

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

LA FUNCIÓN NOTARIAL DENTRO DEL FACCIONAMIENTO DEL DOCUMENTO  
ELECTRÓNICO COMO INSTRUMENTO PÚBLICO

ABDIAS XOYON RAXON

GUATEMALA, JUNIO DE 2011



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

LA FUNCIÓN NOTARIAL DENTRO DEL FACCIÓNAMIENTO DEL DOCUMENTO  
ELECTRÓNICO COMO INSTRUMENTO PÚBLICO

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva  
de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

ABDIAS XOYON RAXON

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, junio de 2011

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

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. Cesar Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV:	Br. Mario Estuardo León Alegría
VOCAL V:	Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

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



# Sistemas Jurídicos Globales



Guatemala, 10 de octubre de 2008

Licenciado  
Carlos Manuel Castro Monroy  
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Presente.



De manera respetuosa me dirijo a usted en virtud del nombramiento emitido por la unidad que dignamente dirige de fecha 23 de octubre de dos mil ocho, Asesoré el trabajo de tesis del bachiller ABDIAS XOYON RAXON, intitulado "LA FUNCIÓN NOTARIAL DENTRO DEL FACCIÓNAMIENTO DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO COMO INSTRUMENTO PÚBLICO".

Con lo asesorado en dicho trabajo, me es grato indicar que el bachiller ABDIAS XOYON RAXON, realizó cambios al presente trabajo, los cuales consideré necesarios en su momento y orden para lograr el objeto en el presente trabajo. Describiendo algunas opiniones al respecto, de conformidad con el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, y del Examen General Público.

a) En relación al contenido científico y técnico de la tesis; el contenido en general a excepción del primer capítulo es eminentemente científico, en virtud que el trabajo realizado deviene de explorar el ámbito de la ciencia actual, por ser un tema que refleja idealmente un conjunto desarrollado de ciencias o de conocimientos científicos que han llevado a la actualidad notarial formando unidades específicas a la cual se refiere cada concepto o definición enmarcada dentro del trabajo presentado. Así mismo es evidentemente técnico la forma que se utilizara al momento de poner en practica la investigación, pues es lo apropiado, para el desarrollo de la implementación de la función notarial cibernética.

b) Con relación a la metodología y las técnicas de investigación utilizadas; el método analítico; se establece el estudio general del trabajo tomando en cuenta cada uno de los fenómenos que lo integran para su análisis, tal es el caso de la normativa que representa la informática no solo para el notario sino para la sociedad en sí. Por medio del método sintético; se logró hacer referencia a las conclusiones llevadas del desarrollo del trabajo. El método inductivo ayudó al desarrollo lógico de lo particular a lo individual obteniendo de esta manera respuesta a la investigación de manera general. Con el método deductivo se logro proceder de lo general o universal a lo particular o individual pues al obtener la información a nivel general se pudo particularizar los casos concretos de la investigación del presente trabajo de investigación.



c) En cuanto a la redacción: considero opinar que el mismo se apega a las normas establecidas en el Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, y del examen General Público, toda vez que fue de una manera clara, precisa y concreta para poder establecer el sentido del trabajo dándosele mayor importancia a los casos actuales en los que la figura del notario interviene en un sistema cibernético utilizado para intervenir en negocios virtuales.

d) En relación a la contribución científica del tema presentado; sin duda alguna su *aportación científica es la más adecuada e ideal que pueda aportar al medio nacional* pues éste es vinculante a toda luz con el comercio actual sin querer pretender dejar fuera el comercio mercantil, la educación notarial cibernética es hoy por hoy una realidad a la cual el notario guatemalteco debe de intervenir en su función y ejercicio notarial, de ahí la contribución científica por los mecanismos a utilizar para tal ejercicio virtual.

e) En las conclusiones y recomendaciones; es eminentemente factible conceder una opinión favorable, a las cuales se ha llegado en el presente trabajo de investigación, por que el mismo ha llenado los requisitos necesarios para concluir argumentando un problema encontrado en el desarrollo de cada capítulo del presente trabajo y por ende en las recomendaciones se elaboró una posible solución para darle certeza a lo importante que es la actuación del notario para intervenir en negocios virtuales por medio de su función notarial.

f) Las fuentes bibliográficas utilizadas en el presente trabajo de tesis, fueron las recomendadas, por el presentado en virtud de haber considerado son las que contienen el fundamento necesario para el desarrollo del trabajo que ahora se presenta habiendo logrado con el mismo el objetivo de transmitir al lector la intención de velar por el desarrollo del notario mediante su evolución que ha venido enmarcada durante décadas desde su aparición en nuestro país.

g) En consecuencia, emito **DICTAMEN FAVORABLE**, por lo antes expuesto considero que reúne los requisitos establecidos en el respectivo Normativo.

Respetuosamente,

  
Lic. Concepción Cojón Morales.  
Cul. 3595

LIC. CONCEPCION COJON MORALES  
ABOGADO Y NOTARIO



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

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) ANA PATRICIA ISPANEL MEDINILLA, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante ABDIAS XOYÓN RAXÓN, Intitulado: "LA FUNCIÓN NOTARIAL DENTRO DEL FACCIÓNAMIENTO DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO COMO INSTRUMENTO PÚBLICO".

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 reducción, 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**  
**JEFÉ DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS**

cc.Unidad de Tesis  
CMCM/ragm



# Bufete Profesional Ispanel Medinilla



Guatemala, 30 de octubre de 2008

Licenciado  
Carlos Manuel Castro Monroy  
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Presente.



En cumplimiento del nombramiento emitido por la unidad que dignamente dirige de fecha 23 de octubre de dos mil ocho, revisé el trabajo de tesis del bachiller ABDIAS XOYON RAXON, intitulado "LA FUNCIÓN NOTARIAL DENTRO DEL FACCIÓNAMIENTO DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO COMO INSTRUMENTO PÚBLICO".

Habiendo leído y revisado dicho trabajo, hago de su conocimiento que el bachiller ABDIAS XOYON RAXON, efectuó cambios necesarios para lograr el objeto al que va encaminado el presente trabajo. Describiendo algunas opiniones al respecto, de conformidad con el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, de la forma siguiente:

- 1) En cuanto al contenido científico y técnico de la tesis, es necesario mencionar que el mismo cumple con lo requerido en virtud que el tema es eminentemente de carácter científico al explicarse el factor de su intención, es decir las propiedades esenciales en que el tema refleja puesto que su finalidad es desarrollar la función del notario en el ámbito virtual.
- 2) Con relación a la metodología y las técnicas de investigación utilizadas; el método analítico con el cual se pudo permitir desplazar el conocimiento obtenido, en la investigación, la cual sirvió para formar la estructura de la investigación, en relación a lo que establece la legislación nacional respecto al contenido de la doctrina, las leyes en general y el derecho comparado. Por medio del método sintético se logro que cada una de las partes o fases de la investigación pasaron a formar parte de la investigación final.
- 3) Respecto a la redacción: Se apega al normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, dado a que se inicia cada capítulo, cada título y cada subtítulo con un comentario personal antes de adentrarse al tema

# Bufete Profesional Ispanel Medinilla



desarrollado, de la misma forma se concluyen los mismos dando una opinión y una solución del por que se hace referencia de el texto que se origina, es decir que tubo una excelente forma de redacción encomendada por el infrascrito revisor.

4) De la contribución científica del tema presentado; éste deviene de la importancia de actualizar al notario guatemalteco dado a que en muchos países del mundo se cuenta con la negociación virtual en al que el fe datario o notario interviene y en Guatemala no es la excepción ya que actualmente se comercializa en la vía virtual sin que hasta el momento se le dé intervención al notario guatemalteco, y no porque sean documentos que no lleven cierta formalidad si no mas bien porque en nuestro medio lamentablemente aun no existe regulado bajo ninguna norma la forma en la que el notario pueda intervenir en los mismos y darle la certeza jurídica de la cual ha sido investido por medio del estado de Guatemala.

5) Las conclusiones y recomendaciones; a las cuales se ha llegado en el presente trabajo de investigación, deviene darle una opinión favorable en virtud que el mismo ha llenado los requisitos necesarios para concluir con un problema por capitulo y se tiene la intención con argumentos verídicos utilizados en otros países, para darle una solución en las recomendaciones que se han planteado.

6) Las fuentes bibliográficas utilizadas en el presente trabajo de tesis, son las adecuadas en virtud que cada uno de los autores consultados contienen el contenido necesario y funcional para el tipo de trabajo presentado en la investigación, además porque se logro con ello el objetivo enmarcado en la intención y finalidad de la misma.

7) Por lo que no tengo ningún impedimento para emitir **DICTAMEN FAVORABLE**, en virtud de lo antes expuesto considero que reúne los requisitos establecidos.

Sin otro particular

Respetuosamente,

Licda. Ana Patricia Ispanel Medinilla  
Col. 4555

LICDA. ANA PATRICIA ISPANEL MEDINILLA  
ABOGADA Y NOTARIA





DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, dos de febrero del año dos mil once.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante ABDIAS XOYÓN RAXÓN, Titulado LA FUNCIÓN NOTARIAL DENTRO DEL FACCIONAMIENTO DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO COMO INSTRUMENTO PÚBLICO. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/slh.



## DEDICATORIA

- A DIOS: Por haberme dado la vida, sabiduría, amor, bendiciones y la oportunidad de alcanzar este sueño anhelado.
- A MIS PADRES: Lorenzo y María Estela, eternamente agradecido por ser lo más valioso en la vida, y darme su amor, su esfuerzo, su comprensión, su apoyo y su bondad.
- A MI AMADO HERMANO JOBITO: Como muestra de un logro de muchos sueños anhelados juntos. (Q.E.P.D)
- A MI AMADA ESPOSA E HIJOS: Flor de Maria, Arnold, Axel y Keren Por su gran apoyo, su comprensión y su amor incondicional.
- A MIS HERMANOS: Américo y Alberht con mucho cariño por su apoyo, ayuda, compañía, su amor y formar parte de mis logros.
- A MIS ABUELITOS: Con amor, especialmente a mi abuelito José Eladio, por su ilusión enmarcada en mí. (Q.E.P.D)
- A MIS SUEGROS: Miguel y Carmela a quienes aprecio mucho.
- A MIS CUÑADOS Y SOBRINOS: Angélica, Álvaro, Karina, Wilson, Heidy, Jorge, los quiero y aprecio. Paola, Jacqueline, Josué, Ludwin, Estephania y Jimena con mucho amor.

