”<sup>42</sup>

“una interconexión de redes informáticas que le permite a las computadoras conectadas comunicarse directamente entre sí.”<sup>43</sup>

#### - Características del Internet

El espíritu de dejar circular la información libremente es una de las razones que ha permitido el crecimiento espectacular del internet. Si en sus comienzos los científicos que desarrollaron el soporte técnico de Internet, como el protocolo TCP/IP, no lo hubiesen puesto a disposición de la industria, hoy el Internet no sería lo que es.

---

<sup>41</sup> **Ibid.**, pág. 181.

<sup>42</sup> **Ibid.**, pág. 182.

<sup>43</sup> [www.abcpedia.com/diccionario/definicion-internet.html](http://www.abcpedia.com/diccionario/definicion-internet.html)

Hoy cualquiera puede colocar en el internet información sin censura previa, esto permite expresar libremente opiniones, y decidir libremente qué uso damos al Internet.

Es algo importante que permite que las personas se sientan más libres y tengan más capacidad de reacción frente a los poderes establecidos. Pero también facilita el uso negativo de la red. Por ejemplo, la creación y dispersión de virus informáticos, de conductas antisociales, etc.

Además por medio del uso del internet se puede ocultar la identidad, tanto para leer como para escribir, es bastante sencillo en el internet. Esta característica está directamente relacionada con el punto anterior, ya el anonimato puede facilitar el uso libre de la red con todo lo que esto conlleva. Entendido de forma positiva el anonimato facilita la intimidad y la expresión de opiniones. Aunque también facilita la comisión de delitos.

Otra de las características del Internet es que se autorregula o autogestiona. La mayoría de las reglas que permiten que el internet funcione han salido del propio internet, pero no existen normas legales que obliguen a observar determinada conducta.

Existen unos comités internos que se encargan de regular el internet, como W3C, Internet Society, ICANN, por ejemplo, que se encargan de dictar las normas de los nombres de dominios, definir y aprobar los protocolos de comunicaciones, etc.

Hasta ahora las razones que han llevado a tomar las diferentes decisiones han sido fundamentalmente técnicas. Eso puede explicar el por qué las cosas han funcionado razonablemente bien, puesto que el crecimiento y la mejora del internet son innegables.

Aunque como quedó apuntado existen entidades que regulan de cierta manera el internet es cierto también que el internet es caótico. Es caótico en el sentido que no

está ordenado ni tiene unas reglas estrictas de funcionamiento que permitan asegurar que todo funciona correctamente, fundamentalmente en el aspecto del contenido.

Se puede navegar por el internet y naufragar constantemente, encontrando enlaces que no llevan a ninguna parte, páginas que dan errores, formularios que fallan, videos que nunca se cargan, textos descuadrados y faltas de ortografía. Y esto no sólo sucede en las páginas personales, también en portales que han costado mucho dinero.

Todo esto puede dar la impresión de ser un pequeño caos ya que nadie asegura que todo funciona bien. Aunque esto también sucede en otros aspectos de la vida.

Otra característica del internet es que es inseguro, ya que la información de viaja de un lugar a otro a través de la línea telefónica y la mayoría sin encriptar; por lo tanto es posible interceptar una comunicación y obtener la información. Esto quiere decir que se puede leer un correo u obtener el número de una tarjeta de crédito.

Es decir, si no hacemos nada la información viaja de forma insegura, pero hoy en día toda la información importante se encripta antes de enviarla por la red, y en el destino se desencripta. Además de otro tipo de medidas de seguridad. Por lo tanto las webs de sitios serios que trabajan con tarjetas de crédito, cuentas bancarias, etc ofrecen un nivel de seguridad bastante alto. Un sitio web que trabaja con un servidor seguro se reconoce porque aparece un pequeño candado en la barra inferior.

La inseguridad también se refiere a la existencia de virus informáticos que pueden afectar al ordenador personal, pudiendo llegar a borrar o inutilizar los datos. Los virus suelen entrar a través del correo o al descargarse archivos. De la misma forma que en el caso anterior, se pueden tomar medidas para evitar esta inseguridad.

Por último, la inseguridad afecta también a los contenidos de los sitios web puesto que algunos sitios ven modificadas sus páginas por hackers. Estas intrusiones suelen tener componentes de protesta o reivindicación y generalmente no tienen efectos demasiado

graves. Un grupo elevado de personas pueden bloquear el correo de un sitio web si todas escriben correos a la vez. Muchos países están modificando las leyes para evitar comportamientos delictivos de esta clase.

En resumen, se puede decir que partiendo de una situación de cierta falta de seguridad se está llegando a una situación en la que cada vez es más seguro usar el internet, si se toman las precauciones adecuadas.

La opinión pública es muy sensible a estos temas por lo que se ha creado el mito que el internet es muy insegura, cosa que tampoco es cierta. Por ejemplo, comprar a través del internet puede ser igual o más seguro que hacerlo por otro medio. Realmente, el porcentaje de casos de fraude en la compra por Internet es muy bajo. Hoy en día se puede comprar con bastante garantía en la mayoría de los sitios web reconocidos y serios.

El número de personas que utiliza el internet crece a un fuerte ritmo, igual que el número de empresas que hace negocios. Cada vez se producen más transacciones comerciales por la red. Según la Asociación de Usuarios de Internet (aui ) en 1996 había 242.000 usuarios de Internet en España, y en el 2001 más de 7.000.000. También es cierto que este crecimiento se estabilizará dentro de unos años, cuando Internet llegue a la mayoría de la población.

Realmente el internet es un fenómeno que va a cambiar muchas cosas en la forma en que las personas se comunican y hacen negocios. Este cambio quizás no sea tan rápido como algunos esperan, pero puede que sea más profundo de lo que algunos piensan.

Como características del internet se puede mencionar que:

- No existe jurisdicción,
- No existen fronteras,

- No existe el factor tiempo,
- Facilidad de acceso a la información,
- No presencia de las partes,
- No existe regulación legal para el uso de la Internet,
- Bajo costo de acceso.<sup>44</sup>

#### - El internet y su regulación

Existen dos posturas en cuanto a la regulación o no del uso de la Internet, quienes están a favor de su regulación, consideran que es necesaria la creación de una norma que regule su uso, pues a través del uso del internet se vulneran derechos como el de la intimidad, las buenas costumbres, el honor, el patrimonio y fundamentan su posición en el Artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos la cual establece:

“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.”

Otros consideran que debe regularse el uso del internet al establecer que el Internet posee sus propias reglas, características y normas, concluyendo que el internet origina un nuevo derecho, el Derecho de Internet,<sup>45</sup> pues modifica la vida del hombre, del propio derecho y de sus operadores, en lo que concuerdo, aunque como el lector imagina su regulación debe ser a nivel internacional pues el internet como ya se apuntó es una red mundial, no se puede regular dentro de un territorio específico ya que ésta recorre el globo sin reglas específicas, además, no hay que olvidar que regular el Internet es una tarea sino imposible, muy difícil, pues la conducta que en algún país es permitida en otro está prohibida, ¿se pueden regular valores, moral, ética?, la respuesta es si, si por porque existen valores y fines comunes a toda la sociedad humana y el

---

<sup>44</sup> **Ibid.**, pág. 226.

<sup>45</sup> **Ibid.**, pág. 224.

consenso es el medio para lograrlo, aunque en la actualidad no existe norma alguna existen ciertas restricciones por ejemplo, a los menores de edad se les restringe el acceso a determinadas páginas, aunque en realidad no es un control efectivo se procura regular el acceso a la información de cierta manera; pero lo que si es posible regular es una porción del todo que engloba el uso de la Internet, como el comercio electrónico del que más adelante se desarrollará.

Quienes se oponen a la legislación del internet lo hacen en virtud del derecho a las libertades de acceso a la información, de expresión, y el derecho a la intimidad, el Artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece:

“Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir información y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.”

Según los postulantes de la no regulación, es el propio individuo quien debe abstenerse de ciertas actividades, considero que si es cierto que el individuo posee la libertad para hacer o no algo, no todas las personas que usan el internet son capaces de decidir que hacer, por que si se es capaz de tomar decisiones no significa que sean las correctas o las más aceptadas por la sociedad, y hay que recordar que el hombre vive dentro de la sociedad y sus actos producen efectos en ella, aunque se hable de un espacio virtual o mundo virtual, al final queda a libertad del lector lo que considere.

### 3.3 El internet y el comercio electrónico

En sus orígenes el internet nace con carácter militar conquistando el ámbito académico para extenderse luego al comercial, el que desarrolla e implementa sobremanera la Internet, abriendo así la puerta a un sin fin de usos del internet en el ambiente comercial.

Al uso del internet con fines comerciales, se le ha denominado e-business que “consiste en aprovechar la comodidad, la disponibilidad y el alcance universal para mejorar las organizaciones existentes o crear nuevas organizaciones virtuales. Puede considerarse al e-business como una manera segura, flexible e integrada de brindar un valor diferente combinando los sistemas y procesos que rigen las operaciones de negocios básicos con la simplicidad y el alcance que hace posible la tecnología de Internet.”<sup>46</sup>

El uso del internet ha producido una verdadera revolución en la vida del ser humano, el Internet hace posible estar informado no sólo de lo que sucede dentro del territorio nacional sino a nivel internacional, la información es una herramienta muy importante en nuestros días para cualquier tipo de actividad que se desarrolla o se desea desarrollar, el conocimiento es una parte de lo que el internet brinda, esto en el campo de la información pero el internet debe su máximo desarrollo al comercio electrónico o e-business.

El comercio electrónico tiene su inicio a principios de 1980 en la celebración de transacciones celebradas entre empresas con avances tecnológicos y con la utilización de estándares de comunicación compatibles y específicamente con el uso del internet en 1995, que además de ser un medio de comunicación fue un canal comercial.<sup>47</sup>

- Definición de comercio electrónico

Comercio electrónico es:

“cualquier forma de transacción o intercambio de información comercial basada en la transmisión de datos sobre redes de comunicación como el internet, incluye no solo la compra y venta de bienes, información o servicios, sino también el uso de la red, para aspectos de publicidad, búsqueda de información de productos, proveedores, el propio mecanismo de negociación entre comprador y vendedor, etc.”<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> **Ibid.**, pág. 209.

<sup>47</sup> **Ibid.**, pág. 257.

<sup>48</sup> Muñoz Roldán, **El tráfico jurídico electrónico y la firma digital**, pág. 20.

El comercio electrónico es aquél que “abarcase cualquier negocio jurídico, dirigido a un intercambio económico, que se realice a través de un sistema electrónico, informático o telemático.”<sup>49</sup>

Norma Juanes, define el comercio electrónico como “aquél que se desarrolla a través de la utilización de un instrumento electrónico.”<sup>50</sup>

De las definiciones anteriores Muñoz Roldán, concluye que comercio electrónico es “cualquier forma de transacción o intercambio de información comercial realizada por medio de la transmisión de datos por redes de comunicación mundial, como se puede apreciar este autor añade el factor internacional a las redes de datos e información comercial, pues es la publicidad lo que más se comercia por el internet, ya que las empresas utilizan este medio para darse a conocer ante el público.”<sup>51</sup>

Según Omar Barrios citando a Carlos de Paladella el comercio electrónico también incorpora el uso de las redes para actividades anteriores o posteriores a la venta como:

“La publicidad,  
La búsqueda de información,  
El aseguramiento de las posibles transacciones,  
El tratamiento de clientes y proveedores, incluso inversores,  
Trámites ante autoridades de control y fiscalización,  
La negociación de condiciones de compra, suministros, etc.  
La prestación de mantenimientos y servicios posventa,  
La colaboración entre empresas.”<sup>52</sup>

Lo anterior es sin excluir otras actividades, ya que el comercio y por ende el derecho mercantil se desarrollan y se han desarrollado como lo demuestra la historia de forma

---

<sup>49</sup> **Ibid.**, pág. 21

<sup>50</sup> **Ibid.**

<sup>51</sup> **Ibid.**

<sup>52</sup> Barrios, **Op. Cit.** pág. 258.

impredicible o inimaginable a gran velocidad, por lo que el derecho llega a legislar cuando todo ya se ha producido y corresponde establecer ciertas reglas en el tráfico jurídico mercantil, pues sin ánimo de extenderme, basta recordar las características del derecho mercantil (poco formalista, adaptabilidad, inspira rapidez y libertad en los medios para traficar, posibilita la seguridad del tráfico jurídico, tiende a ser internacional), para entender que se puede contratar o adquirir toda clase de bienes en forma electrónica.

En cuanto a que se puede adquirir toda clase de bienes, surge la inquietud de regular el uso del Internet, pero esta idea no ha sido aceptada internacionalmente ya que para ello se necesita un ley de carácter internacional que lo regule, ley que en la actualidad no existe pues resulta muy difícil establecer normas jurídicas a todo el mundo, pues hay que recordar que en algunas legislaciones existen ciertas conductas permitidas y en otros son prohibidas, otra razón para no regular su uso es que la Internet es un medio tecnológico democrático y para algunos más que democrático anárquico, es un medio democrático porque permite a la persona expresarse libremente, no existen restricciones de algún tipo, además del anonimato que se mantiene pues no es necesario acreditar la veracidad de los datos proporcionados, en el caso del correo electrónico por ejemplo, basta con llenar los espacios correspondientes con los supuestos datos e inmediatamente se posee para efectos de recibir y enviar información una identidad, que aunque no está debidamente garantizada como lo sería en el caso de los certificados se posee cierta capacidad para realizar algunos actos dentro del mundo cibernético.