A: María Estrada, Su Esposo E Hijos, Mis Tíos Y Primos: por formar parte de mi familia, los quiero. y agradezco todo el cariño que me han brindado.

A : Mis amigos, de infancia, y de estudio por su sincera amistad. Especialmente a mis maestros y amigos: licenciados Concepción y Manuel, por su apoyo y enseñanza.

A: LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA: Especialmente la Facultad De Ciencias Jurídicas y Sociales, mis maestros, al decano Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orrellana, y secretario Lic. Avidan Ortiz Orellana por su enseñanza y apoyo.

AL PUEBLO DE GUATEMALA: por ser el motivo de mi lucha.

## ÍNDICE

	<b>Pág.</b>
Introducción... ..	i

### CAPÍTULO I

1 Evolución histórica del notariado.....	1
1.1 Las leyes de los reinos de las Indias... ..	5
1.2 Evolución del notariado en Guatemala... ..	18
1.3 El Notariado después de La Revolución de 1944... ..	19

### CAPÍTULO II

2. Principios generales del derecho notarial... ..	25
2.1 Definición de derecho notarial.....	25
2.2 Principios propios del derecho notarial.....	27
2.3 El notariado y la función notarial.....	30
2.4 La función notarial y su encuadramiento como actividad notarial.....	35

### CAPÍTULO III

3. La fe pública y el instrumento público ... ..	37
--	----

	<b>Pág.</b>
3.1 Definición de fe pública.....	39
3.2 El instrumento publico... ..	41
3.3 Auxiliares del notario... ..	44
3.4 Clases de instrumentos públicos.....	45
3.5 Fines del instrumento público... ..	46

## **CAPÍTULO IV**

4. La función notarial y los documento electrónico... ..	47
4.1 El documento electrónico como instrumento público... ..	47
4.1.1 Concepto jurídico legal... ..	59
4.2 La nueva concepción del documento público... ..	61
4.3 Documento electrónico y documento informático... ..	66
4.4 La función del notario en el instrumento electrónico... ..	86
CONCLUSIONES.....	103
RECOMENDACIONES.....	105
BIBLIOGRAFÍA.....	107

## INTRODUCCIÓN

En el actual medio la contratación y el comercio electrónico es un concepto amplio que involucra cualquier transacción comercial efectuada a través de medios electrónicos tales como el fax, el telefax, el teléfono, los EDI (electrónica data interchange) e Internet, por lo que se ha tenido la iniciativa de realizar el presente trabajo toda vez que el mundo informático/cibernético, ha ingresado a nuestro país y alcanzado la función del notario por lo que se busca la forma en la que el notario debe estar acorde a las actuales necesidades de los clientes que se contrata por la vía virtual.

El presente trabajo tiene como objetivo dar a conocer por medio de la investigación documental, legislativa la forma de implementar la informática en la función notarial y en especial en el funcionamiento del documento electrónico como instrumento público, afecto de que se complete dentro de la función notarial debidamente normado, específicamente cuáles son las tendencias de la tecnología que hacen indispensable la actualización del rol notarial con la vida moderna.

La presente investigación giran en torno a la función notarial y la necesidad de la actualización de éste a los tiempos modernos basados en consideración sobre las causas jurídico notariales y tecnológicos esenciales que hacen, necesaria la implementación del documento electrónico, dentro de la función notarial, en el proceso de formación y actualización del instrumento público.

La investigación está fundamentada a las cambiantes condiciones y nuevas plataformas de computación disponibles, el desarrollo de documentos y directrices que orienten a los usuarios en el uso adecuado de las tecnologías para aprovechar mejor sus ventajas. El auge de la interconexión entre redes, confidencialidad y autenticidad de los documentos electrónicos. La criptografía provee las herramientas idóneas para ello.

El presente trabajo de tesis consta de cuatro capítulos distribuidos de la siguiente forma: el capítulo uno contiene la evolución histórica del notariado; el capítulo dos trata de las disposiciones del derecho notarial y hace referencia al notario como la función notarial; el capítulo tres se refiere a la fe pública, el fundamento y sus clases existentes, así como el instrumento público y por último el capítulo cuatro se describe lo relacionado al tema central de investigación, el que hace referencia a la función notarial dentro del fraccionamiento del documento electrónico como instrumento público.

Dentro de los métodos utilizados en la presente investigación se resume en los siguientes: el método jurídico, el método sintético y especialmente el método científico dada la naturaleza del tema tratado. Entre las técnicas que se utilizaron al momento de la investigación bibliográfica o documental; a fin de ejecutar algunas de las partes del proceso investigativo, es decir, que permita recopilar, seleccionar y depurar en tiempo, el material que sirvió como referencia.

# CAPÍTULO I

## 1. Evolución histórica del notariado

En el presente trabajo, es importante hacer un breve análisis sobre la evolución del notario a través de su existencia en la historia, ya que así como fue su evolución hasta antes de este siglo así seguirá evolucionando en los años venideros, tal y como se pretende demostrar, con el trabajo que se presenta en el que el notario debe de intervenir en negocios del mundo cibernético, como se observará en el transcurrir del desarrollo del actual trabajo, como primicia a este capítulo es oportuno hacer mención al Doctor Bernardo Pérez Fernández Castillo, citado por el Doctor Nery Roberto Muñoz quien indica en su discurso inaugural de la IV Jornada Norte, Centroamérica y el Caribe de la Unión Internacional del Notariado Latino: “La vida del notariado la encontramos en la lucha de los tiempos así como existe en el hombre la necesidad de un médico que le atienda en sus enfermedades, también el género humano lo ha demostrado a través de los siglos, que necesita de un personaje que lo aconseje, que redacte sus instrumentos, que le dé seguridad jurídica y así el notariado responde a una necesidad del espíritu humano universal.”<sup>1</sup>

Asimismo, es oportuno también hablar de cual puede ser el origen de la palabra notario, por lo que es indispensable realizar el estudio respectivo sobre el termino *notarii*. De conformidad con la enciclopedia editorial Sopena, se dice que los *notarii* eran los que

---

<sup>1</sup> Muñoz Nery, Roberto. **Introducción al estudio del derecho notarial**, pág. 3.



utilizaban las notas tironianas. "Las llamadas notas *tironianas* eran caracteres abreviados, los cuales constituían una especie de escritura taquigráfica que estuvo en uso en la Antigua Roma y en la Edad Media. Según Suetonio, el primer sistema de abreviaturas fue inventado por Enio. Tirón recopiló estos signos y de ahí les viene el nombre de Notas Tironianas, así como los que utilizaban tales notas fueron llamados notarios *notarii*. Esos caracteres se perfeccionaron poco a poco y pueden ser considerados como los precursores de la taquigrafía moderna".<sup>2</sup> En estas consideraciones preliminares se puede ver también que durante tiempo diversos tratadistas del derecho notariado han manifestado que no es posible precisar en que momento histórico nace la fe pública notarial. Sin embargo, es pertinente como consideraciones preliminares realizar un breve estudio de los diferentes lugares de evolución del notario y por ende la fe pública del mismo.

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

---

<sup>2</sup> *Ibíd.* Pág. 5.

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

Grecia: en esta cultura los notarios eran llamados Singrafos, que eran los que formalizaban contratos por escrito, entregándoles a las partes para su firma. Apógrafos eran los copistas de los tribunales. *Mnemon* que eran los que archivaban los textos sagrados.

Roma: el pueblo romano en la antigüedad tuvo un gran desarrollo en lo que a derecho se refiere, a tal grado, que creó su propio sistema jurídico, en el cual se basa nuestro derecho actual. Por esa virtud, los romanos tuvieron en su conocimiento conceptos como el de justicia, que para la materia que estamos estudiando es de vital importancia, ya que el derecho notarial debe en todo momento dar a cada quien lo que le corresponde por derecho. Los notarii, también adscritos a la organización judicial, escuchaban a los litigantes y testigos y ponían por escrito, en forma ordenada y sintética, el contenido de sus exposiciones. Los chartularii, además de la redacción de instrumentos tenían a su cargo la conservación y custodia de los mismos. Los tabularii eran contadores del fisco y archivadores de documentos públicos, pero, como complemento de sus funciones, fueron encargándose de la formalización de testamentos y contratos, que conservaban en sus archivos hasta convertirse en los tabellio, que se

dedicaron exclusivamente a estas actividades y en quienes se reunieron, en la etapa final de su evolución, algunos de los caracteres distintivos del notariado latino: El hombre versado en derecho, el consejero de las partes y el redactor del instrumento, aunque su autenticidad, que le confería la condición de documento público, no se lograba sino mediante la *in sinuatio*.

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

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

América: Al venir Cristóbal Colón trajo un Escribano en su tripulación que era Rodrigo de Escobedo, por lo que se da el transplante del notariado de España a América. No obstante, se creó una legislación especial para América conocida como Leyes de Indias, las que tenían un apartado en el que se trataban a los escribanos, a quienes se les exigía el título académico de escribano y pasar un examen ante la Real Audiencia, si lo aprobaban debía obtener el nombramiento del Rey de Castilla y pagar una suma al fisco real. “Los Escribanos guardaban un archivo de escrituras y demás instrumentos públicos, el cual pasaba a los escribanos sucesores”.<sup>3</sup>

### **1.1 Las leyes de los reinos de las Indias.**

Es además de suma importancia e interesante conocer acerca del notariado en el derecho indiano. Descubierta el Nuevo Mundo en 1492, lógicamente la nueva realidad humana y geográfica, requería de la creación y aplicación de una legislación capaz de interpretarla. Sabido es que la España descubridora no sólo volcó sus hombres sobre la nueva y grande tierra, sino, también, sus instituciones y su cultura jurídica. Y para conocer su proceso y desarrollo, bastará con estudiar la historia del derecho castellano y no la de los otros derechos españoles peninsulares, por ser este derecho el que rigió en los territorios de las llamadas Indias Occidentales, ya que por las circunstancias históricas en que tuvieron lugar los descubrimientos colombinos, las Indias, quedaron incorporadas, políticamente a la Corona de Castilla.

---

<sup>3</sup> Oscar Salas. **derecho notarial de Centro América y Panamá. Pág. 21**

Para el momento del descubrimiento, Castilla experimenta un proceso de unificación de los elementos del Estado. Es la política de Isabel de Castilla, se destaca una decisión enérgica por conseguir una unificación racial y religiosa, y por fortalecer los resortes del estado frente a los poderes abusivos de la nobleza y a la autonomía tradicional de las entidades. La cultura abandona los conventos y deja de ser patrimonio del alto clero, y un núcleo más amplio de la población tiene acceso a ella. Los soberanos católicos; Fernando e Isabel, fueron los primeros en establecer el nuevo tipo de Estado de edad moderna, absoluto, sustituto del decadente e inadecuado sistema feudal.

El territorio del Estado Castellano es dividido en corregimientos, ciudades y villas. Se acomete una reforma en la administración de justicia. Otro tanto se hace en la Hacienda Pública. En ésta se impone el sistema de regaifas; de patronatos reales o participación de la Corona, en pago de capitulación y el recaudo de la Bula de la Santa Cruzada. Se le exigió a los nobles el pago de la alcabala. Tal es el cuadro que ofrecía Castilla para el año del descubrimiento, y esto unido al hecho de que fuere Isabel de Castilla y no su esposo, Fernando de Aragón, quien auspiciara la idea de Colón, hecha realidad histórica, motivaron que en los territorios descubiertos, se incorporarán políticamente a Castilla, y por ende, al derecho castellano. Pero la nueva realidad humana, geográfica, social y económica, hicieron casi imposible la aplicación del ordenamiento legal castellano. Se hacía necesaria una distinta legislación, apta para el mundo nuevo de los europeos.

Por esa razón tuvieron que promulgarse normas jurídicas reguladoras de lo que como nuevo representaba a los legisladores peninsulares. Nace así, el derecho español en las Indias, o mejor, el derecho indiano que pronto alcanzó frondosidad extraordinaria y que

en muchos aspectos de la vida social económica y jurídica, desplazó a un segundo plano al derecho castellano tradicional. Volviéndose éste supletorio, sólo aplicable a falta de precepto propiamente indiano.

Conviene tener en cuenta las características generales del derecho indiano, por cuanto de ellas han de derivarse muchos elementos peculiares de las posteriores legislaciones coloniales y, después, republicanas. Fueron concebidas para regular casos muy concretos, esto es, de un acentuado casuismo. Se trató de generalizar, en la medida de lo posible, en la solución en cada paso adoptada. En segundo lugar, la legislación indiana mostró una tendencia uniformada a los preceptos jurídicos peninsulares. En tercer termino, la legislación indiana fue frondosa en reglamentación expuesta en una minuciosa reglamentaria. Se reglamentaba para todo caso por pequeño y sencillo que fuera. Los monarcas españoles pretendieron tener en sus manos todos los hilos de un gobierno de un mundo tan basto, tan complejo en su diversidad y tan lejano. Los mismos, quisieron conocer de los grandes problemas políticos y económicos que afectaban a todas las Indias o toda la demarcación territorial de un virreinato o de una audiencia, que de cuestiones minúsculas que interesaban sólo a una ciudad o a un reducido distrito rural. Dicha ley es, un profundo sentido ético y religioso. Teólogos moralistas, más que juristas y hombres de gobierno, fueron los animadores espirituales de esta legislación. Se acusa en ella un tono de plausible elevación ética, pero se desconocen al propio tiempo, o se tratan de soslayar, ineludible imperativos económicos y sociales.

Al derecho indiano lo informaban, primero aquellas de disposiciones emanadas de la Corona, como cédulas reales y gracias; luego las resoluciones del gobierno español sobre las Indias, como el Consejo de Indias y la Casa de Contratación, y las normas que emanaban de los organismos y funcionarios radicados y establecidos en Las Indias, y que eran ordenadas por el cabildo, real audiencia, por los virreyes, capitanes generales y alcaldes ordinarios.

Como quiera que el derecho indiano adquirió profusión de cédulas leyes y ordenanzas, se sintió bien pronto, la necesidad de su organización y método, es decir, se requiere la labor de recopilación. Los intentos de recopilación fueron varios, así:

- a. Licenciado Maldonado, conocido como Repertorio de las cédulas, provisiones y ordenanzas reales, publicado en 1556;
- b. la de Vasco de Fuga, o Cedulaario de Pruga, de 1563, recopilación hecha por estricto orden cronológico y no de materias;
- c. la de Diego de Ercina, en 1596, recopilación continuada por Diego Zorrilla, Rodrigo Aguilar y León Pinedo;
- d. Promulgación, ordenada por Carlos II el Hechizado; recopilación ésta que se divide en nueve libros, 218 títulos y 6.377 leyes.

Con el descubrimiento, Castilla, y por ésta, España quedó en posesión de un nuevo Continente. España envió a sus hombres, y con éstos vinieron los funcionarios y las instituciones. Por ello no podía faltar la presencia del Escribano.

Cómo podía faltar para dar testimonio y fe del hecho más importante de la humanidad, el hallazgo de mundo no conocido. Hecho de tal envergadura e importancia suma para la civilización, tenía que caer bajo la percepción del notario. A partir del hecho del descubrimiento, "marcharían unidas, la espada del conquistador, la cruz de la religión y la pluma del escribano, que habría de asentarla relación de los hechos que iban produciéndose en el plan histórico, en tanto se sucedían los acaeceres de la conquista y luego de la colonización".<sup>4</sup>

Es así, como con los conquistadores llegaron a América, los primeros notarios, siendo el primero don Rodrigo de Escobedo, acompañante expedicionario de Cristóbal Colón, y designado como Escribano por el Consulado del Mar. Tres años más tarde, al del descubrimiento, muere el notario Escobedo en forma trágica a manos del cacique Caonobó, en tierras de la Española, hoy Haití.

No sólo para cada viaje se nombraba un escribano, sino que a la expedición de conquista de tierra adentro era indispensable su presencia. De esta forma el oficio de escribano fue fundamental a toda la esfera de Indias. Un funcionario con esa denominación acompañaba a todas las expediciones, tanto, las de descubrimiento costero, como las que luego entraron a los territorios. "Así, por ejemplo, el seis de septiembre de 1501, en Granada, se extiende el título a Juan de Guevara como Escribano de la expedición de Ojeda. Se trata en estos casos, de un funcionario real, cuya presencia es indispensable para dar legalidad a los actos de la expedición".<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Salas, Ob. Cit; pág. 12

<sup>5</sup> **Ibid**, Pág. 20.



Es interesante ver como en el mismo nombramiento o designación de Escribano, se le otorgaba unas especies de atribuciones, las que, en todo caso, mandaban de que todo debía hacerse en su presencia por la presente nombramos a Juan de Guevara, por nuestro escribano, para que por nos y en nuestro nombre vaya des con el dicho Alonso de Qjeda en uno de los dichos navío, para que ante vos como nuestro escribano fagan todos los rescates que en el dicho navío se fizieren, e fagais e cumpláis todas las otras cosas segund y en la manera que se contiene en la dicha capitulación e asiento que mandamos tomar con el dicho Alonso de Ojeda, al cual e a todas las personas que fueren en el dicho navío a viaje mandamos que vos vayan a tengan por nuestro escribano, como dicho es, e no rescaten ni hayan cosa alguna sino en vuestra presencia.

El 28 de mayo de 1630, se le otorga el título de escribano público de número, a don Rodrigo de León, y con destino a Cádiz. El Consejo de Indias comunicó dicho nombramiento a la Real Audiencia de Santo Domingo en los siguientes términos: Presidente e oidores de la nuestra audiencia e chancillería real que residía en la isla Española: Sabed que yo fecho mered a Rodrigo de León para que sea nuestro escribano público del número del pueblo de cristianos que está hecho en la isla de Cubagua, e con la presente vos mando enviar el título e provisión en forma para que, sienta por vosotros examinados y hallándole hábil y suficiente e habiendo dado información que no es de los prohibidos que no puedan pasar a esas partes e que no es de corona, e obligándose que, si en algún tiempo pareciere que lo fuere, aya perdido al oído oficio e pague cincuenta mil maravedís para nuestra cámara e fisco, e con que jure que no llevará derechos demasiados ni a los pobres ni por las escrituras y cosas que tocaren nuestro servicio y hacienda, por ene yo os mando que habiendo fecho lo susodicho y las

diligencias que se acostumbran, como se platica en el nuestro Consejo, le entregues el dicho título para que use del dicho oficio conforme a él e si no, tómmelo a enviar, para que yo lo mande a rasgar.

Para Nueva Cádiz, Cubagua, Coro, Gibraltar, vinieron los primeros escribanos a Venezuela. Mas, el oficio de escribano será vendible y cuyo precio sería ingresar a las arcas reales, manera concebida para allanar las dificultades financieras de la Corona. Hubo ventas de escribanías por altos precios, y de conformidad con lo que producía, como en el caso de Gibraltar. Pero en otras regiones, debido al poco y escaso desarrollo económico, el oficio de escribano no proviene, ni siquiera entrar en esa relación de los cargos venales.

En 1870, un escribano de Guayana, pedía que se le diera una compensación o especie de subsidio. En Barcelona, las dos escribanías, nunca pudieron venderse debido a no encontrar posibles compradores, circunstancias que motivó a que fueran dadas en arrendamiento. En muchas ciudades y pueblos nunca hubo escribanos, y los alcaldes y gobernadores realizaban los actos propios de aquellos.

“Puede afirmarse que en la vida jurídica colonial, la institución notarial tuvo una vigencia y un desarrollo semejante y paralelo a la de los demás países. Pero con el advenimiento de la república el sistema notarial quedó suprimido”.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Salas, Ob. Cit; pág. 35

No obstante del rancio abolengo del notariado venezolano, éste quedó inmerso dentro de la función registral, pues, de las primitivas oficinas de anotación de hipotecas que se reconocieron en el período colonial y que fueron suplantadas en 1836 al instaurarse el registro público, se cayó en un funcionismo entre notariado y registro que persiste hasta nuestros días, aunque, es de justicia reconocer el hecho de que ya se nota una corriente renovadora en las nuevas promociones de los profesionales del derecho en elevar el nivel científico de la institución notarial y colocar a Venezuela en el punto que le corresponde en el mundo moderno de las leyes.