### 3.3.1 Clasificación del comercio electrónico

a. Por los sujetos que intervienen:

En el comercio electrónico intervienen dos sujetos, a saber, las empresas y los consumidores, haré caso de la forma en que comúnmente se les designa en el idioma

ingles, *business* y *consumers*, atendiendo a la forma en que cada uno de ellos interviene en relación con el otro existen varias modalidades:

- b. Business to Consumer (B2C),
- c. Business to Business (B2B),
- d. Consumer to Consumer (C2C) y
- e. Consumer to Business (C2B).

b. Business to Consumer (B2C):

Es la modalidad de comercio electrónico más conocida, ya que es donde intervienen los dos elementos personales, la empresa y el consumidor, por medio de la cual la primera ofrece sus productos o servicios por medio de una red, como lo es el internet, y el consumidor realiza la compra pagando, ya sea por medios tradicionales o electrónicos.

c. Business to Business (B2B):

Esta modalidad se refiere al comercio electrónico entre empresas, donde la finalidad más común es el aprovisionamiento de productos de una a otra. Tal vez esta sea la forma de comercio electrónico más importante, pero a la vez es la menos publicitada, ya que las empresas lo que menos quieren es que el mundo se entere de las transacciones realizadas entre ellas.

d. Consumer to Consumer (C2C):

Una de las formas más antiguas del comercio, con la popularización del Internet, se hizo un mayor uso de esta modalidad de comercio electrónico, en el cual cualquier usuario ofreciera determinado producto a otro usuario que mostrara interés en adquirir determinada cosa sin necesidad de intermediario alguno, como lo es el caso de las subastas, ya que por el internet hay infinidad de páginas donde los usuarios pueden poner en subasta diversidad de productos al mejor postor.

e. *Consumer to Business (C2B)*:

Es la modalidad de comercio electrónico menos conocida, aunque es posible que con el paso del tiempo se desarrolle, el comercio de consumidor a empresa constituye una relación entre estos dos sujetos siendo el consumidor quien inicia la relación, el ejemplo más claro es el teletrabajo, que es cuando el consumidor ofrece sus servicios a una empresa, para desarrollar determinada actividad sin que exista una presencia física del consumidor en la empresa, ya sea completamente o de una mayor parte del horario laboral de la empresa, es sorprendente que se pueda trabajar fuera de la empresa, el internet posee características que lo hacen ser un medio muy eficaz, rápido con grandes ventajas para quienes lo usan, pues para el uso del internet no existe un horario para acceder a él, por lo que en el caso del tele-trabajador no existe un horario de trabajo, no existe el día o la noche, no necesita recorrer distancia alguna de su hogar a donde se encuentra el lugar de trabajo pues lo puede realizar en la comodidad de su hogar, no se ve influenciado por las condiciones climáticas, ya que no necesita siquiera salir de su casa, por lo que el clima no interrumpe el desarrollo adecuado del trabajo.

El internet rompe las barreras de tiempo y espacio que hoy conocemos y nos traslada a un mundo intangible y real.

Para establecer frente a que forma de contratación se esta, basta con determinar si el sujeto sea consumidor o empresa, adquiere el producto para su consumo final.

Si se habla de la administración pública, se le considerará consumidor, pues el Estado no es una empresa, no ofrece bienes o servicios con los mismo fines que una empresa, es consumidora porque puede contratar determinado servicio o adquirir determinado producto para el desarrollo de sus funciones.

El Código de Comercio de Guatemala sustenta la premisa anterior al establecer en el Artículo 13 que el Estado, sus entidades descentralizadas autónomas o semiautónomas, las municipalidades y, cualquier institución o entidad pública, no son

comerciantes, pero pueden ejercer actividades comerciales, sujetándose a las disposiciones de este código, salvo lo ordenado en leyes especiales.

b. Por el campo en el que se llevan a cabo las fases del comercio:

Por el campo en el que se llevan a cabo las fases del comercio electrónico, puede ser:

b.1. Comercio electrónico directo y

b.2. Comercio electrónico indirecto

b.1. Comercio electrónico directo

En esta modalidad, todas las fases de la operación se realizan por medio electrónicos, son las más comunes la oferta, la transacción, la entrega del producto o servicio y el pago por el mismo, las contraprestaciones se producen de forma inmediata como el suministro de software, servicios de asesoría, etc.

b.2. Comercio electrónico indirecto:

El comercio electrónico es indirecto al realizarse fuera de la red una parte de la transacción, como la entrega en forma física del bien, que puede ser mercadería o servicio.

La fase que más provoca el comercio electrónico indirecto es la entrega del producto o servicio, la segunda fase que provoca que sea más utilizado este tipo de comercio es la forma de pago.<sup>53</sup>

---

<sup>53</sup> **Ibid.**, pág. 24 y 25.

### 3.3.2 El comercio electrónico y su regulación

Ya se habló de la regulación del internet, y se concluyó que aunque es difícil regular todas las actividades que se pueden desarrollar en el uso del internet, es posible regular alguna parte, como el comercio electrónico, la regulación del comercio electrónico radica en una necesidad de cada estado y en general de la sociedad humana de garantizar al individuo la seguridad jurídica y el desarrollo del país.

En páginas anteriores se habló de los instrumentos que pretenden de regular el comercio electrónico, a modo de no ser repetitivo el presente trabajo, se apuntará lo más importante de cada uno de ellos:

- a. La nueva *lex mercatoria*
- b. Tratados bilaterales y multilaterales
- c. El derecho uniforme transnacional y
- d. La Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Comercio Electrónico.

#### a. La nueva *lex mercatoria* o ley de los mercados

Es un orden jurídico distinto y distinto de los ordenamiento nacional e internacional, está conformado por principios diseñados por los operadores del comercio internacional, el principio que impera es el de la autonomía de la voluntad, principio que ha recobrado fuerza, a finales de la edad media este principio se encontraba en crisis, al establecerse que aunque se manifieste la voluntad de contratar de cierta forma existen principios como la justicia e igualdad que se hacen inválidos contratos violatorios a la igualdad de las partes y a la justicia, hoy la autonomía de la voluntad acepta que los acuerdos no pueden sobrepasar derechos esenciales de los contratantes.

#### b. Tratados bilaterales y multilaterales

El Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados define en el Artículo 2 a los tratados como:

"un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera sea su denominación particular."<sup>54</sup>

En los tratados pueden establecerse normas que regulen el comercio electrónico pero como se estableció en líneas anteriores estas normas deben observarse por todos los países y no sólo de dos o tres o más como en el caso de los tratados.

#### c. El derecho uniforme transnacional

Son las más acordes a la necesidad de regular el comercio electrónico a nivel internacional, el único problema surge cuando existen conflictos de intereses entre cada país, aunque se ha buscado la solución a este inconveniente por medio de la técnica legislativa del "Soft law", que consiste en la creación de una ley modelo para proceder a la unificación del derecho, como ejemplo de lo anterior se encuentra la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Comercio Electrónico.

Aparte de regular todo lo concerniente al comercio electrónico, la ley modelo establece a los Estados que deseen incorporarla a su derecho interno dos opciones, la primera, es que cada estado emita una ley específica (como lo han hecho Argentina, que es el país más desarrollado en esta materia, Ecuador, Venezuela, Chile y España) y la segunda es reformar las leyes vigentes en el Estado que desee incorporarla (México).

En cuanto a la función del notario en el comercio electrónico, el Código de Notariado Guatemalteco no establece la posibilidad del uso de medios electrónicos en la función notarial, el instrumento público debe estar contenido en formato papel para su validez,

---

<sup>54</sup> <http://www.derechos.org/nizkor/ley/viena.html>

entendiéndose que el instrumento público “son los documentos autorizados por el notario en que constan las relaciones jurídicas de los partícipes, para que sirvan de leyes entre los mismos o se refieren a los hechos relacionados con el derecho.”<sup>55</sup>

Atendiendo a la clasificación más aceptada del instrumento público que hace Carlos Emérito Gonzáles, los instrumentos públicos se clasifican en:

- a. principales y
- b. secundarios.<sup>56</sup>

Dentro de los instrumentos públicos principales, que van dentro del protocolo se encuentra la escritura pública, actas de protocolación y razones de legalización de firmas.

El Código de Notariado así lo establece cuando define qué es protocolo en el Artículo 8:

El protocolo es la colección ordenada de las escrituras matrices, de las actas de protocolación, razones de legalización de firmas y documentos que el notario registra de conformidad con la ley.

Además establece en el Artículo 9, que esa colección ordenada debe extenderse en papel sellado especial para protocolos, así como el respectivo control que se deberá llevar por parte de las oficinas fiscales:

Artículo 9: Las escrituras matrices, actas de protocolación y razones de legalización de firmas se extenderán en papel sellado especial para protocolos.

Las oficinas, fiscales venderán exclusivamente a los notarios en ejercicio, el papel para protocolo, en lotes de veinticinco pliegos, por lo menos, guardando en éstos el orden correlativo. Dichas oficinas anotarán la venta en un libro de registro, en el que

---

<sup>55</sup> Muñoz, **Op. Cit.** pág. 88.

<sup>56</sup> **Ibid.**, pág. 91.

consignarán la serie y los números del papel, y el nombre y firma y sello del notario que recibe el papel para sí, o por encargo de otro notario.

El Artículo 29 numeral 12 establece:

Artículo 29. Los instrumentos públicos contendrán:

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

Dentro de los instrumentos públicos secundarios, que van fuera del protocolo, se encuentran las actas notariales, actas de legalización de firmas y las actas de legalización de copias de documentos, según lo que establecen los Artículos 54 y 60, del Código de Notariado:

“Artículo 54: 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.”

En lo referente a las actas notariales el Artículo 60 del establece:

“Artículo 60: El notario, en los actos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte, levantará actas notariales en las que hará constar los hechos que presencie y circunstancias que le consten.”

El notario guatemalteco no puede hacer uso de medios electrónicos para ejercer su actividad, por lo que es necesaria la reforma al Decreto 314 del Congreso de la República Código de Notariado en lo concerniente al formato que debe contener el instrumento público, y la reforma a la Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas permitiendo a través de su reforma la actuación del notario de igual forma que las entidades certificadoras como un ente certificante, ello significa que el notario podrá emitir certificados digitales al igual que las autoridades de certificación, así mismo podrá el notario actuar dentro de los contratos y actos jurídicos en forma electrónica.

d. La Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Comercio Electrónico.

La Ley Modelo sobre firmas electrónicas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional se refiere a este principio en el Artículo 5, en el cual regula el reconocimiento jurídico a los mensajes de datos según el cual “no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos.”

La reforma al Código de Notariado permitiría cambios positivos para el país, no sólo en el ámbito comercial para la entidad privada, para el Estado de Guatemala representa un gasto inferior en el desarrollo de sus funciones, las entidades descentralizadas y autónomas también serían beneficiadas con la reforma a esta ley, circunstancias que se han tomado en cuenta por el Congreso de la República por medio de la creación de la Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas.

Como ejemplo de la posibilidad del notario de autorizar e intervenir en formato electrónico se encuentra la Ley del Notariado española, que en su Artículo 11 establece la posibilidad de autorizar, intervenir y conservar la escritura matriz u original en formato electrónico, siempre que los avances tecnológicos en el futuro lo permitan y que en la actualidad se pueden conservar en formato electrónico las copias de las actas matrices

de escrituras y actas, como la reproducción de las pólizas intervenidas, como el lector podrá darse cuenta, esta legislación ha dado un paso adelante pues se le está dando valor a los documentos contenidos en formato electrónico, cosa que en nuestro Código de Notariado no es así pues solo tienen valor los contenidos en formato papel.

La Ley española del Notariado, en su Artículo 11 regula:

“Hasta que los avances tecnológicos hagan posible que la matriz u original del documento notarial se autorice o intervenga y se conserve en soporte electrónico, la regulación del documento público electrónico contenida en este artículo se entenderá aplicable exclusivamente a las copias de las matrices de escrituras y actas así como, en su caso, a la reproducción de las pólizas intervenidas”.<sup>57</sup>

En el caso de los contratos electrónicos la Ley española posibilita al notario la realización de contratos electrónicos, como lo establece la Ley 7/2004 que adiciona los Artículos 130 al 144 a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada 2/1995 en los cuales se pueden emplear medios electrónicos para la constitución de la sociedad nueva empresa, en el Artículo 134.3 regula:

“los trámites necesarios para el otorgamiento e inscripción de la escritura de constitución de la sociedad Nueva Empresa, podrán realizarse a través de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas.”<sup>58</sup>

Otro ejemplo de la actuación de los notarios es la autorización que dio el pleno de la Corte Suprema de España, por medio de la cual autorizó que los notarios, conservadores y archiveros judiciales titulares, suplentes e interinos, utilicen la firma electrónica personal y exclusiva, que deberá ser a través de un prestador acreditado de servicios de certificación, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 19.799 y su reglamento.

---

<sup>57</sup> Muñoz Roldán, **Op. Cit.**, pág. 39

<sup>58</sup> **Ibid.**, pág. 39.

El instructivo del máximo tribunal por tanto deberá cumplir con los siguientes requisitos adicionales: Vincular los datos de verificación de la firma a la identidad del auxiliar, cargo que sirve y la calidad en que lo hace, según los casos, así como el territorio en el cual ejerce su competencia; y, que tiene como finalidad la suscripción y otorgamiento de documentos electrónicos en ejercicio de la función notarial, conservatoria o de archivero, según corresponda.

Dicho edicto establece que la Ley 19.799, sobre documentos electrónicos, firmas electrónicas y servicios de certificación de dicha firma, permite a esta Corte Suprema de Justicia reglamentar la forma cómo se garantizará la publicidad, seguridad, integridad y eficacia en el uso de las firmas electrónicas y las demás condiciones necesarias para la aplicación de la ley, se consigna en el texto del documento que fue remitido al Ministerio de Justicia, a las Cortes de Apelaciones del país, y a la Corporación Administrativa del Poder Judicial, y además que aún reconociendo la imposibilidad de adoptar firma electrónica para los actos o contratos en que se exige determinada solemnidad que no es susceptible de cumplirse mediante documento electrónico, aquellos en que se requiera la concurrencia personal de alguna de las partes y los relativos al derecho de familia, es necesario adoptar normas en lo concerniente al uso de documentos y firma electrónica por notarios, conservadores y archiveros judiciales.

El acuerdo establece que los prestadores acreditados de servicios de certificación de firma electrónica avanzada sólo podrán emitir certificados que autentiquen las firmas electrónicas de notarios, conservadores y archiveros judiciales, ya sean, titulares, suplentes e interinos cuando éstos les hayan justificado la autenticidad de los datos de verificación de firma mediante certificación de la condición de tales emitidas por el secretario del tribunal de alzada capitalino, o quien lo reemplace y en el caso de los interinos y suplentes se deberá agregar copia autorizada del respectivo decreto de nombramiento.

Establece además, que el titular de un certificado de firma electrónica avanzada estará obligado a custodiar los mecanismos de seguridad del funcionamiento del sistema de

certificación y no podrá, en caso alguno, permitir a terceros el uso de su dispositivo de firma electrónica; el titular deberá comunicar inmediatamente a la Corte de Apelaciones respectiva la pérdida o extravío del dispositivo de firma electrónica, así como cualquiera de las circunstancias que determinen la suspensión o revocación de su respectivo certificado de firma electrónica avanzada, sin perjuicio del aviso que deba dar al respectivo prestador de servicios conforme a las prácticas de certificación del mismo.

Asimismo, se establece que las secretarías de las Cortes de Apelaciones llevarán un registro de las comunicaciones antes mencionadas, con señalamiento de su fecha y hora, así como de la emisión de certificaciones consignadas en el numeral segundo del auto acordado.

Los titulares de firma electrónica, en el ámbito de sus funciones y competencia, podrán emitir electrónicamente, mediante el uso de firma electrónica avanzada, todos los documentos que la ley permita, especialmente copias autorizadas de instrumentos públicos y privados, documentos protocolizados, certificaciones de firmas digitales estampadas en su presencia, protestos y constataciones de hechos y certificaciones referidas a registros y actuaciones.

Se sostiene que podrá solicitarse la inscripción o anotación de los títulos o documentos transmitidos por vía electrónica en los registros llevados por los notarios, conservadores y archiveros judiciales, en tanto aquéllos sean suscritos con firma electrónica avanzada por el notario autorizante o la autoridad competente que los haya emitido.

Los notarios, conservadores y archiveros judiciales que adopten firma electrónica deberán mantener un depositario electrónico de documentos que garantice la seguridad, integridad y disponibilidad de la información contenida en él, proveyendo los respaldos conforme a la normativa legal vigente. Las copias que consten en un documento electrónico expedido por el notario autorizante del documento matriz no perderán su carácter, valor y efectos, por el hecho de su traslado a papel, en la medida que dicho traslado lo efectúe el notario, conservador o archivero judicial al que se le

hubieren remitido, quién firmará el documento haciendo constar su carácter y procedencia.

España y sus organismos oficiales se van integrando en la sociedad digital, pues la Agencia Tributaria permite realizar más operaciones a través de Internet, empezando por solicitar el borrador de la declaración de la renta y acceder a los datos fiscales. No es necesario contar con un certificado digital, aunque siempre es recomendable obtenerlo para otro tipo de comprobaciones, por ejemplo, en la seguridad social o en diferentes administraciones locales.

El certificado digital de usuario no es más que un documento que sirve para acreditar la identidad de una persona. Según el Manual de Firma Electrónica de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre (organismo encargado de las certificaciones en España, un certificado electrónico es un documento firmado electrónicamente por un prestador de servicios de certificación que vincula la identidad de cada usuario con las herramientas de firma electrónica, es decir, claves criptográficas, dándole a conocer como firmante en el ámbito telemático, es decir, que identifica a una persona como tal ante a el organismo correspondiente.

Esta firma digital es imprescindible para acceder a determinados servicios online que por su tipología requieren la máxima seguridad, como CERES (empresa encargada de la certificación española) que indica algunos servicios a los que se puede acceder:

- Presentación de recursos y reclamaciones,
- Complimentación de los datos del censo de población y viviendas,
- Presentación y liquidación de impuestos,
- Consulta e inscripción en el padrón municipal,
- Consulta de multas de circulación,
- Domiciliación bancaria de tributos municipales,
- Consulta y trámites para solicitud de subvenciones,
- Consulta de asignación de colegios electorales,

- Actuaciones comunicadas,
- Firma electrónica de documentos oficiales y expedición de copias compulsadas.

Obtener el certificado digital es gratuito y muy sencillo. El proceso se divide en tres partes (solicitud, acreditación y descarga del certificado) y debe realizarse desde un mismo equipo informático. El certificado sólo será válido en el ordenador desde el que se realizó la solicitud.

1. El primer paso del proceso es la solicitud del certificado digital, que debe hacerse a través del internet en la página de CERES. A partir de ese momento, habrá que acudir a cualquiera de las oficinas de registro de los organismos acreditados. La única salvedad en este caso es cuando se solicita un certificado de persona jurídica para el ámbito tributario, pues si es así, habrá que acudir obligatoriamente a las oficinas de registro de estos organismos de registro. En la oficina de registro acreditarán la identidad, firma incluida, después sólo habrá que descargar el certificado de usuario una vez más a través de la página de CERES.

Tras la admisión de los certificados digitales expedidos por la Generalitat Valenciana por parte de la agencia tributaria el pasado mes de enero, la Secretaría Autonómica de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información, de la Cancillería de Infraestructuras y Transporte, como Autoridad de Certificación de la Comunidad valenciana, ha concluido todos los preparativos para abordar con éxito la próxima campaña de RENTA '04.

De esta forma, la Comunidad valenciana pasa a ser la primera autonomía cuyos ciudadanos pueden acceder a los servicios on-line de la agencia con los certificados emitidos por una autoridad de certificación de un gobierno autonómico.

Esta iniciativa supone que los ciudadanos de la Comunidad valenciana serán los primeros en utilizar los certificados digitales emitidos por la Autoridad de Certificación de

la Generalitat Valenciana en las relaciones telemáticas con la administración tributaria. Así, servicios como la consulta de datos fiscales, obtención de certificaciones tributarias, pago de impuestos y, el servicio más conocido, la presentación de la declaración de renta y patrimonio por internet, puede llevarse a cabo utilizando los certificados de la Generalidad.

Estos certificados pueden utilizarse no sólo en los servicios telemáticos, sino que también son necesarios para las aplicaciones y servicios que se enumeran en esa página web de la Autoridad de Certificación y que, día a día, van creciendo en número y calidad.

Es especialmente destacable el esfuerzo desarrollado por la Cancillería de Infraestructuras y Transporte, a través de la Secretaría Autonómica de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información, para conseguir la progresiva implantación del catálogo de servicios telemáticos de “Generalidad en Red”.

Los servicios de certificación electrónica que la Generalidad Valenciana presta al Ciudadano y a las Administraciones Públicas valencianas se han convertido ya en un pilar básico de coordinación entre Administraciones como los Ayuntamientos, las Diputaciones, Generalidad Valenciana y Administración General del Estado, y es un fundamento imprescindible para el desarrollo y despliegue de la Sociedad de la Información en la Comunidad valenciana.

Los entes autorizados para emitir algún tipo de certificado digital son las denominadas autoridades de certificación, siendo las más implantadas en España:

- Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, emite el certificado CERES. Es el más empleado por los particulares en sus relaciones con las administraciones públicas y es gratuito. Emite tres tipos: de persona física, de personas jurídica y de entidad sin personalidad jurídica, estos últimos para empresas y administraciones públicas.

- AC CAMERFIRMA, emite el certificado Camerfirma con 4 tipos de certificación:

a. Certificado de pertenencia a empresa: permite que su titular se identifique como trabajador perteneciente a una empresa.

b. Certificado de representante: permite que su titular actúe en nombre de la empresa a la que pertenece.

c. Certificado de persona jurídica: identifica a una entidad con personalidad jurídica.

d. Certificado para factura electrónica: puede ser instalado en servidor o puede ser utilizado por la persona dedicada a realizar la facturación electrónica en nombre de la empresa.

El certificado digital se puede solicitar en formato electrónico, instalando el software del certificado en el ordenador del usuario, o en forma de tarjeta criptográfica, que exige la instalación del software y de un lector de tarjeta.

Actualmente los certificados y sus claves se deben solicitar a un Prestador de Servicios de Certificación que las crea y activa certificado digital. Este certificado es el que habilita para el uso de los servicios electrónicos disponibles, y posee una duración determinada por lo que debe ser renovado. También puede ser revocados por parte del Prestador, por ejemplo en casos de filtración de clave privada.

Los pasos para la obtención de las claves y el certificado digital son los que siguen:

1. Realizar la solicitud por Internet, accediendo a la Web de la autoridad de certificación elegida, de esta solicitud se obtiene un código de certificado.

2. Acudir a un prestador de servicios de certificación (en la Región de Murcia principalmente la TGSS, INSS, AEAT, Comunidad Autónoma, Ministerios y Cámara de Comercio) donde con el código de solicitud y presentando la identificación.

3. El prestador de servicios de certificación comprueba la identidad mediante el documento nacional de identificación (D.N.I.) o, en el caso de representarse a una sociedad, con la documentación del cargo y mis facultades.

4. El prestador de servicios de certificación crea las claves pública y privada. A continuación autoriza la generación del certificado digital que corresponde a esas claves.

En algunos certificados (Camerfirma) o si se solicita expresamente (CERES) se hace entrega de una tarjeta con una banda magnética que contiene las dos claves y el certificado digital cuyo acceso queda protegido por una clave (al igual que con las tarjetas de los cajeros automáticos). Esta tarjeta podrá ser leída por un lector de bandas magnéticas conectado al ordenador personal. A partir de este momento y con la información obtenida de la tarjeta se podrán firmar digitalmente las comunicaciones electrónicas que se envíen.

Los certificados digitales están ya en manos de casi 4 millones de usuarios que ven como cada día se amplían más los servicios disponibles 24 horas al día 365 días al año y sin moverse del ordenador de su casa.<sup>59</sup>

¿Suponiendo que en Guatemala se reformara el Código de Notariado, como haría el notario guatemalteco para autorizar contratos electrónicos? Para responder a esta pregunta es necesario conocer lo referente a la firma electrónica y firma digital, pues no se puede hablar de firma digital si no se comprende primero lo relativo a la firma electrónica ya que como se verá más adelante la firma electrónica es considerada el género y la firma digital la especie.

---

<sup>59</sup> <http://www.cecarm.com/servlet/s>.

### 3.4 La Firma electrónica

Cuando se habla de firma digital tiende a confundirse con el concepto de firma electrónica, la firma electrónica es considerada en general y la firma digital su especie, como ya se expresó, por lo que es necesario previo a establecer una definición de firma digital, una definición del género, la firma electrónica llamada también firma electrónica simple, como aquel conjunto de datos electrónicos, adjuntos a otros datos electrónicos, utilizados como medio para identificar formalmente al autor o a los autores del documento que la contiene.

Una de las características principales de la firma electrónica simple es que no produce efectos jurídicos, otra es que la firma electrónica solo busca el asegurar la autenticidad del firmante, en cambio la firma digital o firma avanzada, permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados, así como constituye una presunción *iuris tantum* sobre la identidad del firmante y la integridad del documento, por lo que se presume salvo prueba en contrario, que proviene del suscriptor del certificado asociado y que no fue modificado; por el contrario en el caso de la firma electrónica, se invierte la carga probatoria con respecto a la firma digital, en caso de ser desconocida la firma corresponde a quien invoca su autenticidad acreditar su validez.