Genuinos valores de la cultura jurídica venezolana han expuesto la necesidad de instaurar el sistema notarial en toda su integridad, intervención del notario en la que caracteriza la publicidad de los instrumentos, es decir, los relativos a actos y contratos particulares de los ciudadanos. Ha sido lamentable error, desde los inicios de la legislación patria, fatal confusión entre dos funcionarios fedatarios, y que de suyo sus actuaciones son distintas. Interesante, por demás y motivo de apasionado estudio histórico, constituye nuestro pasado notarial.

Desvirtuado así, el desarrollo notarial y apartándolo, como sucedió, del notariado latino, Venezuela ostenta distinto sistema, cuyos elementos característicos y análisis escapan al ámbito del presente estudio, circunstancia ésta que ha sido denominada como notariado de evolución frustrada.

Actualmente, se siente aliento renovador y, por ello, provisor en los estudios notariales de diferentes universidades, bien como cursos de especialización, conferencias y cátedras prácticas.

Desde el punto de vista de la evolución histórica de nuestro notariado, sería fecunda la investigación de uno de los movimientos pre-independentistas como la de Juan Francisco de León (1749), por la minuciosidad en la redacción de las actas y el cubrimiento de los extremos legales vigentes para la época, levantadas por los escribanos reales y públicos.

Volviendo al cuadro general histórico de la legislación indiana, se advierte en ésta una gran confusión de escribanías, de la más variada índole y especialidad.

Se ha establecido una interesante clasificación de dichas escribanías en atención al organismo que pertenecían como a la de su especialidad. Había escribanías adscritas a los organismos residentes en la metrópoli, llamada Escribanía Mayor de Armada, de Cámara de Consejo de Indias, de la Casa de Contratación de Sevilla; de Naos, de visitas, de residencias, de rociones. Escribanías residenciadas en Indias, de gobernación, de justicia, la de cámara de audiencia, de bienes de difuntos. Escribanías de Hacienda, como la de real hacienda, mimas y registros, de las casas de la moneda, pesquería de perlas, de juntas de temporalidades, de registro de puertos. Había las eclesiásticas, las propiamente eclesiásticas, las del santo-oficio. Habría, así mismo, las

municipalidades como la de cabildo o capitulares; las extrajudiciales como las escribanías públicas numerarias, o de número de la ciudad.

El casuismo propio de las leyes de Indias se observa en la forma como concibieron su sistema escribanil y, además, podría explicarse ante razones de tipo económico si se piensa que dichos cargos fueran vendibles. Así pasó al nuevo mundo la institución notarial, con sus virtudes y sus fallas. La nueva realidad geográfica y humana le insufló aliento propio y en muchos países alcanzó, y ofrece hoy, desarrollo esplendoroso. Su actual nivel científico en estos países es producto del hombre americano, de sus juristas e intelectuales.

La institución notarial hoy, gracias al celo de su cultura ofrece al hombre seguridad jurídica. El escribano -decía Andres Bello- “descansa la fe pública, siendo un ministro constituido especialmente para dar testimonio de la verdad. Y le daba al escribano la alta misión de tutelar el bien público. Es el escribano, el depositario de la confianza pública. En sus protocolos, conserva cuanto puede considerarse preciso para hacer efectivo el cumplimiento de los actos, y de las otras disposiciones de los hombres; y en sus archivos, los procesos, en que se interesan nada menos que el honor, la vida, la hacienda y la quietud de los particulares, y todo cuanto puede contribuir al bien del estado”.<sup>7</sup>

Conviene decir algo sobre la institución notarial consagrada en el Código de Derecho

---

<sup>7</sup> Lujan Muñoz, Jorge, **Los escribanos en las indias occidentales**, pág. 58.

Canónico, habida consideración de que en la etapa colonial y aún en los primeros momentos republicanos, la legislación ostentaba una marcada influencia religiosa, y en muchos aspectos el derecho canónico inspiró no pocas normas ya en el derecho privado como en el mismo público. Vale recordar que en las universidades americanas como en las venezolanas se estudiaba en la facultad de derecho, antes de ciencias políticas, una materia denominada derecho público español y eclesiástico. Muchas de las normas sobre la institución del matrimonio y la familia, tuvieron una genuina inspiración canónica. Dentro de él se contempla la institución notarial y cuya función es muy semejante a la del notariado laico o civil. Como en el ámbito del derecho civil, establece la forma intachable del notario. Dentro de las funciones encomendadas al notario eclesiástico están las siguientes: extender actas, citaciones e intimaciones; expresando lugar, día, mes y año, y su jurisdicción en territorio del obispo, el ordinario; y admitía, dicho obispo la posibilidad de que algún seglar pudiese ser notario de un obispado.

Lo antes expuesto ha sido, en muy generales lineamientos, la historia del notariado; su origen y su evolución desde los primeros momentos, pasando por la antigüedad clásica, la época moderna, el notariado francés de la Revolución, su desarrollo dentro de la juricidad española, en la legislación de Indias y los primeros desarrollos republicanos americanos.

Un resumen de la historia general del notariado la ha expresado en cuatro conclusiones, y en buena y bien lograda síntesis, el doctor Domingo Casanova; citado por Carlos Humberto Pineda Corredor, mismas que se detallan a continuación:

“Primera: el renacimiento acentuó la función de los notarios en virtud de las necesidades mercantiles crecientes: grandes préstamos e interés, compañías, concesiones en el Nuevo Mundo, procesos más complicados, etc.

Segunda: la forma de atribuir la función notarial evoluciona gradualmente desde la venta y traspaso del oficio y la propiedad privada de los protocolos a la mejor regulación pública de funciones notariales.

Tercera: más adelante, la tendencia codificadora y registros acaban por requerir un notariado absolutamente regular y técnico.

Cuarta: a lo largo del proceso evolutivo, se separe marcadamente el tipo de notariado sajón y el tipo de notan latino, conservando este último una índole más mayestática y solemne”.<sup>8</sup>

La constatación de hechos y la necesidad social de su perpetuación, sentida desde los más remotos grupos sociales, constituyen los elementos embrionarios donde ha de buscarse su origen mismo de la función notarial, o si se quiere, del hecho notarial. Tanto es así que, suponiendo a cualquiera de dichos grupos completamente ayuno de todo órgano al efecto, éste lo crea espontáneamente y en el acto, para satisfacción de aquella necesidad constante.

---

<sup>8</sup> **Ibid** , Pág. 65

No agotan los historiadores jurídicos notarialistas su apasionada búsqueda por descubrir, en los grupos sociales más antiguos, el órgano donde pudiese estar presente, actuante y fecunda, la función. La infinita gama de las relaciones sociales ha creado una serie de usos y controles que actúan dentro del grupo fijando las distintas funciones que requerían para su proceso de organización.

Así los grupos primitivos, dados a la práctica de formas rituales, debieron sentir la necesidad de realizar algunos actos llamativos o solemnes para perpetuar, en tal forma, algún hecho tenido por trascendente por el grupo. Para encontrar algún vestigio de lo que pudiera llamarse, a la sazón, función notarial, en las más arcaicas agrupaciones sociales, habrá que trabajar con elementos propios de la sociología y de la etnología. No debe olvidarse que los hechos sociales repetidos y sensibles, han sido los más propicios en exigir una regulación jurídica.

En todo caso, cualquiera que haya sido la antigüedad del grupo, la perpetuación de ciertos hechos debió constituir imperiosa necesidad de transmitirlos como dejar de ellos constancia notoria.

“Es en la historia del comportamiento social del hombre donde deben buscarse las primeras formas de la función notarial. Para buscar elementos históricos de otras ciencias, ha señalado Fichter, se ha menester del estudio científico del comportamiento humano. En ciertas relaciones privadas intervendrían alguna vez con su consejo y autoridad al jefe o la asamblea de la gentilidad; pero por esta conjetura, sólo



abstractamente podríamos separar o diferenciar en la simplicísima biología jurídica de entonces, algo esencialmente se asemejara a la función notarial de nuestros días”.<sup>9</sup>

## 1.2 Evolución del notariado en Guatemala

Los primeros vestigios de historia escrita los encontramos en el Popol Vuh; en virtud de que éste no sólo es la narrativa propia del nacimiento, evolución y desarrollo del pueblo maya quiche, sino además en éste constatan de qué manera, se fueron desarrollando las casas del reino quiche, dejando constancia de todo ello, en forma escrita en una forma la cual narra lo ya descrito, además como se conformaron las casas, sus integrantes y cabezas de casa, o sea los patriarcas, los abuelos. Pues, quien lo escribió dejó los lineamientos para el desarrollo de la conformación, representación y la base de la legislación, tomando en cuenta la cosmogonovisión del pueblo maya quiché. Como ya acotamos, los primeros vestigios de historia escrita los encontramos en el Popol Vuh. En la época colonial, al fundarse la ciudad de Santiago de Guatemala, y, en la Reunión del Primer Cabildo que tuvo lugar el 27 de julio de 1524 se faccionó la primera acta, actuando como primer escribano Alonso de Reguera. El nombramiento, recepción y admisión del Escribano Público lo hacía el Cabildo. El trabajo del Escribano Público era en función de los contratos y las actuaciones judiciales, la colegiación de abogados y escribanos se dispuso en el Decreto Legislativo No. 81 del 23 de diciembre de 1851 que encargó su organización a la Corte Suprema de Justicia. Se creó la Ley de Notariado en la época de la Reforma Liberal (1877) junto al Código Civil, al de Procedimientos Civiles y la Ley General de Instrucción Públicas. Desde un inicio conviene dejar apuntado que el

---

<sup>9</sup> Quezada Toruño, Fernando José, **régimen jurídico del notariado en Guatemala.** pág. 5

notario guatemalteco antes de la promulgación del Código de Notariado, se desenvolvía dentro de un marco jurídico confuso y desconcertante, debido a la proliferación de leyes, reglamentos, acuerdos y circulares administrativas que conformaban la legislación notarial.

### **1.3 El notariado después de La Revolución de 1944**

Más de 20 disposiciones legales establecían los derechos y obligaciones de los notarios y regulaban su ejercicio profesional. Como es obvio suponer, esta legislación no respondía a ningún principio científico uniforme ni era propicia para ordenar y sistematizar adecuadamente la función notarial. Por el contrario, el estudio de esa legislación pone de manifiesto que la inspiraba un arraigado sentimiento de desconfianza hacia el notario, pues buena parte de sus disposiciones establecían un sinnúmero de Instituto de Derecho Notarial de Guatemala obstáculos que restringían o dificultaban considerablemente el ejercicio de la profesión. Éste, en lugar de ser ágil y efectivo, como exige el mundo moderno, se tornaba lento y engorroso. La contratación, por lo tanto, sufría injustificadas demoras con el consiguiente perjuicio que esta situación producía en la economía del país.