La CNUDM (Ley Modelo sobre firmas electrónicas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) no hace una diferencia en cuanto a la firma electrónica o firma digital al ser considerada la firma digital una especie de la firma electrónica, define a la firma electrónica en general como:

“datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que puedan ser utilizados para identificar al firmante en relación con el mensaje de datos e indicar que el firmante aprueba la información recogida en el mensaje de datos.”<sup>60</sup>

---

<sup>60</sup> *Ibid.*, pág. 57.

### 3.4.1 La firma electrónica en la administración pública

El uso de la firma electrónica no se limita únicamente al comercio electrónico ya que una de sus principales aplicaciones la encontramos en la administración pública, el que un ciudadano tenga acceso a las oficinas o servicios de una institución del Estado sin tener que trasladarse al lugar donde está constituida físicamente para realizar sus diligencias, es una ventaja y constituye una herramienta para la desconcentración del Estado.

Omar Barrios indica que “es importante señalar las aplicaciones y beneficios que tiene la firma electrónica en la administración pública, lo cual resume Fabiana Hebe Sánchez al indicar “que “la normativa sobre Firma Digital en el ámbito de la administración pública, persigue como objetivo normar la equiparación de la Firma Digital a la firma ológrafa para permitir la digitalización y despapelización de los circuitos administrativos del Estado. También crear las condiciones para el uso confiable del documento digital en el ámbito del sector público y por último reducir el riesgo de fraude en la utilización de documentos digitales al suscribirlos digitalmente.”<sup>61</sup>

Precisamente, concientes de que la firma digital es un medio de desconcentración y proporciona ventajas para los administrados y para la administración pública los diputados del congreso presentaron la iniciativa de Ley para Regulación y Protección de la Firma Digital, la cual en su exposición de motivos en la parte respectiva expresa:

“El comercio electrónico no es el único beneficiario de la firma digital. Actualmente los organismos del Estado y la Administración Pública de nuestro país están atorados de grandes cantidades de documentos de soporte papel que ocupan un significativo y costoso espacio de archivo en sus oficinas y que dificultan su informatización resultando en un acceso a la información más lento y costoso.”

Actualmente en España es permitida la utilización de la firma digital dentro de la administración pública, como ejemplo de la posibilidad de la utilización de la firma digital

---

<sup>61</sup> **Op. Cit.**, pág. 139.

en la administración, a continuación se apuntan las entidades que permiten la utilización de la firma digital:

1. Administración central:

Agencia Estatal de Administración Tributaria  
Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones  
Instituto de Crédito Oficial  
Instituto Nacional de Estadística  
Ministerio de Economía  
Presidencia de Gobierno  
Seguridad Social  
Dirección General del Catastro  
Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas

2. Administración autónoma:

Comunidad de Madrid  
Gobierno de Canarias  
Gobierno de Navarra  
Gobierno de La Rioja  
Junta de Andalucía  
Junta de Galicia

3. Administración local:

Ayuntamiento de Alboraya (Valencia)  
Ayuntamiento de Laredo (Cantabria)  
Ayuntamiento de Catarroja (Valencia)  
Ayuntamiento de Madrid  
Ayuntamiento de Paterna (Valencia)

Ayuntamiento de Totana (Murcia)  
Ayuntamiento de Valencia  
Ayuntamiento de Barcelona  
Autoridades de certificación.

En Guatemala se ha iniciado el proyecto de Certificación Digital de las Aplicaciones Electrónicas de la Superintendencia de Administración Tributaria aplicable a los agentes aduaneros, sustituyendo el número de clave o pin que la SAT asignaba a los agentes aduaneros, con el objeto de llevar un mejor control en las importaciones o exportaciones de productos, ya que el número de clave era vendido o alquilado a personas no registradas como tales dentro de la Administración Tributaria.<sup>62</sup>

La Superintendencia de la Administración Tributaria ha sido una de las primeras entidades del Estado que se ha interesado en la aplicación de la firma digital al publicar el acuerdo número 014-2007, en donde se fijan las reglas para las empresas que estén interesadas en prestar el servicio de certificación.

Según el Artículo 31 del acuerdo 014-2007, en el plazo de cuatro meses, después de que la primera certificadora inicie operaciones, la firma electrónica será obligatoria en cualquier transmisión electrónica relacionada con actividades aduaneras.

La firma digital que se regula por medio del acuerdo 014-2007 es aplicable únicamente a los agentes aduaneros, ya que la norma aplicable en el caso de personas privadas que deseen hacer uso de un servicio de certificado de firma, ya sea electrónica o avanzada es el Decreto 47-2008 del Congreso de la República, Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas, la cual establece que cualquier persona individual o jurídica puede tener acceso a la firma electrónica o avanzada al contratar los servicios con un prestador de servicios de certificación.

---

<sup>62</sup> webmaster@prensalibre.com.gt

La documentación requerida para la solicitud de autorización debe incluir como mínimo, en cumplimiento con la literal g) del Artículo 15 del Acuerdo del Directorio 014-2007, lo siguiente:

1. Perfil de la empresa, incluyendo experiencia en temas relacionados a servicios de certificación e infraestructura de llaves públicas.
2. Carta emitida por la Autoridad Certificadora donde conste que el solicitante operará como una Autoridad de Registro avalada por la misma.
3. Carta de compromiso para el desarrollo de las interfaces de comunicación entre la autoridad de registro y la Superintendencia de Administración Tributaria (SAT), de acuerdo a los diagramas publicados sobre el proceso de registro.

Esto en el caso de un agente aduanero, ya que si se trata del registro de una autoridad certificadora de:

1. La empresa interesada en ser autorizada como autoridad de registro, debe presentar ante la SAT el formulario de “solicitud de dictamen técnico de aprobación de autoridad de certificadora”, la cual deberá ser firmada por el representante legal de la empresa, adjuntando documentación sobre su empresa y de la empresa que le respaldará como autoridad certificadora. La documentación debe contener lo siguiente:

- a. Del interesado en ser autoridad de registro:

1. Fotocopia de cédula de vecindad del representante legal y documentos que acreditan su representación.
2. Carta emitida por la autoridad certificadora donde le autoriza a solicitar ante la SAT el dictamen técnico de aprobación con fundamento en el Acuerdo del Directorio 014-2007.

b. De la autoridad certificadora

1. Perfil de la empresa, incluyendo toda la información detallada de su actividad como autoridad certificadora a nivel internacional.
2. Documentación que demuestre que la autoridad certificadora opera al amparo de una Ley de Firma Electrónica o Digital en su país de origen.
3. Documentación de que la empresa cuenta con una certificación de seguridad informática especializada e internacionalmente reconocida para autoridades certificadoras.
4. Políticas de certificación bajo las cuales emitirán los certificados digitales.

c. La SAT, procederá a realizar lo siguiente:

1. Revisión documental de la solicitud, de existir algún error u omisión requerirá al solicitante que lo subsane.
2. Comprobación de la documentación con las fuentes originales sobre la veracidad de las mismas.
3. Verificación que la documentación presentada, satisface los criterios establecidos por el artículo 14 del Acuerdo del Directorio 014-2007.
4. Validación de las Políticas de Certificación presentadas, de acuerdo a las Políticas de Certificados Digitales emitidos por la SAT en resolución R-AST-IA-002-2007.
5. Coordinar pruebas técnicas de la compatibilidad de los certificados, dispositivos criptográficos, hardware y software asociado con el sistema de la SAT.
6. La SAT emitirá un dictamen técnico, que justifique debidamente las conclusiones de la resolución, ya sea de aprobación o rechazo.

2. Si el dictamen técnico emitido es de aprobación, se publicará en el Portal SAT la información correspondiente.

### 3.5 La firma digital:

El antecedente de la firma digital es la firma ológrafa, ésta es definida:

“como el título que una persona escribe de su propia mano en un documento para darle autenticidad o para expresar que aprueba su contenido.”<sup>63</sup>

“La firma tiene dos funciones primordiales: una función indicativa y una función declarativa, desdoblándose la primera de ellas en la mera indicación y en la certificación de la veracidad de esa indicación; pero la verdadera función de la firma es la función declarativa.”<sup>64</sup>

La función indicativa tiene como objetivo el expresar quien es el autor del documento y la función declarativa, dar veracidad probatoria al documento sin tener que acudir a otros medios para tal fin.

Angel Illescas Ruiz, expresa que “la firma manuscrita es un rasgo o conjunto de rasgos gráficos que tienen su existencia, en principio ideal, desde el momento en que es concebida por el sujeto que la va a emplear como condensación de sus señas de identidad, como individualización frente a los que con él puedan compartir en todo o en parte el mismo nombre o apellidos, y además puede acompañarse o ser exclusivamente un rasgo caprichoso, una forma caprichosa de índole ininteligible, que se incorpora ordinariamente a un objeto material para evidencia la mera presencia, la propiedad, la titularidad de aquello a lo que se incorpora; o la autoría o la conformidad con aquello que contenga el objeto material al que se incorpora.”<sup>65</sup>

El Artículo 29 numeral 12 del Código de Notariado establece:

Artículo 29. Los instrumentos públicos contendrán:

---

<sup>63</sup> Muñoz, **Op. Cit.**, pág. 41.

<sup>64</sup> Muñoz Roldán, **Op. Cit.**, pág. 42

<sup>65</sup> **Ibid.**

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

El Artículo 31 numeral 6 del Código de Notariado es estricto al establecer es requisito esencial de los instrumentos públicos autorizados por el notario:

“Artículo 31. Son formalidades esenciales de los instrumentos públicos:

“6. Las firmas de los que intervienen en el acto o contrato o la impresión digital en su caso.”

Este Artículo se complementa con el Artículo 32 del cuerpo legal citado el que establece:

“Artículo 32. La omisión de las formalidades esenciales en instrumentos públicos, da acción a la parte interesada para demandar su nulidad, siempre que se ejercite dentro del término de cuatro años, contados desde la fecha de su otorgamiento.”

Por lo que es necesaria la reforma a los artículos mencionados con el fin de que se establezca la opción de firmar en forma manuscrita o por medio de la firma digital, equiparándose la firma digital a la firma manuscrita y de esta forma se produzcan los mismos efectos legales.

Es necesario que el lector comprenda que al hablar de firma digital no se habla de aquella compuesta por trazos manuales del autor, sino por claves, que le pertenecen de modo que no puede existir duda sobre si es o no el autor de determinado documento.

Lo que permite identificar al autor es la criptología, ésta estudia la ocultación, disimulación o cifrado de la información y los sistemas que lo permiten.

El procedimiento de encriptación consiste en la transformación de un mensaje, utilizando un sistema de cifrado asimétrico, de manera que la persona que posea el mensaje inicial y la clave pública del firmante pueda determinar de forma fiable si dicha transformación se hizo utilizando la clave privada correspondiente a la clave pública del firmante, y si el mensaje ha sido alterado desde el momento en que se hizo la transformación.

Por medio de la criptología se establece la autoría de un documento por lo que la firma digital al igual que la firma manuscrita tiene como objetivos establecer quien es el autor del documento, en este caso electrónico y dar veracidad probatoria al documento sin tener que acudir a otros medios para tal fin.

#### - Definición de firma digital

La firma digital puede ser definida como una secuencia de datos electrónicos (bits) que se obtienen mediante la aplicación a un mensaje determinado de un algoritmo (fórmula matemática) de cifrado asimétrico o de clave pública, y que equivale funcionalmente a la firma autógrafa en orden a la identificación del autor del que procede el mensaje, aunque existen tantas definiciones de firma digital como legislaciones en el mundo, en su obra Lorenzetti apunta un resumen de los principales cuerpos legales:

“En la definición de CNUDMI (la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) se cita en el Artículo 7 que cuando la ley requiera la firma de una persona, ellos considerarán cumplido cuando haya sido utilizado algún método para identificar a la persona e indicar su aprobación del contenido de un mensaje electrónico y ese método haya sido confiable.

La Ley de firma digital del Estado de Uta (del 27/2/1995) ha sido el modelo más seguido y citado, junto con el de CNUDMI (la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional); dispone que la firma digital requiere la autenticación del remitente, la integridad del mensaje, y que éste no pueda ser negado, y para ello adopta el sistema de criptografía asincrónica; incluye definiciones sobre autoridad certificante, aceptación, criptografía asincrónica, firma digital, a los fines de dar significado normativo uniforme al tecnolenguaje informático. La firma digital tiene los efectos de la escrita, si está verificada como referida a una clave pública contenida en un certificado válidamente extendido por una autoridad certificante y si esa firma digital ha sido estampada por el firmante con la intención de firmar el mensaje; el destinatario de una firma digital asume el riesgo de que ésta haya sido falsificada si no existen razonables condiciones de confiabilidad. Si el destinatario decide no confiar en las disposiciones sobre firma digital, debe hacerlo saber inmediatamente al firmante.