Los notarios, que en ese entonces constituían un pequeño grupo profesional carente de cohesión, poco o nada pudieron hacer para defender sus intereses. Las dos organizaciones gremiales de juristas del país, la Asociación de Abogados de Guatemala y la Barra de Abogados de Guatemala, ésta última de efímera existencia, entraron en obligado receso en el primer año de gobierno del General Jorge Ubico que permaneció

14 años en el poder. No hubo, por consiguiente, durante todo ese tiempo, ningún grupo organizado de notarios que opusiera una sólida resistencia a la continua promulgación de disposiciones legales fueron colocando al profesional en una situación muy precaria.

El Licenciado Fernando Quezada Toruño, citado por el Doctor Nery Muñoz indica que: “Con el advenimiento de la revolución del 20 de octubre de 1944, en la que tuvieron decidida participación los estudiantes universitarios, surge un acendrado espíritu renovador, se vislumbran mejores y más amplios horizontes y los órganos estatales, así como las autoridades y funcionarios, adoptan una actitud distinta ante lo universitario. Como primeros pasos de innegable trascendencia, cabe señalar que en la Constitución de la República se consagra como derecho constitucional la autonomía de la universidad y se establece la colegiación oficial obligatoria para el ejercicio de todas las profesiones universitarias. El Colegio de Abogados de Guatemala, integrado también por todos los notarios del país, queda constituido el 10 de noviembre de 1947. El nuevo Congreso de la República emprende una ardua labor legislativa y en un lapso relativamente corto Decreta Leyes de suma importancia para la vida nacional. Entre éstas nos interesa destacar dos que están indisolublemente unidas a nuestro trabajo: el Código de Notariado y la Ley de Colegiación Oficial Obligatoria para el Ejercicio de las Profesiones Universitarias.”<sup>10</sup>

Con la colaboración de distinguidos juristas del país, la Comisión de Legislación que funciona adscrita al Ministerio de Gobernación, prepara un proyecto de Código de Notariado, que oportunamente es sometido a la consideración del Congreso de la

---

<sup>10</sup> Muñoz. **Ob. Cit**; Pág.19

República. La Comisión de Gobernación de este organismo, encargada por razón de la materia de emitir dictamen sobre el citado proyecto, capta bastante bien la situación que prevalecía para el notariado en el país y, como consecuencia de ello, señala en su exposición de motivos que con la nueva ley se busca alcanzar dos objetivos:

1º.- Que las personas que se disponen a celebrar un contrato, y el Notario mismo, se encuentren en posibilidad de formalizarlo debidamente sin la comprobación previa de solvencias fiscales y municipales, y sin mayores restricciones personales, y

2º.- Que los actos notariales sean una positiva garantía para el Instituto de Derecho Notarial de Guatemala.

La Comisión del Congreso encargada del estudio de la nueva ley, también se percató de esta circunstancia, lo que la hizo afirmar: durante el régimen del ex-presidente Ubico, la Ley del Notariado sufrió innumerables reformas, dirigidas todas a someter a los notarios a disposiciones arbitrarias, que aparentemente se encaminaban a reprimir la deshonestidad de algunos profesionales, pero que en realidad, sin conseguir ese objetivo, obstaculizan la libre contratación necesaria ahora más que nunca, ya que es imposible que Guatemala sea parte del acelerado ritmo de los negocios. Respecto de la moralidad de los notarios, nuestras leyes penales tienen severas disposiciones para quienes no cumplan honradamente su importante misión, y los formalismos excesivos de la antigua ley no dan garantías efectivas a ese respecto, pues son fácilmente burlables por quienes se propongan comerciar con la fe pública. Los contratantes son quienes mejor pueden moralizar la profesión notarial, recurriendo siempre a los notarios que den garantías de honradez y capacidad.

El Código de Notariado, fue aprobado por el Congreso de la República el 30 de Noviembre de 1,946 y, sancionado por el Organismo Ejecutivo el 10 de Diciembre de ese mismo año, entró en vigor el primero de enero del año siguiente. A partir de este momento el notariado guatemalteco se encauza por nuevos senderos. Por su lado, la Ley de Colegiación Oficial Obligatoria para el Ejercicio de las Profesiones Universitarias, entra en vigencia el 24 de febrero de 1947. Esta ley, como su nombre lo indica, dispone que nadie pueda ejercer una profesión universitaria sin ser miembro activo del colegio profesional correspondiente. Entre otros, son fines primordiales de los colegios profesionales los siguientes:

- a) mantener el decoro en el ejercicio de las profesiones universitarias, en todos sus aspectos, conservando la disciplina y la solidaridad entre sus colegiados;
- b) propender al mejoramiento cultural de los graduados universitarios;
- c) mantener la honestidad y eficiencia del servicio de las profesiones universitarias en beneficio de la colectividad; y
- d) defender y proteger el ejercicio profesional universitario y combatir el empirismo.

Los colegios profesionales en la actualidad se componen de los siguientes órganos: a) Asamblea General; b) Junta Directiva, y c) Tribunal de Honor. El acceso a los cargos directivos y del Tribunal de Honor es por vía de elección. He dejado expuesto a grandes rasgos un diagnóstico de la situación del notariado antes de la emisión del Código de Notariado. Siguiendo siempre el Instituto de Derecho Notarial de Guatemala carácter informativo de este trabajo. “Estos han sido de una forma los logros más

trascendentales que ha obtenido el notario guatemalteco en los últimos años, a partir de la revolución de 1944”.<sup>11</sup>

En síntesis el nacimiento en si del notario en general a nivel mundial y coadyuvado a ella el notario guatemalteco, ese personaje que si bien es cierto ha evolucionado con el transcurrir de los años , por su propia necesidad de actualización también es cierto que evolucionara aún más con el pasar de los días, tal es el caso que en la actualidad el notario tiene la necesidad de actualizarse en el mundo cibernético en el que se manejan los asuntos en los que el notario interviene, de acuerdo a las necesidades que presenta la realidad notarial en este siglo, por lo que surge la necesidad de comentar sobre ello tal y como se hace en el presente trabajo es decir que se debe de conocer la forma de inicio o nacimiento del notario su desarrollo y su paso por cada una de las diferentes décadas y etapas hasta encontrarnos en el siglo presente, éste que ahora es mucho más exigente y que se presenta de una forma virtual en el sentido que se maneja todo por el sistema computarizado y con una tecnología avanzada a la cual el notario guatemalteco debe de actualizarse.

---

<sup>11</sup> Toruño, **Ob, Cit**; pág. 20



## CAPÍTULO II

### 2. Principios generales del derecho notarial

Es importante destacar cada uno de los principios generales que encuadran el termino del cual se debe entender como derecho notarial, por ser de suma importancia pues dentro de el se desenvuelve la figura del servidor público conocido como notario y de esta su función dentro de la rama del derecho notarial, el cual se a puntualizado es a el notario a quien se pretende actualizar, y éste se desenvuelve dentro del derecho notarial razón por lo cual se inicia el presente capítulo por definir el derecho notarial.

#### 2.1 Definición de derecho notarial

“Es el Conjunto de disposiciones legislativas y reglamentarias, usos, decisiones jurisprudenciales y doctrinas que rigen la función notarial y el instrumento público notarial”.<sup>12</sup>

Para el autor Oscar Sales: El derecho Notarial puede ser definido como “el conjunto de doctrinas y normas jurídicas que regulan la organización del notariado, la función notarial y la teoría formal del instrumento público”.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> Esta definición fue adoptada en el Tercer Congreso Internacional de Notariado Latino, celebrado en París, Francia en 1954.

<sup>13</sup> Salas, **Ob. Cit**; pág. 43



Como se puede observar las dos definiciones que anteceden, han sido las mas acordes a lo que debemos entender por derecho notarial, sin embargo el autor Oscar Sales proporciona, la mas acertada debido a las últimas tres características que menciona; tal y como lo es la organización del notariado, la función notarial y la teoría formal del instrumento público. Es decir encierra en si lo referente a la estructura del derecho notarial.

Además, es necesario observar que su naturaleza jurídica deviene que es un derecho público toda vez que el notario es un servidor público.

Como el trabajo el cual se presenta no es directamente sobre el derecho notarial, se hace mención únicamente y en forma breve sus elementos, sus principios, características y su fuente, iniciando por decir que entre sus elementos; se pueden mencionar los siguientes:

- a. Organización legal del notario: Comprende el estudio legal de requisitos para ejercer el notariado, estando compuestas por normas de carácter administrativos.
- b. Función notarial: Es la que realiza el notario y comprende las normas y principios que rigen su actuación. Artículos. 264, 959 numeral 3, y 1957 del código civil.
- c. Teoría formal del instrumento público: es la técnica que se usa para la elaboración del instrumento público.

Una vez visto sus elementos, es de suma importancia que conozcamos el objetivo del derecho notarial, así como, su contenido y sus características, iniciando por indicar que el objetivo o el objeto en si del derecho notarial es la creación del instrumento público. Y

su contenido vendría siendo la actividad del notario, como también lo son las partes en la creación del instrumento público. En cuanto a sus características mencionare brevemente las siguientes:

a. Actúa en la fase normal del derecho, porque no existen derechos subjetivos en conflicto; con respecto a esta característica deviene de la misma ya que en esta actividad del notario existe un acuerdo de voluntades. Artículo 1251 del Código Civil.

b. Confiere certeza y seguridad jurídica a los hechos y actos solemnizados en el instrumento público. Con relación a esta característica es a que se deriva de la fe pública que ostenta el notario. Artículos 1576 y 1577 del Código Civil.

c. Se aplica el derecho objetivo condicionado a las declaraciones de voluntad a fin de concretar los derechos subjetivos. La anterior característica determina que debe de haber ocurrido un hecho para poder el notario actuar.

d. Es un derecho no tradicional, es un derecho cuya naturaleza jurídica no puede encasillarse en la tradicional división entre el derecho público y el derecho privado. Esta característica deviene a que existe dentro del derecho público por que es el Estado quien le ha otorgado un mandato y es de derecho privado porque actúa entre los particulares. Además podríamos mencionar también que actúa en el campo de la jurisdicción voluntaria y que la certeza y la seguridad jurídica que el notario confiere a los hechos y actos que autoriza es derivada de la fe pública que ostenta. En sentido amplio.

## **2.2 Principios propios del derecho notarial**

Es realmente una acotación esencial mencionar los principios propios del derecho notarial razón por la que se mencionan las que se consideran son las mas acertadas de

conformidad con lo estudiado por diversos tratadistas del derecho notarial.

a. Fe pública: en sí la fe pública, es la presunción de veracidad en los actos autorizados por un notario. Artículo. 1 del Código de Notariado.

b. De la forma: es la adecuación del acto a la forma jurídica que mediante el instrumento público se está documentando. Artículos. 29, 31, 42, 44 y 50 del Código de Notariado.

c. De autenticación: mediante la firma y el sello se establece que un hecho o acto ha sido comprobado y declarado por un notario. Artículos. 2 numeral 3; y 77 numeral 5, del Código de Notariado, Artículo 186 del Código Procesal Civil Y Mercantil.

d. De intermediación: el Notario a la hora de actuar siempre debe estar en contacto con las partes. La función notarial demanda un contacto entre el notario y las partes, y un acercamiento de ambos hacia el instrumento público.

e. De rogación: la intervención del notario siempre es solicitada, no puede actuar por sí mismo o de oficio.

f. De consentimiento: el consentimiento es un requisito esencial y debe estar libre de vicios, si no hay consentimiento no puede haber autorización notarial. La ratificación y aceptación, que queda plasmada mediante la firma de los otorgantes, expresa el consentimiento. Artículo 1251 del Código Civil

g. De Unidad del acto: este principio se basa en que el instrumento público debe perfeccionarse en un solo acto.

h. De protocolo: al considerarlo como principio, se le tiene como un elemento de necesidad por las ventajas que reporta a las garantías de seguridad jurídica, eficacia y fe pública.

i. 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.

j. De publicidad: los actos que autoriza el notario son públicos; por medio de la autorización notarial se hace pública la voluntad de la personal. Este principio de publicidad, tiene una excepción, y se refiere a los actos de última voluntad, testamentos y donaciones por causa de muerte.

Entre las características que anteceden serán alguna de ellas cuestionadas ante la aparición del cibernotario al cual se hace referencia en el transcurso del presente trabajo, toda vez que algunos de estos serán confusos cuando el notario autorice un contrato virtual, sobre todo el de intermediación por mencionar alguno, el cual será estudiado en su momento y capítulo oportuno, destacando entonces por el momento, a demás de sus características propias, las fuentes del derecho notarial y indicando que en Guatemala la única fuente del derecho notarial es la Ley. De conformidad con el Artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial.

De igual forma es importante mencionar brevemente que es un derecho el cual se relaciona con todas las ramas del derecho jurídico pero principalmente con las siguientes:

- a. El derecho civil: ya que el derecho civil regula los contratos y estos son el contenido del instrumento público por regla general.
- b. El derecho mercantil: regula los contratos tales como la sociedad que por ser solemnes necesariamente deben de constituirse en escritura pública y actos como el protesto de títulos valores.
- c. El derecho procesal civil: ambos están formados por normas que nos dan requisitos formales, con la diferencia de que en el derecho procesal civil lo aplicamos cuando hay

litis, en cambio el derecho notaria.

d. El derecho administrativo: ya que el notario en algunos casos resulta recaudador del fisco y queda obligado a informar de todos los actos que a autorizado.

e. El derecho registral: ya que todos o casi todos los instrumentos que el Notario autoriza llegan en definitiva a los diferentes registros públicos, para que sean operados.

f. Con el derecho constitucional: “debido a que se garantiza la seguridad, o sea la seguridad jurídica de que esta investidos los actos que autoriza y de que tiene conocimiento el notario”.<sup>14</sup>

### **2.3 El notariado y la función notarial**

Después de haber visto lo relacionado al derecho notarial y comprendido esta rama del derecho, la base de la figura del notario es importante realizar un estudio referente a el notario y su función como tal. Siendo importante definir al notario previo a ver la función del mismo, toda vez que no existiría tal función sino por la existencia del notario, aquí se empieza a ver como el notario por medio de su función interviene en los actuales instrumentos públicos estos escritos en papel y como esta misma función notarial deberá ser la que lo enrole a que facione instrumentos públicos de forma virtual, para tal efecto se menciona la definición siguiente la cual fue adoptada en el Primer Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino, celebrado en Buenos Aires, Argentina, en 1948.

“El Notario es el profesional del derecho, investido por el Estado de fe pública para hacer

---

<sup>14</sup> Carneiro José, **Derecho notarial**, pág.45

constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte y tramitando la jurisdicción voluntaria”<sup>15</sup>

La definición que antecede encierra todas las características que las da el Código de Notariado por lo que no se considera oportuno hacer mención de otras definiciones, en virtud de estar bien acertada la que determina su propia Ley. El cual indica que el notario tiene fe pública para hacer constar u autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte. Artículo 1 del Código de Notariado.

Una vez visto que es notario o quien es el notario se da a conocer a que se refiere su función notarial.

**La función notarial:** es la actividad que el notario realiza para lograr la creación del instrumento público. Es decir que es el que hacer del notario o la actividad que desempeña el Notario.

En el presente trabajo no se estima pertinente hacer referencia a los principales aspectos de la función notarial, debido a que no es el tema central del mismo, sin embargo se expone algo concreto. Por la importancia que tiene la intervención del notario en el proceso, en donde principia a tomar caracteres de un legítimo y efectivo auxiliar de la administración de justicia, se expone entonces brevemente el papel que juega en Guatemala la función notarial dentro del proceso.

---

<sup>15</sup> Esta definición fue adoptada en el Primer Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino, celebrado en Buenos Aires, Argentina, en 1948.

El notario guatemalteco Mario Aguirre Godoy, quien en un profundo trabajo intitulado, El Notario y la jurisdicción voluntaria, afirma: “Siendo la actividad de los notarios bastante diversificada, es lógico que tenga puntos de contacto con la actividad jurisdiccional. La función notarial puede desempeñar un papel muy importante en la tarea procesal y es conveniente, por la misma garantía que se desprende del acto notarial, darle mayor participación al notario en el desarrollo del proceso”.<sup>16</sup>

En Guatemala, antes de la vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil, el uno de julio de 1964, el notario tenía un papel bastante deslucido dentro del proceso. Pero, a partir de esa fecha, con las disposiciones del nuevo cuerpo legal, su participación ha adquirido un grado nunca antes alcanzado en nuestra historia jurídica. Se puede decir entonces que campo de acción profesional del notario se amplió considerablemente, máxime si se toma en cuenta que el Código de Notariado indicado se aplica supletoriamente en otros procedimientos, tales como el Contencioso-administrativo; económico-coactivo; juicios de cuentas y juicios de trabajo y previsión social, lo que hace posible que la actividad notarial se extienda aún más de lo que parece en un principio.

Dentro del régimen procesal guatemalteco, el notario está facultado para lo siguiente:

a) realizar determinados actos que le encargue especialmente el juez, como requerimientos, embargos, notificaciones, secuestros, discernimientos de cargos; poner en efectiva posesión de un bien a un litigante; intervenir empresas industriales, mercantiles y agrícolas y darle posesión por inventario al interventor designado y, en

---

<sup>16</sup> Aguirre Godoy, Mario. **El notario y la jurisdicción voluntaria** Pág. 310.

general, autorizar cualquier acto que por ley o costumbre compete a los Ministros ejecutores de los órganos jurisdiccionales.

b) autenticar toda clase de fotografías, fotocopias, fotostáticas, cintas cinematográficas, grabaciones magnetofónicas, registros dactiloscópicos, versiones taquigráficas y cualesquiera otros medios científicos de prueba;

c) Ser partidario en los juicios de división de cosa común;

d) fungir como secretario de los Tribunales de Arbitraje;

f) autorizar los inventarios en las ejecuciones colectivas, así como la ocupación de los bienes del deudor y su entrega al depositario;

g) legalizar las firmas de los escritos de desistimiento total o parcial del juicio, de renuncia de recursos, incidentes, recusaciones, etc., y del memorial en que se comunica la reconciliación de los cónyuges en los procesos de divorcio o separación por mutuo consentimiento;

h) identificar personas que han usado constante y públicamente nombres distintos a los que aparecen consignados en su partida de nacimiento; Instituto de Derecho Notarial de Guatemala.

i) autorizar subastas voluntarias;

j) radicar, tramitar y resolver en definitiva procesos sucesorios testamentarios e intestados; y

k) autorizar las escrituras públicas en la constitución de patrimonio familiar, adjudicación de bienes rematados compromiso arbitral, bases del divorcio o separación por mutuo consentimiento cuando haya garantías inscribibles; enajenación o gravamen de bienes menores ausentes o incapaces, etc., etc.



De tal forma nos encontramos con que las actividades o funciones que desarrolla el notario son las siguientes:

- a. Función receptiva: La desarrolla el notario cuando al ser requerido, recibe de sus clientes en términos sencillos la información.
- b. Función directiva ó asesora: el notario puede asesorar o dirigir a sus clientes, sobre el negocio que pretenden celebrar, aconsejando sobre el particular.
- c. Función legitimadora: la realiza el notario al verificar que las partes contratantes, sean efectivamente las titulares del derecho, estando obligado a calificar la representación en los casos que se ejercite, la cual conforme a la ley y a su juicio debe ser suficiente.
- d. Función modeladora: el notario desarrolla esta actividad dando forma legal a la voluntad de las partes, encuadrándola en las normas que regulan el negocio.
- e. Función preventiva: el notario debe prever cualquier circunstancia que pueda sobrevenir en el futuro, debe evitar que resulte conflicto posterior, previniendo tales circunstancias.
- f. Función autenticadora: al estampar su firma y sello el notario le está dando autenticidad al acto o contrato, por lo tanto éstos se tendrán como ciertos o auténticos, por la fe pública de la cual está investido.