La directiva de la Unión Europea sobre un Sistema Común para Firmas Electrónicas, del 24 de mayo de 1999, señala que la firma electrónica adjuntada a un documento electrónico tiene exactamente el mismo valor legal que la firma manuscrita adjuntada a un documento escrito en soporte de papel y admite como medio de prueba la firma electrónica asociada a un documento electrónico. Se establece un sistema voluntario de acreditación de los prestadores de servicios de certificación, y se especifica que éstos serán responsables, ante cualquier persona que de buena fe haya confiado en el certificado, de su conformidad con la ley y de la veracidad de su contenido. Esta responsabilidad se encuentra objetivada, puesto que el prestador de servicios de certificación se exime de responsabilidad en cuanto demuestra haber actuado siempre con la máxima diligencia para comprobar la información proporcionada por la persona certificada, invirtiéndose de este modo la carga de la prueba.

En España, el real Decreto Ley del 14 de septiembre del año 1999 dice que la firma electrónica es el conjunto de datos, en forma electrónica, anejos a otros datos electrónicos o asociados funcionalmente con ellos, utilizados como medio para identificar formalmente con ellos, utilizados como medio para identificar formalmente al autor o a los autores del documento que la recoge.

En Alemania, la Ley Federal aprobada el 13 de junio de 1997 define a la firma digital como un sello creado con una clave privada de firmas sobre información digital; tal sello permite, mediante el uso de la clave pública asociada, rotulada por un certificado de clave de un certificador o de una autoridad según el Artículo 3, que sean verificados el propietario de la clave de firma y el carácter de no falsificado de la información.

En Portugal por medio del Decreto ley 290-99 del 2 de agosto de 1999, se define a la firma digital como un proceso de firma electrónica basado en un sistema criptográfico asimétrico compuesto de un algoritmo o serie de algoritmos, mediante el cual se generan un par de claves asimétricas exclusivas e interdependientes, una de las cuales es privada y la otra pública, y que permite al titular usar la clave privada para declarar la autoría del documento electrónico al cual la firma se refiere en concordancia con su contenido, y al destinatario usar la clave pública para verificar si la firma fue creada mediante el uso correspondiente de la clave privada o si el documento electrónico fue alterado después de puesta la firma.

La Ley colombiana 527 vigente desde el 18 de agosto de 1999 establece que la firma digital es un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos y que, utilizando un procedimiento matemático conocido, vinculado a la clave del iniciador y al texto del mensaje, permite determinar que este valor ha sido obtenido exclusivamente con la clave del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado después de efectuada la transformación.

En Perú, la ley 27.269 vigente desde el ocho de mayo del 2000, ley tiene por objeto regular la utilización de la firma electrónica otorgándole la misma validez y eficacia jurídica que el uso de una firma manuscrita y otra análoga que conlleve manifestación de voluntad. Se entiende por firma electrónica cualquier símbolo basado en medios electrónicos utilizado o adoptado por una parte con la intención precisa de vincularse o autenticar un documento cumpliendo todas o algunas de las funciones características de una firma manuscrita.”<sup>66</sup>

---

<sup>66</sup> Lorenzetti, **Comercio electrónico**, pág. 75 y 76.

En Argentina, la Ley 25.506 de Firma Digital vigente desde el 11 de diciembre de 2001 y su Decreto Reglamentario No 2628-02 vigente desde el veinte de diciembre de 2002, establecen una infraestructura de firma digital de alcance federal, estos son: la autoridad de aplicación, la comisión asesora para la infraestructura de firma digital, el ente administrador de firma digital, las autoridades de registro y los sistemas de autorías, entre otros. La autoridad certificadora es la tercera parte confiable, su presencia: "firma", garantiza la validez de los certificados. Es quien emite y administra los certificados de clave pública (emisión, renovación y revocación), establece las políticas de certificación, la autoridad de registro, es la entidad dedicada a identificar inequívocamente a cada usuario (notarios) verificando que el escribano que requiera de un certificado digital sea quién dice ser; también informa y envía electrónicamente a la autoridad certificadora los datos de dicho usuario (notario) a fin de que se le emita el certificado requerido.

Dicha Ley en su Artículo 3 equipara la firma digital a la manuscrita y el documento digital al requerimiento de escritura y otorga presunción de autoría en los Artículos 7 y 10.

El Artículo 4 de esta ley establece exclusiones respecto de actos en donde no funcionará la firma digital, tales como:

- a. disposiciones por causa de muerte;
- b. actos jurídicos del derecho de familia;
- c. actos personalísimos en general;
- d. actos que deban ser instrumentados bajo exigencias o formalidades incompatibles con la utilización de la firma digital, por acuerdo de parte o disposición legal.

La Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Digitales establece en el Artículo 33: "se excluye de esta normativa lo referente a las disposiciones por causa de muerte y a los actos jurídicos del derecho de familia."

En lo que se refiere al tema presentado, la Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Digitales el Artículo 2 de esta ley establece que se entenderá por firma electrónica avanzada, la firma electrónica que cumple los requisitos siguientes:

- a. Estar vinculada al firmante de manera única;
- b. Permitir la identificación del firmante;
- c. Haber sido creada utilizando los medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control;
- d. Estar vinculada a los datos a que se refiere, de modo que cualquier cambio ulterior de los mismos sea detectable.

Desde un punto de vista material, la firma digital es una simple cadena o secuencia de caracteres que se adjunta al final del cuerpo del mensaje firmado en forma digital.

La aparición y desarrollo de las redes telemáticas, de las que internet es el ejemplo más notorio, ha supuesto la posibilidad de intercambiar entre personas distantes geográficamente mensajes de todo tipo, incluidos los mensajes de contenido contractual. Estos mensajes plantean el problema de acreditar tanto la autenticidad como la autoría de los mismos.

Para que dos personas (ya sean dos empresarios o un empresario y un consumidor, según las modalidades de comercio electrónico de que se trate) puedan intercambiar entre ellos mensajes electrónicos de carácter comercial que sean fiables y puedan, en consecuencia, dar a las partes contratantes la confianza y la seguridad que necesita el tráfico comercial, esos mensajes deben cumplir los siguientes requisitos:

1º.- Identidad: significa poder atribuir de forma que no de lugar a dudas el mensaje electrónico recibido a una determinada persona como autora del mensaje.

2º.- Integridad: implica la certeza de que el mensaje recibido por B (receptor) es exactamente el mismo mensaje emitido por A (emisor), sin que haya sufrido alteración alguna durante el proceso de transmisión de A hacia B.

3º.- No repudiación o no rechazo: significa que el emisor del mensaje (A) no pueda negar en ningún caso que el mensaje ha sido enviado por él.

La firma digital es un procedimiento técnico que basándose en técnicas criptográficas trata de dar respuesta a esa triple necesidad apuntada anteriormente.

Por lo tanto, para que se hable de firma digital se deben cumplir con tres requisitos fundamentales, a saber, identidad, integridad y no repudio o rechazo, por lo que si no es posible establecer la identidad y la integridad; así como, el no repudio o rechazo, no es una firma digital y por lo tanto, los principios de certeza y seguridad jurídica que garantiza nuestra Constitución Política en el Artículo 2 que figuran como deberes del Estado y derechos para el ciudadano se ven amenazados por la falta de alguno de los requisitos antes mencionados.

Por otra parte, a los tres requisitos anteriores, se une un cuarto elemento, que es la confidencialidad, que no es un requisito esencial de la firma digital sino accesorio de la misma, la confidencialidad implica que el mensaje no haya podido ser leído por terceras personas distintas del emisor y del receptor durante el proceso de transmisión del mismo, como lo establece el Decreto 47-2008.

### 3.5.1 La criptografía como base de la firma digital

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

El diccionario de la Real Academia Española de la Lengua define la criptografía como:

"el arte de escribir con clave secreta o de forma enigmática". La criptografía es un conjunto de técnicas que mediante la utilización de algoritmos y métodos matemáticos sirven para cifrar y descifrar mensajes."<sup>67</sup>

La criptografía ha venido siendo utilizada desde antiguo, fundamentalmente con fines militares.

Tradicionalmente se ha hablado de dos tipos de sistemas criptográficos:

- a. los simétricos o de clave privada y
- b. los asimétricos o de clave pública.

a. Sistema simétrico o de clave privada:

Los llamados sistemas criptográficos simétricos son aquellos en los que dos personas (A y B), que van a intercambiarse mensajes entre sí, utilizan ambos la misma clave para cifrar y descifrar el mensaje. Así, el emisor del mensaje (A), lo cifra utilizando una determinada clave, y una vez cifrado, lo envía a B. Recibido el mensaje, B lo descifra utilizando la misma clave que usó A para cifrarlo.

Los principales inconvenientes del sistema simétrico son los siguientes:

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

---

<sup>67</sup> Muñoz Roldán, **Op. Cit.**, pág. 47

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

b. Sistema asimétrico:

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

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

Este dato se basa en una característica de los números primos y en el llamado problema de la factorización. El problema de la factorización es la obtención a partir de un determinado producto de los factores cuya multiplicación ha dado como resultado ese producto. Los números primos (números enteros que no admiten otro divisor que no

sea el 1 o ellos mismos), incluidos los números primos grandes, se caracterizan porque si se multiplica un número primo por otro número primo, da como resultado un tercer número primo a partir del cual es imposible averiguar y deducir los factores.

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

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

### 3.5.2 Las funciones hash

Junto a la criptografía asimétrica se utilizan en la firma digital las llamadas funciones hash o funciones resumen.

Debido a que la información a firmar puede ser de diferente tamaño y ello podría significar un problema al aplicar un algoritmo a la información, por medio de la función hash se resume el mensaje con una longitud determinada (generalmente 160 bits).

Por medio de la función hash, no se cifra el mensaje entero sino un resumen del mismo aplicando al mensaje una función hash.

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

Características de la función hash:

1. Es unidireccional, funciona sólo para resumir el mensaje, nunca al contrario.
2. El resumen obtenido del mensaje es de longitud determinada, no importa el tamaño del mensaje, su resumen siempre tendrá el mismo tamaño.
3. La mera alteración de un solo carácter del mensaje original, provocaría un resumen totalmente distinto.
4. Es imposible que dos mensajes originales coincidan al aplicar la función hash.

### 3.5.3 Tercera parte confiable (Third Trust Part, TTP)

La firma digital requiere un marco institucional que produzca confianza, ya que puede acordarse entre dos partes, la obligación de reconocer la firma de cada uno de ellos, según los criterios que cada uno establezca, sin embargo el costo de negociar estos acuerdos es alto entre partes que no se conocen o que están situadas en lugares lejanos y no tienen referencias por ello para que exista un uso difundido y rápido se utiliza un tercero que certifica, este tercero es una entidad que ha verificado previamente la autenticidad del emisor, certificando la autenticidad de la clave utilizada y la pertenencia a su titular, por lo que cuando un tercero utilice una clave pública en un mensaje firmado electrónicamente, podrá comprobar quien esta avalando tal correspondencia e identificación.

Se entiende por certificador licenciado a toda persona de existencia ideal, registro público de contratos u organismo público que expide certificados o presta otros servicios en relación con la firma digital y cuenta con una licencia para ello, otorgada por la autoridad de aplicación.

“Las funciones de una autoridad de certificación son emitir certificados digitales de acuerdo con lo establecido en sus políticas de certificación, identificar inequívocamente los certificados digital emitidos y mantener copia de todos ellos.”<sup>68</sup>

Actualmente existen autoridades de certificación de carácter público como privado, por lo que corresponde a cada legislación establecer el tipo de entidades certificadoras.

En cuanto a la función del notario como tercero certificante, existen dos posturas una de ellas ha propuesto la intervención del notario como tercero que certifica, denominándolo cibernotario, lo que significa que el notario cumplirá con las funciones de una autoridad certificadora de firmas digitales.

“El certificado de clave pública es otorgado por el certificador y relaciona la clave pública con su suscriptor. Cuando actúa un escribano, las autoridades certificadoras delegan la recepción de la solicitud o aplicación y la consecuente identificación del interesado en las autoridades de registro, que son los notarios de tipo latino. El cibernotario tiene la función de realizar una investigación de los usuarios que deseen registrar sus claves públicas para utilizarlas en el comercio electrónico. Puede existir una certificación de bajo valor, donde se establece la identidad del usuario para asignar a una clave pública, o una de alto valor, donde el notario realiza una investigación sobre la historia crediticia y criminal del usuario antes que la clave sea emitida.”<sup>69</sup>

La otra postura se mantiene escéptica en considerar al notario como un certificante en el comercio electrónico, consideran que el notario trata de mantener una reserva de

---

<sup>68</sup> Lorenzetti, **Op. Cit.**, pág. 86.

<sup>69</sup> **Ibid.**, pág. 87.

mercado o feudo y proponen la libre concurrencia y que cualquier entidad que reúna unos requisitos igualitarios pueda ofrecer el servicio.<sup>70</sup>

#### 3.5.4 Los certificados digitales:

El certificado digital es aquel que tiene como función autorizar la comprobación de la identidad del firmante y el reconocimiento del titular del certificado.

El Artículo 2.9 de la Directiva de la Unión Europea establece que el certificado es la certificación electrónica que vincula unos datos de verificación de firma a una persona y confirma la identidad de ésta.

Certificado digital “es un documento electrónico que asocia la clave pública a un individuo, cuya identidad debe haber sido acreditada previamente ante el organismo certificador competente, de modo tal que el destinatario tenga la certeza de que el mensaje recibido y descifrado por la mencionada clave pública realmente corresponda al remitente.”<sup>71</sup>

En el ámbito internacional los requisitos de un certificado digital son:

- Versión del certificado y número de serie,
- Nombre del emisor,
- Fecha de inicio y de expiración,
- Nombre del titular,
- Clave pública del titular,
- Extensión (espacio utilizado para otros datos relevantes)
- Firma del emisor (mediante la cual la autoridad certificante avala todos los requisitos, responsabilizándose de su veracidad).

---

<sup>70</sup> **Ibid.**

<sup>71</sup> Muñoz Roldán, **Op. Cit.**, pág. 63.

Como se apuntó los anteriores son requisitos aceptados internacionalmente, pero no significa que no se puedan variar, la Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas electrónicas establece:

Artículo 46. Contenido de los certificados. Un certificado emitido por un prestador de servicios de certificación autorizada, además de estar firmado electrónicamente por éste, debe contener por lo menos lo siguiente:

- a) Nombre, dirección y domicilio del firmante.
- b) Identificación del firmante nombrado en el certificado.
- c) El nombre, la dirección y el lugar donde realiza actividades la prestadora de servicios de certificación.
- d) La clave pública del usuario en los casos de la tecnología de criptografía asimétrica.
- e) La metodología para verificar la firma electrónica del firmante impuesta en la comunicación electrónica.
- f) El número de serie del certificado.
- g) Fecha de emisión y expiración del certificado.

Y establece que los certificados podrán revocarse por:

Artículo 47. Revocatoria de certificados. Los certificados podrán revocarse por:

- a) El firmante de una firma
  - i. Por pérdida de la clave privada, en el caso de la tecnología de criptografía asimétrica;

- ii. La clave privada ha sido expuesta o corre peligro de que se le dé un uso indebido, en el caso de la tecnología de criptografía asimétrica.
  
- b) Si el firmante no solicita la revocación del certificado en el evento de presentarse las anteriores situaciones, será responsable por las pérdidas o perjuicios en los cuales incurran terceros de buena fe exenta de culpa que confiaron en el contrato del certificado.
  
- c) Una prestadora de servicios de certificación revocará un certificado emitidos por las razones siguientes:
  - 1. A petición del firmante o un tercero en su nombre y representación;
  - 2. Por muerte del firmante;
  - 3. Por liquidación del firmante en el caso de las personas jurídicas;
  - 4. Por la confirmación de que alguna información o hecho contenido en el certificado es falso;
  - 5. La clave privada de la prestadora de servicios de certificación o su sistema de seguridad ha sido comprometido de manera material que afecta la confiabilidad del certificado;
  - 6. Por el cese de actividades de la prestadora de servicios de certificación; y,
  - 7. Por orden judicial o de entidad administrativa competente.

### 3.5.5 Los sellos temporales

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

Sobre este tema la Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas electrónicas establece en el Artículo 2 que se entenderá por estampado cronológico:

Comunicación electrónica firmada por una entidad de certificación que sirve para verificar que otra comunicación electrónica no ha cambiado en un período que comienza en la fecha y hora en que se presta el servicio y termina en la fecha y hora en que la firma de la comunicación electrónica generada por el prestador del servicio de estampado pierde validez.

### 3.5.6 La confidencialidad de los mensajes

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

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



## CAPÍTULO IV

### **4. La firma digital en Guatemala y la función del notario en la firma digital en la legislación comparada**

#### 4.1. La firma digital en Guatemala

La idea de que existiera una firma digital en nuestro sistema jurídico era hasta hace poco, una idea, una idea que hoy es una realidad, pues por medio del decreto 47-2008 del Congreso de la República se creó la Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas; según lo que quedó plasmado en su parte considerativa el Congreso de la República establece que el Estado debe mantener, reforzar y aplicar políticas y acciones que permitan una mayor participación en la dinámica y beneficios del desarrollo económico y social libre, la modernización, los procesos económicos sin trabas ni obstáculos artificiales, así como la inserción del país en las corrientes del proceso mundial de manera sostenible y equitativa.

El Congreso reconoce entonces, que el mundo está cambiando y que es necesario que Guatemala forme parte del proceso de desarrollo mundial y que el uso de la tecnología en nuestro medio es una realidad que no se puede ignorar, además, en su cuarto considerando establece que el comercio electrónico necesita de un fundamento legal, para su existencia dentro y fuera del territorio nacional, señala además, que la seguridad jurídica estará resguardada mediante el principio internacional adoptado en los instrumentos internacionales sobre la firma digital y el comercio electrónico, de los cuales se habla en capítulos anteriores.

Leer la parte considerativa de una norma permite comprender el objeto y las circunstancias en las que fue dictada; algo que esta ley no establece en su parte considerativa es que la necesidad de la creación de la Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas además de lo que manifiesta su parte considerativa surge por la firma del Tratado de Libre comercio República Dominicana-

Centroamérica-Estados Unidos de América, en virtud del principio internacional *pacta sunt servanda*, lo pactado debe observarse; según el Artículo 14.1 de dicho tratado:

#### Artículo 14.1: General

1. Las Partes reconocen el crecimiento económico y la oportunidad que el comercio electrónico genera, la importancia de evitar los obstáculos para su utilización y desarrollo, y la aplicabilidad de las reglas de la OMC a medidas que afectan el comercio electrónico.
2. Para mayor certeza, nada en este Capítulo se interpretará en el sentido de impedir que una Parte imponga impuestos internos, directa o indirectamente, a productos digitales, siempre que éstos se impongan de una manera consistente con este Tratado.

Además de regular el comercio electrónico y la firma digital, la Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas, regula la creación del Registro de Prestadores de Servicios de Certificación que estará a cargo del Ministerio de Economía, para ello fue necesario reformar por adición por medio del Acuerdo Gubernativo 385-2008 el Acuerdo Gubernativo 182-2000 de fecha 12 de mayo del año dos mil, que contiene Reglamento Orgánico del Ministerio de Economía el cual adiciona el Artículo 29 ter. En virtud de que es imprescindible la incorporación a la estructura orgánica del Ministerio de Economía contenida en el decreto 182-2000, el Registro de Prestadores de Servicios de Certificación, como una nueva dependencia del Ministerio.

A la fecha aún no se ha creado el registro referido, en virtud de no contar con el presupuesto para el funcionamiento del Registro de Prestadores de Servicios de Certificación.<sup>72</sup>

---

<sup>72</sup> [www.sigloxxi.com/noticias/26492](http://www.sigloxxi.com/noticias/26492)

Es lamentable que el registro no haya iniciado ya sus funciones y peor aún por falta de presupuesto, pues su institución es necesaria para dar certeza y seguridad jurídica al comercio electrónico.

#### 4.2 Análisis de la Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas

A continuación se presenta un análisis de los artículos más importantes:

El Artículo 1, establece que esta ley será aplicable a todo tipo de comunicación electrónica, transacción o acto jurídico, público o privado nacional o internacional, a excepción de las obligaciones contraídas por el Estado por medio de convenios o tratados internacionales y en los casos de las advertencias escritas que deben ir en ciertos productos, se faculta al Estado y sus instituciones para hacer uso de comunicaciones y firmas electrónicas; en los párrafos siguientes se establece la libertad que existe para las personas individuales de hacer uso de los mecanismos que establece la ley o no, y que las normas de esta ley se aplicarán sin perjuicio de las obligaciones preexistentes para todo acto o contrato.

En lo que se refiere a la función del notario con relación a la firma digital, de si el notario debía o podría actuar dentro del comercio electrónico o dar fe de determinados actos el Artículo 1 último párrafo de la Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas no prevé estas posibilidades, el Notario guatemalteco conserva su función notarial intacta.

Es importante mencionar que la Ley en el Artículo 11, le da fuerza probatoria a las comunicaciones electrónicas, pues establece que serán admisibles como medios de prueba y que no se negará eficacia validez o fuerza obligatoria y probatoria en toda actuación administrativa, judicial o privada a todo tipo de información en forma electrónica, por el hecho de que sea una comunicación electrónica, ni por haberse presentado en su forma original, a diferencia del proyecto de ley, la ley no establece

bajo que sistema de apreciación de la prueba serán valoradas las comunicaciones electrónicas, al respecto el artículo 12 de la referida ley establece:

Artículo 12. Criterio para valorar probatoriamente una comunicación electrónica. Toda información presentada en forma de comunicación electrónica gozará de la debida fuerza probatoria de conformidad con los criterios reconocidos por la legislación para la apreciación de la prueba. Al valorar la fuerza probatoria de un mensaje de datos se habrá de tener presente la fiabilidad de la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje; la fiabilidad de la forma en la que se haya conservado la integridad de la información; la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente.

Si se habla de que tienen fuerza probatoria todo tipo de información en forma electrónica, se entiende que serán apreciados de conformidad con lo que establece el Decreto Ley 107 Código Procesal Civil y Mercantil, conforme a las reglas de la sana crítica, como lo establece el Artículo 127 del referido código.

En lo que se refiere a los contratos esta ley en el Artículo 15 establece que en la formación de un contrato, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de una comunicación electrónica y que no se negará validez o fuerza probatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación uno o más comunicaciones electrónicas, por lo que a través de esta ley es posible contratar también de esta forma, por lo que esta ley, agrega al Artículo 1574 del Decreto Ley 106 Código Civil que podrá contratarse por medio de una comunicación electrónica.

Artículo 1574. Toda persona puede contratar y obligarse:

- 1º. Por escritura pública;
- 2º. Por documento privado o por acta levantada ante el alcalde del lugar;
- 3º. Por correspondencia; y
- 4º. Verbalmente.

Sin embargo los contratos que deben constar por escrito en formato papel continuarán realizándose de esa forma a pesar de lo que establece el Artículo 7 de la Ley:

Escrito. Cuando cualquier norma jurídica requiera que una información, comunicación o un contrato consten por escrito, en papel o en cualquier medio físico, o prevea consecuencias en el caso de que eso no se cumpla, una comunicación electrónica cumplirá ese requisito si la información consignada en su texto es accesible para su ulterior consulta.

Continuarán realizándose por escrito en formato papel los contratos en virtud de lo que establece el Artículo 1575 y 1576 del Código Civil, los cuales estipulan:

Artículo 1575. El contrato cuyo valor exceda de trescientos quetzales, debe constar por escrito.

Si el contrato fuere mercantil puede hacerse verbalmente si no pasa de mil quetzales.

¿Qué contrato mercantil no excede la cantidad anterior? En realidad son muy pocos los contratos mercantiles cuyo valor es inferior a mil quetzales.

Artículo 1576. Los contratos que tengan que inscribirse o anotarse en los registros, cualquier que sea su valor, deberán constar en escritura pública.

Ello significa que podrá contratarse en forma electrónica, si no se deben anotar en los registros, de lo contrario, cualquiera que sea su valor deben constar en escritura pública; además de lo anterior el Artículo 1577 del referido código, establece que deberán constar en escritura pública los contratos calificados expresamente como solemnes, sin cuyo requisito esencial no tendrán validez, como el contrato de mandato, el de donación, sociedad civil y mercantil y la renta vitalicia.

La Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas regula lo relacionado al comercio electrónico, y establece:

Artículo 2. Definiciones. Para los efectos de la presente ley se entenderá por:

Comercio Electrónico: Abarca las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de una o más comunicaciones electrónicas o de cualquier otro medio similar. Las relaciones de índole comercial comprenden, sin limitarse a ellas, las operaciones siguientes: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; todo tipo de operaciones financieras, incluyendo el factoraje y el arrendamiento de bienes de equipo con opción a compra; de construcción de obras; de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias; de inversión; de financiación; de banca; de seguros; de todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera.

En lo que se refiere al contrato de transporte esta ley establece una serie de normas que deben observarse en este tipo de contrato; el Artículo 32 establece: “Documentos de transporte. Con sujeción a lo dispuesto en el tercer párrafo de este artículo, en los casos en que la ley requiera que alguno de los actos enunciados en el Artículo 31 anterior se lleve a cabo por escrito o mediante documento que conste de papel, ese requisito quedará satisfecho cuando el acto se lleve a cabo por medio de uno o más mensajes de datos.”

La Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas establece en el Artículo 33, el principio de igualdad de la firma electrónica con la manuscrita este Artículo establece: “Efectos jurídicos de una firma electrónica o firma electrónica avanzada. La firma electrónica o la firma electrónica avanzada, la cual podrá estar certificada por una entidad prestadora de servicios de certificación, que haya sido

producida por un dispositivo seguro de creación de firma, tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica, el mismo valor jurídico que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel y será admisible como prueba en juicio, valorándose ésta, según los criterios de apreciación establecidos en las normas procesales.”

Sin embargo, el segundo párrafo del referido Artículo establece que se excluye de esta normativa lo referente a las disposiciones por causa de muerte y a los actos jurídicos del derecho de familia.