La función que el notario realiza lleva consigo fines que de conformidad con lo que preceptúa el Doctor Nery Muñoz en su libro introducción al derecho notarial citando a Luís Carral y De Teresa, se puede indicar que son tres las finalidades de la función notarial:

- a. Seguridad: para darle firmeza al documento notarial;
- b. Valor: Es te valor se refiere a un valor jurídico frente a terceros, que es la eficacia y la

fuerza que otorga la intervención del notario entre partes y frente a terceros; y,

c. Permanencia: “que se le da a los actos a través de diversos medios legales y materiales para garantizar la reproducción auténtica del acto”.<sup>17</sup> Es decir que el documento notarial perdura aún muerto las partes que en ella hayan intervenido, así mismo el notario que la aya autorizado.

## **2.4 La función notarial y su encuadramiento como actividad notarial**

Es indispensable tratar sobre la función y el encuadramiento del notario para establecer cual es en sí su función actual y que con toda certeza se dice que por ningún motivo dejaría de serla con la actualidad a la hora de faccionar instrumentos electrónicos, pues como ya se ha mencionado anteriormente la función notarial es el que hacer del notario o su actividad que realiza, ahora bien, en cuanto a su encuadramiento está bien acertada la encuadrabilidad de tres puntos los cuales los determina taxativamente el Código de Notariado, mismos que detallo a continuación:

- a. En la actividad del estado: es cuando se encuentra al notario asesor, consultor, cónsul, escribano del gobierno desempeñando cargo o empleo público nombrado por el Organismo Ejecutivo. De conformidad con los artículos: 7 del Decreto. 82-96, Artículos 10, 78, 81 numeral 1 y 6 del Código de Notariado y el Artículo 43 de La Ley Del Organismo Judicial.
- b. En el ejercicio de la profesión liberal: es el verdadero campo en el que el notario ejercita su función ya que desarrolla su actividad sirviendo a los particulares por eso se dice que es un profesional libre tal y como se desenvuelve según el

---

<sup>17</sup> Muñoz, Ob. Cit; Pág. 43.

Decreto. 54-77 Ley reguladora de la tramitación notarial de asuntos de jurisdicción voluntaria

- c. Mixto: es en el que el profesional se desempeña en un empleo para el Estado de tiempo parcial, y la otra parte del tiempo ejerciendo libremente la profesión. Tal y como lo reza el Artículo. 5 numeral 2 del Código De Notariado.

Como bien se estudió en este capítulo cada una de los principios, elementos, características, principios, fuentes, del derecho notarial así como, el notario y su encuadrabilidad, es importante para la función notarial dentro del fraccionamiento del documento electrónico como instrumento público, pues nada de esto cambiaría o dejaría de argumentarse con la implementación del cibernotario a nuestro ordenamiento notarial actual, tal y como lo pretendemos mostrar con el presente trabajo de tesis.

## CAPÍTULO III

### 3. La fe pública y el instrumento público

En el presente trabajo de tesis se habla de la función notarial dentro del faccionamiento del documento electrónico como instrumento público, no podría el notario intervenir ni siquiera en el faccionamiento de instrumentos públicos normales si no fuese dotado de la fe pública, esa emanación de poder dada por el Estado con la cual lo a dotado para ser esencial en su hacer en el sentido de dar certeza jurídica a ciertos actos, los cuales se consideran relevantes de la vida social y que en el ejercicio notarial se confiere a los notarios.

Lo esencial de la fe pública es, efectivamente, autorizar o legalizar instrumentos y documentos públicos, con la presencia del fedatario actos y acuerdos ajustados a un rito o formulismo legalmente previsto. Así como, formalizar en su labor creadora, redactándose unos documentos, los cuales por autorizarlos el fedatario que los ha redactado, adquieren el carácter de públicos y auténticos por medio de esa fe pública la cual ostenta el notario, siendo este quien crea un documento el cual reviste, generalmente, la forma que el le da de conformidad con el requerimiento hecho, ésta debe ser dotada de certeza jurídica. Puede ocurrir en este proceso secuencial de redacción, del documento público, que los términos de lo redactado por el notario sufra alguna alteración, aunque solamente referible ésta a los términos, en cuanto a cuestiones estrictamente secundarias como errores materiales o de hecho, no de fondo, el notario por medio de esa fe, de la cual está dotado puede realizar las

salvaciones respectivas por medio de los testados y entrelineados. Aunque debe resaltarse que este documento, aún antes de ser saneado por medio de la forma antes enunciada, ya hace fe si las partes comparecientes en el instrumento público ya la han aceptado y firmado, debiendo hacerse la salvedad que el notario puede realizar otros tipos de cambios de fondo por medio de una aclaración o ampliación siempre en presencia de los otorgantes todo esto por medio de la fe pública.

Existen diferentes clases de fe pública, tal es el caso que un documento redactado alcanza su formalización, con la firma realizada por el fedatario la cual adquiere su propia autonomía y posibilita que otro fedatario posterior pueda a su vez dar fe de hechos que él no ha presenciado, a través de la función de la fe pública, de certificar, la cual ha sido definida como documento bajo la fe y palabra de la persona quien la autoriza con su firma, se hace constar un hecho, acto o cualidad, a fin de poder surtir los correspondientes efectos jurídicos. Entonces se dice que es una función de la fe pública derivativa, en cuanto se acredita un hecho ya producido o el contenido de otro documento preexistente.

Aunque por supuesto los actos de certificación son auténticos actos administrativos, sometidos, por ello, a un procedimiento administrativo. Estas peculiares funciones de la fe pública permiten acreditar que la fe pública del notario, es peculiar y distinta de otras posibilidades de dación de fe pública. Conviene advertir al respecto, que algunas, actividades requiere de otro tipo de fe pública como se enuncia en el transcurrir del

presente capítulo, Parece, pues, conveniente, entrar a definir lo que en si se entiende por fe pública.

### 3.1 Definición de fe pública

Se puede decir que fe pública: “es la función específica, de carácter público, cuya misión es robustecer con una presunción de verdad los hechos o actos sometidos a su amparo”.<sup>18</sup>

“Es la presunción legal de veracidad respecto a ciertos funcionarios a quienes la ley reconoce como probos y verdaderos, facultándolos para darla a los hechos y convenciones que pasan entre los ciudadanos”.<sup>19</sup>

De conformidad con las definiciones que anteceden nos damos cuenta que hace referencia a todo tipo o clase de fe pública no esencialmente la notarial, al estudiar las referidas definiciones nace la necesidad de explicar cual es el fundamento de la fe pública, mencionando para tal efecto dos: 1. La realización normal del derecho; y, 2. la necesidad que tiene la sociedad de dotar a las relaciones jurídicas de certeza.

Esta certeza jurídica que no solo el notario la puede dar a través de la fe pública sino también otras personas dotadas de la misma investidura como ya lo e enunciado, es decir que con lo estipulado al inicio de este capítulo al indicar que existen diferentes

---

<sup>18</sup> Pérez Fernández, Del Castillo Bernardo, **Derecho notarial**, pág. 123

<sup>19</sup> Muños, **Ob. Cit**; pág. 78.

clases de fe pública, la doctrina a desarrollado, varias teorías ha efecto de dar una mejor comprensión a la fe pública por lo que a continuación se desarrollan las que son generalmente aceptadas, para el desarrollo de la fe pública.

Judicial: la que dispensan los funcionarios de justicia, especial mente los secretarios de juzgados, quienes dan fe de las resoluciones, autos y sentencias de los jueces o tribunales en los que actúan;

Administrativa: este tipo de fe pública indica el autor Enrique Giménez “es la que tiene por objeto dar notoriedad y valor de hechos auténticos a los actos realizados por el Estado o las personas de derecho público dotadas de soberanía, de autonomía o de jurisdicción”.<sup>20</sup>

Esta fe pública administrativa se ejerce a través de los documentos expedidos por las propias autoridades que ejercen la gestión administrativa en los que se consignan órdenes, comunicaciones y resoluciones de la administración. Cabe recalcar que a esta fe pública se le conoce también con el nombre de fe pública local, ésta que es emanación del poder del Estado para autenticar ciertos actos, que se consideran relevantes de la vida social y que en la administración local se confiere a los secretarios.

Registral: es la que poseen los registradores, para certificar la inscripción de un acto que consta en un registro público, el cual tiene autenticidad y fuerza probatoria desde que fue inscrito;

---

<sup>20</sup> Jiménez, Enrique, **La fe pública notarial**. Pág. 152

Legislativa: es la que posee el organismo legislativo y por medio de la cual creemos en las disposiciones emanadas del mismo, las cuales pasan a ser generalmente leyes de la república. Esta es de tipo corporativo, ya que la tiene el Congreso como órgano, y no sus representantes en lo individual; y,

Notarial: es una facultad del Estado otorgada por la ley al notario. La fe del notario es pública porque proviene del Estado y porque tiene consecuencias que repercuten en la sociedad. A ésta también se le denomina extrajudicial.

De conformidad con el presente trabajo de tesis es esta fe pública la eminentemente se debe de determinar y acoger pues se pretende dar a conocer esa fe pública de la cual está investido el notario es la misma a la cual se utilizaría con relación al faccionamiento del documento electrónico como instrumento público, toda vez que por ningún motivo se pretende cambiar la encuadrabilidad a la función notarial sino darle auge a la actualidad de nuestro vida en el ejercicio profesional notarial.

### **3.2 El instrumento público**

La definición del término etimológicamente se deriva del latín *instruere*, instruir. En sentido general, escritura documento que encuadrado en una definición diríamos entonces: documento público, autorizado por notario a instancia de parte, producido para probar hechos, solemnizar o dar forma a actos o negocios jurídicos y asegurar la eficacia de sus efectos jurídicos.



Con la definición que antecede, se encuentra con la visión a la cual el notario le da eficacia jurídica del instrumento público, ese valor formal el cual se debe de mencionar diciendo; aquel instrumento que no adolece de nulidad y falsedad, por eso se tiene como plena prueba según la legislación guatemalteca. El instrumento público tiene valor formal y valor probatorio: valor formal, cuando se refiere a su forma externa o el cumplimiento de todas las formalidades esenciales y no esenciales las cuales nuestro Código regula. Valor Probatorio del instrumento público: es en relación al negocio donde contiene internamente el instrumento. Y la impugnación por causas de nulidad, ésta que puede ser de fondo el cual se produce cuando es ineficaz porque el acto o contrato que contiene está afectado por vicio produciendo su invalidación. Esta especie de nulidad se rige por las normas referentes a la nulidad de los actos jurídicos en derecho civil; y. De forma o instrumental: Aquel que afecta al documento considerado en sí mismo, y no como continente de un acto o negocio jurídico, sin perjuicio desde luego, que la nulidad instrumental afecte indirectamente la validez del acto o negocio contenido en él.