Las entidades de certificación emitirán certificados de firmas electrónicas avanzadas, sobre la verificación de alteración entre el envío y recepción de comunicaciones electrónicas, ofrecer los servicios de creación de firmas electrónicas avanzadas certificadas, emitir certificados en relación a la persona que posea un derecho u obligación con respecto a concesión, adquisición, renuncia, restitución, transferencia o negociación de algún derecho sobre mercancías, adquisición o transferencia de derechos y obligaciones con arreglo al contrato, ofrecer o facilitar los servicios de registro y estampado cronológico en la generación, transmisión y recepción de comunicaciones electrónicas y ofrecer servicios de archivo y conservación de comunicaciones electrónicas.

La Ley establece que podrán ser personas jurídicas, tanto públicas como privadas, de origen nacional o extranjero, que previa solicitud sean autorizadas por el Registro de Prestadores de Servicios de Certificación del Ministerio de Economía y que cumplan con los requerimientos establecidos por éste; para ello establece que deberán contar con la capacidad económica y financiera suficiente para prestar los servicios, autorizados como prestadores de servicios de certificación y contar con la capacidad y elementos técnicos necesarios para la generación de firmas electrónicas avanzadas, la emisión de certificados sobre la autenticidad de las mismas y la conservación de mensajes de datos en los términos establecidos en esta ley y además contar con las

acreditaciones necesarias por los órganos o entidades correspondientes según la norma vigente.

Por último y no por ello menos importante se encuentra el tema de las sanciones, la Ley establece que el Registro de Prestadores de Servicios de Certificación del Ministerio de Economía, de acuerdo con el debido proceso y el derecho de defensa, podrá imponer, por intermedio del despacho ministerial de Economía, según la naturaleza y la gravedad de la falta, las sanciones a las sociedades de certificación, según la cual estas son:

- a. Amonestación.
- b. Multas institucionales hasta por el equivalente a dos mil quinientos (2500) salarios mínimos no agrícolas legales mensuales vigentes, y personales a los administradores y representantes legales de las entidades prestadoras de servicios de certificación, hasta por quinientos (500) salarios mínimos no agrícolas legales mensuales vigentes, cuando se les compruebe que han autorizado, ejecutado o tolerado conductas violatorias de la ley.
- c. Suspender de inmediato todas o algunas de las actividades de la entidad infractora.
- d. Prohibir a la entidad infractora prestar directa o indirectamente los servicios de certificación hasta por el término de cinco (5) años.
- e. Revocar definitivamente la autorización para operar como entidad prestadora de servicios de certificación.

Además de hablar de las sanciones es necesario hablar de los delitos que estas entidades pueden cometer, que según el decreto 33-96 del Congreso de la República son:

Artículo 13. Se adiciona el Artículo 274 “A” el cual queda así:

Artículo 247 “A”. Destrucción de registros informáticos. Será sancionado con prisión de seis meses a cuatro años, y multa de doscientos a dos mil quetzales el que destruyere, borraré o de cualquier modo inutilizare registros informáticos.

La pena se elevará en un tercio cuando se trate de información necesaria para la prestación de un servicio público o se trate de un registro oficial.

Artículo 14. Se adiciona el Artículo 274 “B”, el cual queda así:

Artículo 274 “B”. Alteración de programas. La misma pena del artículo anterior se aplicará al que alterare, borraré o de cualquier modo utilizare las instrucciones o programas que utilizan las computadoras.

Artículo 15. Se adiciona el Artículo 274 “C”, el cual queda así:

Artículo 274 “C”. Reproducción de instrucciones o programas de computación. Se impondrá prisión de seis meses a cuatro años y multa de quinientos a dos mil quinientos quetzales al que, sin autorización del autor, copiare o de cualquier modo reprodujere las instrucciones o programas de computación.

Artículo 16. Se adiciona el Artículo 274 “D”, el cual queda así:

Artículo 274 “D”. Registros prohibidos. Se impondrá prisión de seis meses a cuatro años y multa de doscientos a mil quetzales, al que creare un banco de datos o un registro informático con datos que puedan afectar la intimidad de las personas.

Artículo 17. Se adiciona el Artículo 274 “E”, el cual queda así:

Artículo 274 “E”. Manipulación de información. Se impondrá prisión de uno a cinco años y multa de quinientos a tres mil quetzales al que utilizare registros información

programas de computación para ocultar, alterar o distorsionar información requerida para una actividad comercial, para el cumplimiento de una obligación respecto al Estado o para ocultar, falsear o alterar los estados contables o la situación patrimonial de una persona física o jurídica.

Artículo 18. Se adiciona el Artículo 274 “F”, el cual queda así:

Artículo 274 “F”. Uso de información. Se impondrá prisión de seis meses a dos años, y multa de doscientos a mil quetzales al que, sin autorización, utilizare los registros informáticos de otro, o ingresare, por cualquier medio, a su banco de datos o archivos electrónicos.

Artículo 19. Se adiciona el Artículo 274 “G” el cual queda así.

Artículo 247 “G”. Programas destructivos. Será sancionado con prisión de seis meses a cuatro años, y multa de doscientos a mil quetzales, al que distribuyere o pusiere en circulación programas o instrucciones destructivas, que puedan causar perjuicio a los registros, programas o equipos de computación.

La pena máxima por la comisión de estos delitos es de cinco años de prisión.

#### 4.3 La firma digital y la autenticación del notario

Según el sistema de notariado latino una de las funciones que desarrolla el notario es la autenticación, que tiene lugar cuando el notario estampa su firma y sello en el documento, teniéndose como cierto y auténtico por la fe pública que posee el notario, aunque como lo establece el Artículo 186 del Código Procesal Civil y Mercantil Decreto Ley 107 los documentos autorizados por notario producen fe y hacen plena prueba, salvo el derecho de las partes de oponerse a ellos por nulidad o falsedad.

Los documentos son autenticados o legalizados por el notario, en Guatemala, no existe otra forma de hacer constar que un documento es auténtico, sino por medio de notario, en el caso de la firma digital como se mencionó en páginas anteriores existen las autoridades certificadoras que confirman la autenticidad de la clave utilizada y la pertenencia a su titular, por lo que cuando un tercero utilice una clave pública en un mensaje firmado electrónicamente, podrá comprobar quién esta avalando tal correspondencia e identificación en el comercio electrónico.

El notario guatemalteco no interviene en el comercio electrónico, a pesar de la fe pública que posee como lo establece el Artículo 1 del Decreto Ley 314 Código de Notariado:

“Artículo 1. 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.”

Ello como quedó establecido en la Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas en el Artículo 1 párrafo quinto:

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 documentos o para intervenir en su elevación a públicos.

Como la norma expresa, no existe una modificación al Código de Notariado que le atribuye al notario la facultad de legalizar firmas, como crear instrumentos públicos.

Sin embargo, existen países en donde el notario si interviene en el comercio electrónico, como ejemplo de la intervención del notario se encuentra el proyecto denominado “Autoridad Certificante Notarial”, creado por el Consejo Federal del Notariado Argentino a través de su Comisión de Firma Digital, donde el notariado

argentino ve plasmada su participación a través de cada profesional matriculado, adaptando la función notarial a las transacciones electrónicas.

Dicho proyecto tiende a designar como Autoridad Certificadora al Consejo Federal del Notariado Latino y a los Colegios Notariales de todo el País como Autoridad de Registro, siempre mediando acuerdo y conforme a la decisión de cada Colegio. Ese proyecto define como usuarios a los notarios en cuya cabeza cae la titularidad de los Certificados.

Dentro de las funciones que desarrolla la entidad certificadora se encuentran el garantizar la validez de los certificados con su firma, emite y administra los certificados.

En este proyecto existe la autoridad de registro que es la entidad que tiene como función identificar inequívocamente a cada usuario (notarios), verifica que el escribano que requiera de un certificado digital sea quién dice ser; también informa y envía electrónicamente a la Autoridad Certificadora los datos de dicho usuario (notario) a fin de que se le emita el certificado requerido.

Dichas relaciones serán en línea entre ambos organismos y con el notario usuario quien participará con su actividad notarial en el desarrollo del comercio electrónico.

Es importante mencionar que según este proyecto a la firma digital se le podrán dar varios usos, depende de la decisión de cada colegio notarial, como: la presentación de declaraciones juradas ante caja notarial (ya implementado en capital federal) y la inscripciones en línea de testamentos en el registro de actos de última voluntad, rúbrica de libros, entre otros, también se podrán confeccionar boletos de compra-venta en documento digital; y la posibilidad de tramitaciones con organismos relacionados a la actividad notarial tales como Registros de la Propiedad Inmueble, Municipalidades, Catastro y Poder Judicial.

Actualmente el Consejo Federal comunicó que los escribanos pueden solicitar su identificador digital (denominado certificado digital). Es decir que cualquier escribano del país puede obtener su certificado.

Por otra parte, el ente administrador de firma digital en Argentina, encargado de conceder las licencias a las autoridades certificantes se encuentra en la actualidad en etapa de organización institucional, preparación de los aspectos jurídicos e implementación de su infraestructura tecnológica para estar acorde a los sistemas disponibles de otros países.

Otro ejemplo, ya citado en páginas anteriores es el de España, la Ley española posibilita en los contratos electrónicos, por medio de la Ley 7/2004 que adiciona los Artículos 130 al 144 el uso de medios electrónicos para la constitución de la sociedad nueva empresa.

#### 4.4 Presentación, análisis e interpretación de resultados del trabajo de campo

El trabajo de campo consiste en entrevista realizada a abogados y notarios, catedráticos de derecho notarial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala.

##### 4.4.1 Metodología aplicada

Método analítico, consiente en el desplazamiento de todo el conocimiento en partes. Este método se utilizó para conocer lo que establecen la legislación nacional y lo contenido en la doctrina, la realidad y leyes aplicables a la firma digital.

Método sintético, analiza separadamente los fenómenos objeto del estudio, por ello, el aplicar el método de síntesis, posibilitó descubrir la esencia del problema, en cuanto a la falta de una legislación sobre la firma digital en Guatemala.

Método estadístico, respecto al trabajo de campo se realizó una encuesta de opinión y para el efecto se utilizó un muestreo de tipo no probabilístico con el fin de obtener una opinión especializada por lo que como característica de los sujetos de investigación se entrevistaron a catedráticos de derecho notarial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala que estuvieron dispuestos a colaborar, ello por su dominio del tema.

En cuanto a las técnicas de investigación, se utilizaron la bibliográfica por medio del uso de libros de texto de autores nacionales y extranjeros, diccionarios jurídicos y legislación nacional e internacional.

Para la recopilación de material e información se utilizaron los siguientes instrumentos: fichas de trabajo y fichas bibliográficas de cada texto utilizado, fichas de cita directa, entrevistas y cuestionarios.

También se utilizó la investigación de campo por medio de encuesta dirigida a catedráticos de derecho notarial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, para poder obtener información sobre su opinión sobre la firma digital.

## CONCLUSIONES

1. Según lo que establecen los Artículos 8, 9, 29 numeral 12 y 54 del Decreto 314 Código de Notariado, el notario no puede actuar en la contratación electrónica.
2. El Artículo 15 del Decreto 47-2008 del Congreso de la República Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas establece que es posible contraer obligaciones por medios electrónicos, sin embargo, el Artículo 1574 del Decreto Ley 106 Código Civil no regula la contratación electrónica, lo que constituye una antinomia de normas que provoca inseguridad para quienes deseen hacer uso de la contratación electrónica pues no está regulada en el Código Civil.
3. Los Artículos 1 y 40 del Decreto 47-2008 Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas del Congreso de la República establecen que los prestadores de servicios de certificación son personas jurídicas ya sea derecho público o privado, sin comprender al notario dentro de los servicios que éstas personas desarrollan en virtud de la Ley.
4. Existe inseguridad en la contratación electrónica debido a que a pesar de que el Decreto 47-2008 del Congreso de la República Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas establece a las entidades encargadas de su resguardo, dichas entidades no existen a la fecha, lo que provoca inseguridad en la contratación electrónica en Guatemala.
5. El Registro de Prestadores de Servicios de Certificación del Ministerio de Economía no cuenta con el personal capacitado para resolver dudas sobre la inscripción de las entidades prestadoras de servicios de certificación, lo que dificulta la inscripción de dichas entidades.



## RECOMENDACIONES

1. El Congreso de la República de Guatemala debe reformar los Artículos 9, 54 y 29 numeral 12 del Decreto 314 del Congreso de la República, Código de Notariado, para que el notario actúe como un ente certificante.
2. El Congreso de la República de Guatemala debe reformar el Artículo 1574 del Decreto Ley 106 del Congreso de la República, Código Civil, que se refiere a la forma de contratarse, adicionándose: por medio de comunicaciones electrónicas, por que se contradice con el artículo 15 del Decreto 47-2008 del Congreso de la República Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónica para establecer certeza y seguridad jurídica en la contratación en forma electrónica.
3. El Congreso de la República de Guatemala debe reformar el Decreto 47-2008 Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas del Congreso de la República, estableciendo obligatoria la intervención del notario en las contrataciones electrónicas, por medio de una firma digital propia, ya que es necesario dar certeza y seguridad jurídica a los contratos realizados en forma electrónica por medio de la intervención del notario.
4. El Ministerio de Economía a través del Registro de Prestadores de Servicios de Certificación, debe promover el uso de la firma digital para dotar de seguridad jurídica a las personas que contraten en forma electrónica, ya que, a la fecha de terminación de este trabajo, no se había inscrito alguna entidad prestadora de los servicios de certificación en el Registro de Prestadores de Servicios de Certificación.
5. El Registro de Prestadores de Servicios de Certificación del Ministerio de Economía debe capacitar a su personal para resolver dudas sobre la inscripción

de las entidades prestadoras de servicios de certificación, pues el que no estén capacitados para ello dificulta la inscripción de dichas entidades.

## ANEXOS



## ANEXO I

Encuesta de investigación de trabajo de tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala

La presente encuesta está dirigida a catedráticos de derecho notarial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, tiene como objetivo sustentar la investigación de tesis titulada “La utilidad de la firma digital en el ámbito jurídico guatemalteco y la función del notario con relación a ella y la necesidad de la creación de la ley de firma digital”. Agradezco su atención y colaboración al prestarse para responder la presente, sus respuestas obedecen a su criterio u opinión sobre el tema.

### INSTRUCCIONES:

Coloque una X para contestar afirmativa o negativamente las preguntas que se le formulan.

1. ¿Cree que la utilización de la firma digital en Guatemala permite la certeza jurídica en la contratación mercantil? Si \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_
2. ¿Cree que una de las ventajas que obtendría el Notario en su intervención en el comercio electrónico sería la rapidez en la concretización del negocio jurídico? Si \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_
3. ¿Cree que como retos que el Notario podría encontrar en la contratación electrónica se encuentra el principio notarial de intermediación? Si \_\_\_\_\_ No \_\_\_\_\_

4. ¿Cree usted que con el paso del tiempo el uso de la firma digital no substituirá el formato papel? Si \_\_\_\_\_ No\_\_\_\_\_
5. ¿Cree que la aplicación de la firma digital posibilita la aplicación del Tratado de Libre Comercio República Dominicana-Centroamérica-Estados Unidos de América? Si \_\_\_\_\_ No\_\_\_\_\_

## ANEXO II

### Porcentajes del análisis estadístico

El cuestionario de la encuesta fue practicado a doce encuestados, muestra obtenida de catedráticos de derecho notarial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala durante el mes de febrero del año dos mil ocho.

Cuadro No. 1

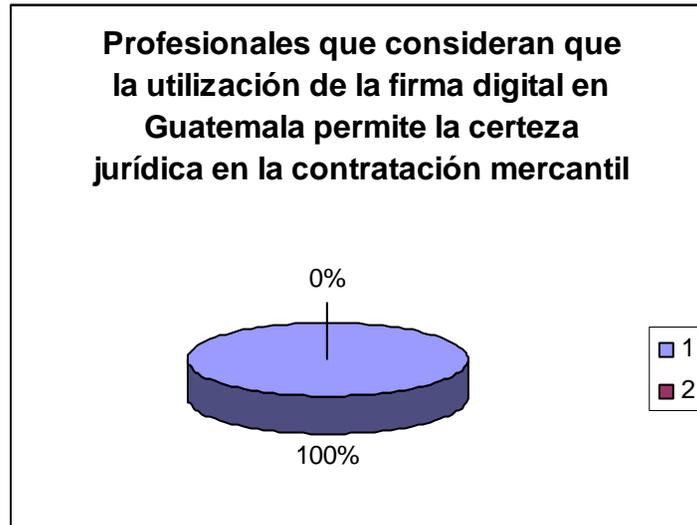
Número de Pregunta	Si	Porcentaje	No	Porcentaje
1	12	100 %	0	0 %
2	11	91.6 %	1	8.4 %
3	10	83.3 %	2	16.7 %
4	11	91.6 %	1	8.4 %
5	12	100 %	0	0 %

Fuente: Encuesta practicada a catedráticos de derecho notarial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala durante el mes de febrero del año dos mil ocho.

### ANEXO III

Presentación de gráficas

Gráfica No. 1

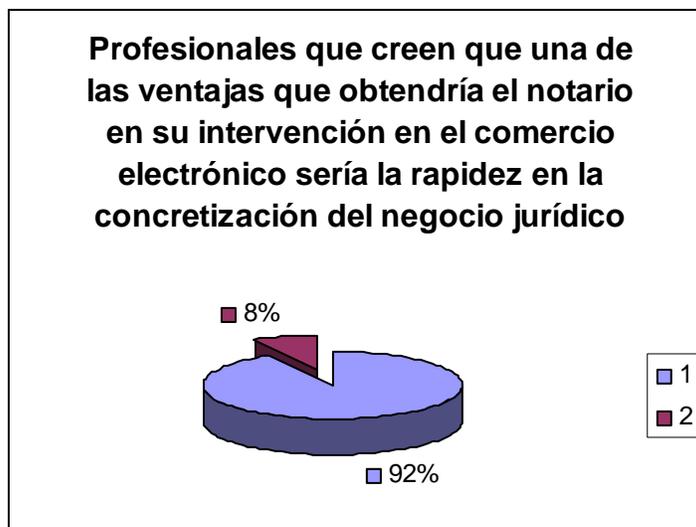


Fuente: Cuestionario respondido por abogados y notarios, catedráticos de derecho notarial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala durante el mes de febrero del año dos mil ocho.

Análisis e interpretación: De los doce casos que constituyen la muestra investigada, el 100% equivalente a los doce casos, consideran que la utilización de la firma digital en Guatemala permite la certeza jurídica en la contratación mercantil.

## ANEXO IV

Gráfica No. 2

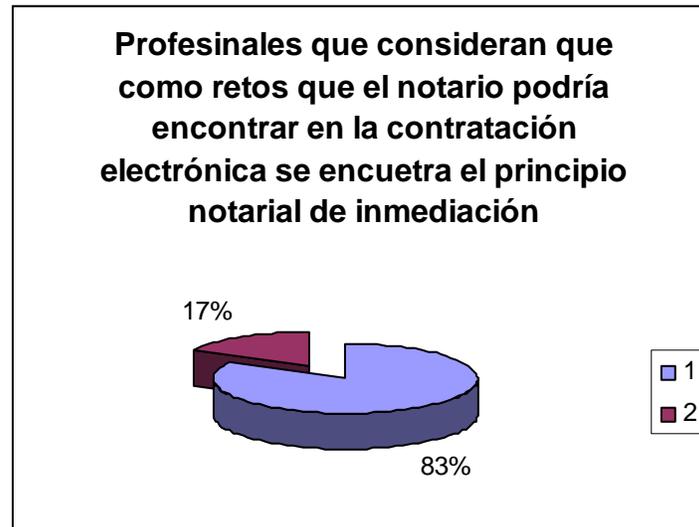


Fuente: Cuestionario respondido por abogados y notarios, catedráticos de derecho notarial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala durante el mes de febrero del año dos mil ocho.

Análisis e interpretación: De los doce casos que constituyen la muestra investigada, el 92% equivalente a once casos, consideran que una de las ventajas que obtendría el notario en su intervención en el comercio electrónico sería la rapidez en la concretización del negocio jurídico.

## ANEXO V

Gráfica No. 3

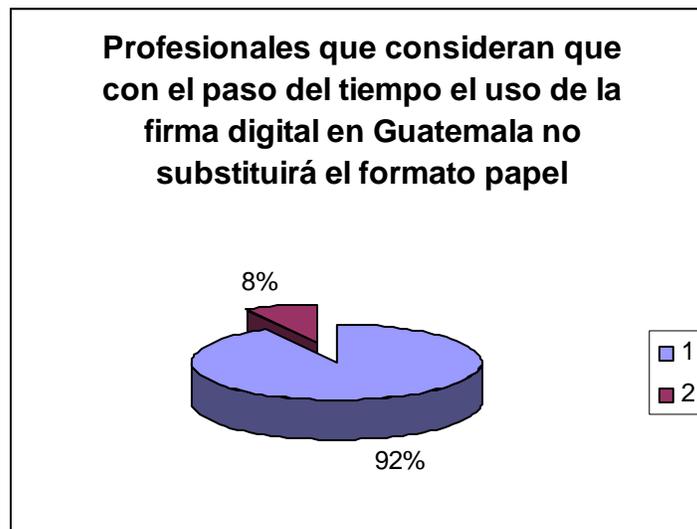


Fuente: Cuestionario respondido por abogados y notarios, catedráticos de derecho notarial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala durante el mes de febrero del año dos mil ocho.

Análisis e interpretación: De los doce casos que constituyen la muestra investigada, el 83% equivalente a diez casos, consideran que como retos que el notario podría encontrar en la contratación electrónica se encuentra el principio de intermediación

## ANEXO VI

Gráfica No. 4



Fuente: Cuestionario respondido por abogados y notarios, catedráticos de derecho notarial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala durante el mes de febrero del año dos mil ocho.

Análisis e interpretación: De los doce casos que constituyen la muestra investigada, el 92% equivalente a once casos, consideran que con el paso del tiempo el uso de la firma digital en Guatemala no substituirá el formato papel.

## ANEXO VII

Gráfica No. 5



Fuente: Cuestionario respondido por abogados y notarios, catedráticos de derecho notarial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala durante el mes de febrero del año dos mil ocho.

Análisis e interpretación: De los doce casos que constituyen la muestra investigada, el 100% equivalente a los doce casos, consideran que la firma digital posibilita la aplicación del Tratado de Libre Comercio República Dominicana-Centroamérica-Estados Unidos de América.

## BIBLIOGRAFÍA

BARRIOS OSORIO, Omar Ricardo. **Derecho e informática aspectos Fundamentales**. 2ª. ed.; Guatemala, Guatemala: Ed. Mayte, 2006.

CARRAL, De Teresa, Luis, **Derecho notarial y derecho registral**, 16ª. ed.; Mexico: Ed. Porrúa, 2004.

DE LA CAMARA ALVARES, Manuel. **El notario latino y su función**. Publicación del Colegio de Abogados. Pág. 25, no. 12 (enero1973).

GATTARI, Carlos Nicolas, **Manual de derecho notarial**, Buenos Aires, Argentina: Ed. Ediciones Depalma, 1997.

GIMÉNEZ ARNAU, Enrique, **Instituciones de derecho notarial**, Madrid, España: Ed. Reus, S.A., 1954.

LORENZATTI, Ricardo L., **Comercio electrónico**, Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo Perrot, (s.f.).

MUÑOZ, Nery Roberto, **Introducción al estudio del derecho notarial**, 7ª. ed.; (s.l.i.) (s.e.), 2000.

MUÑOZ ROLDÁN, Luis Rodrigo. **El tráfico jurídico electrónico y la firma digital**, Madrid, España: (s.e.), 2005.

NERI, Argentino I, **Tratado teórico y práctico de derecho notarial**; Buenos Aires, Argentina: (s.e.), 1980.

[www.abcpedia.com/diccionario/definicion-internet.html](http://www.abcpedia.com/diccionario/definicion-internet.html).18/03/2009

[www.cecarm.com/servlet/s.22/02/2009](http://www.cecarm.com/servlet/s.22/02/2009)

[www.sigloxxi.com/noticias/26492](http://www.sigloxxi.com/noticias/26492).17/02/2009

[www.webmaster@prensalibre.com.gt](mailto:www.webmaster@prensalibre.com.gt).20/02/2009

<http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/lexmerc.pdf>

<http://www.derechos.org/nizkor/ley/viena.html>.25/03/2009

## Legislación

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

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

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

**Código de Comercio.** Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 2-70, 1970.

**Código de Notariado.** Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 314, 1994.

**Código Notarial.** Asamblea Legislativa de Costa Rica, número 17764, 1998.

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

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

**Ley de Firma Digital.** Asamblea Legislativa del Estado de Utah de Estados Unidos, 1995.

**Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.**

**Ley de Firma Electrónica.** Juan Carlos I Rey de España, Ley número 59-2003, 2003.

**Ley sobre Firmas Digitales.** Consejo Federal de Alemania, 1997.

**Ley de Aprobación del Régimen Jurídico de los Documentos Electrónicos y de la Firma Digital.** Asamblea de la República de Portugal, Decreto número 290-99.

**Ley sobre Mensajes de Datos, Comercio Electrónico y Firma Digital.** Congreso de la República de Colombia, Decreto número 527, 1999.

**Ley de Firmas y Certificados Digitales.** Congreso de la República de Perú, Ley número 27.269, 2000.

**Ley de Firma Digital.** Asamblea Legislativa de Argentina, Ley número 25.506, 2001.

**Acuerdo Gubernativo número 385-2008.** Alvaro Colom Caballeros Presidente de la República de Guatemala, 2008.

**Acuerdo número 014-2007.** Directorio de la Superintendencia de Administración Tributaria de la República de Guatemala, 2007.

**Acuerdo Gubernativo número 182-2000.** Ministerio de Economía de la República de Guatemala, 2008.