La nulidad de forma, está sometida a tres principios fundamentales, que son: 1) principio de excepcionalidad: el cual indica que los instrumentos públicos, sólo son nulos en los casos expresamente contemplados por la ley, ya sea en forma directa o indirecta; 2) principio de finalidad: la finalidad del instrumento público prevalece sobre la mera formalidad; y. 3) principio de subsanabilidad: la subsanabilidad del instrumento puede realizarse por los medios que admite la ley. Además, a todo esto también se da la impugnación por falsedad: cualquier mutación, ocultación o desfiguración de la verdad y

de la realidad, produce nulidad de los actos jurídicos según las leyes civiles o sancionadas como delito en los códigos penales.

Existen dos tipos de falsedad tal como lo es la Falsedad material: Que consiste en la alteración del contenido de los documentos o en hacer un falso. Mismo este que se encuentra regulado en el Artículo. 321 del Código Penal, y, la Falsedad Ideológica: Se da cuando se hace constar en un documento un hecho no declarado por las partes. La falsedad ideológica es privativa de los instrumentos públicos y no se da en los documentos privados; tal y como lo regula el Artículo. 322 del Código Penal.

Como es de ver cada tema que se desarrolla tiene sus peculiares caracteres, en el instrumento público debemos comprender que nos referimos a los rasgos con que una cosa se da a conocer distinguiéndose de las demás, en consecuencia menciono los caracteres siguientes:

- a. Fecha cierta: se tiene la certeza de que la fecha de ella es rigurosamente exacta y los efectos que de esta virtud excepcional pueden producirse, son numerosos;
- b. Garantía: el instrumento autorizado por notario tiene el respaldo estatal, en nuestra legislación produce fe y hace plena prueba;
- c. Credibilidad: el instrumento por ser autorizado por quien posee fe pública es creíble para todos y contra todos;
- d. Firmeza, irrevocabilidad e inapelabilidad: mientras el instrumento no sea redarguido de nulidad es firme; al no existir un superior jerárquico al notario, no es apelable ni revocable;

e. Ejecutoriedad: virtud por la cual el instrumento público puede ser utilizado como título ejecutivo;

f. Seguridad: fundamentada en la colección de los instrumentos en el protocolo, pues el instrumento original queda en él.

h. Valor: el Instrumento Público tiene valor formal y probatorio:

- Formal: cuando se refiere al cumplimiento de las formalidades esenciales y no esenciales que la ley dispone; y,
- Probatorio: en cuanto al negocio que contiene internamente.

De los caracteres mencionados, cabe indicar que el instrumento público no sería un instrumento, sino interviniera el elemento personal en tal virtud diremos que entre los elementos personales del instrumento público tenemos los siguientes: a) sujetos: Sujeto es la persona titular de un derecho o de una obligación. b) parte: Es la persona o personas que representan un mismo derecho. c) otorgante: es quien otorga, la parte que contrata en un documento. d) compareciente: el que requiere al notario. Lo son también todos los que intervienen en el instrumento público.

### **3.3 Los auxiliares del notario**

Entre los elementos personales que intervienen en el instrumento público podemos mencionar a aquellos de quienes el notario se auxilia para la realización del instrumento público pudiendo estos que se encuentran debidamente regulados en el Código de Notariado mencionar a los siguientes:

- a) Testigos de Conocimiento o de Abono: son los que identifican al otorgante que conocen, cuando este no puede identificarse y deben ser conocidos del Notario; Artículo 29 numeral 4 del código de Notariado
- b) Testigos Instrumentales: Los que el notario puede asociar en cualquier acto o contrato, pero obligatoriamente en los Testamentos y Donaciones por Causa de Muerte; Artículo 42 numeral 2 y Artículo 44 del Código de Notariado, y
- c) Testigos Rogados o de Asistencia: Que son los que firma por un otorgante que no sabe o no puede firmar. Artículo 29 numeral 12 del Código de Notariado,

### **3.4 Las clases de instrumentos públicos**

Como ya se analizó lo referente al instrumento público y una vez determinado lo entendido como tal, asumiendo que el instrumento público es todo documento notarial o solamente las escrituras matrices, cabe entonces la interrogante y de ahí el poder plantear las clases de instrumentos públicos existentes, estas desarrolladas a lo largo del estudio notarial en cuanto al instrumento público se refiere con diferentes tratadistas del derecho Notarial han enunciado las siguientes:

- a) Principales o dentro del protocolo: como condición esencial de validez; en Guatemala la Escritura Pública, el acta de protocolización y las razones de legalización;
- b) Secundarias o fuera del Protocolo: actas notariales, actas de legalización de firmas y actas de copias de documentos. Los asuntos de jurisdicción voluntaria en sede notarial y resoluciones notariales.

### **3.5 Fines del instrumento público**

Según lo estudiado e investigado por diversos tratadistas coinciden en que, son cuatro principalmente los fines del instrumento público y en una forma resumida se mencionan las siguientes:

- a) Perpetuar los hechos y las manifestaciones de voluntad;
- b) Servir de prueba en juicio y fuera de el;
- c) Ser prueba preconstituida; y,
- d) Dar forma legal y eficacia al negocio jurídico.

Con lo enunciado en el presente capítulo hemos visto que efectivamente es tan necesaria la fe pública como el instrumento público y cada uno de sus elementos y características, para que se de la intervención del notario, ahora bien nuestra intención con el presente trabajo es pretender dar a conocer que la fe pública seguirá siendo esa misma emanada del estado hacia el notario, en cuanto a el instrumento público en los cuales interviene el notario trataremos de demostrar que no necesariamente debe de tenerse un papel ya sea este especial de protocolo o papel simple, para el faccionamiento de un instrumento publico toda ves que en la actualidad existe el mundo virtual, donde el notario tendría que intervenir tal es el caso de los contratos virtuales, mismo este que se desarrollara en el siguiente capítulo en el cual veremos la forma en la que sustentamos nuestra teoría.

## **CAPÍTULO IV**

### **4. La función notarial y los documentos electrónicos**

Con el transcurrir de los capítulos que los anteceden se ha podido observar; a que se refiere el derecho notarial, como surge, quien es el notario, cual es su función, donde emplea esa función, por medio de que le da certeza jurídica a su actuar y sobre todo la forma del funcionamiento del documento público, todo esto a lo largo de décadas se ha venido dando sin alterar el funcionamiento del diario vivir notarial, sin embargo a nuestra vida actual se le ha implementado el mundo cibernético, con una tecnología avanzada en el que con el simple hecho de tener una computadora conectada a la Internet podemos ver ofertas y demandas de diferentes tipos de negocios a nivel mundial; de estas ofertas si quisiéramos obtener alguna, basta con teclear los números enmarcados en una tarjeta de crédito o debito y se adquiere, perdiendo en este proceso la intervención del notario quien debería de fraccionar y darle certeza jurídica a ese contrato, de ahí de la necesidad de enrolar la función notarial dentro del funcionamiento del documento electrónico como instrumento público, tal y como se pretende demostrar en el presente capítulo.

#### **4.1 El documento electrónico como documento público**

Se logra evidenciar que la formulación de un sistema normativo integral relativo al instrumento público notarial electrónico, debe tener en consideración diversas técnicas que resultan imprescindibles en su construcción. Tales son desde luego, la informática

jurídica, destinada a poner al servicio del derecho los medios propios de procesar información, incluidas las bases de datos correspondientes, el derecho informático cuya finalidad es resolver normativamente resolver los problemas planteados por la técnica informática, y así incluirá aspectos como la protección del software, legislación sobre contratación informática, normas sobre derechos de autor y otros. Dentro de la primera, esto es de la informática jurídica es preciso incluir la informática jurídica documental, técnica aplicada destinada a poner al servicio del derecho al documento electrónico, el cual una vez regulado jurídicamente, se transforma en un documento útil para el mundo jurídico.

En este sentido, se debe considerar las múltiples variables que a la informática jurídica documental importa en relación con los aspectos normativos que afectarán al instrumento; ellas son de dos tipos:

1. las primeras o sustantivas: uso de soporte al papel, sistemas de cifrado electrónico destinados a otorgar seguridad jurídica, aspectos probatorios, efectos que produce el instrumento electrónico, responsabilidades que genera, aspectos de derecho internacional privado y de derecho autorales documentales;

2. las secundarias: que están frente a las primeras, y no menos importantes, denominadas también de forma, relativas a las formalidades a cumplir y a la manera de poner en práctica las diferentes solemnidades a que estén sujetos los diversos actos y contratos, tales como: las de fe de conocimiento, la unidad de acto, la conservación documental, la dación de copias, y en general, todas aquellas propias de la observancia de las formas a que quedan sujetos los actos otorgados por notario público.

De lo anterior descrito creo que es necesario entonces tener presente que la formulación de un sistema normativo relativo al instrumento electrónico, si bien debe comprender las variables enunciadas, por otra parte debe tener un valor intrínseco que le vendrá dado por la eficacia de que lo dotará el derecho en cuanto a seguridad y garantía, factores ambos que se le serán otorgados, tal como ocurre con el instrumento público per cartam, por la intervención del notario en cuanto éste lo guarnecerá de fe pública y autenticidad.

Es en este sentido que propugno la intervención del notario en el instrumento público electrónico, al igual como ocurre con el instrumento público per cartam actual; su existencia e intervención se justificará desde un doble punto de vista: a) desde el derecho, el notario lo dotará de pública, necesaria para la tranquilidad de las relaciones jurídicas contractuales, y b) desde la informática, contribuirá con su presencia y en calidad de autoridad certificadora, a permitir que técnicamente, tenga lugar ante él, la fase asimétrica de cifrado y desciframiento, así como, la posición de la firma digital, fases de la cuales deberá dar fe.

La fase asimétrica de cifrado implica la existencia de dos claves o llaves a ser utilizadas, la primera llamada llave pública conocida y accesible por toda persona y una segunda, la llave privada, que se encuentra en conocimiento solamente de su tenedor.

Al momento de su envío, el documento es cifrado o encriptado con la primera, y luego, a su recepción es descifrado por medio de la segunda, la cual sólo es conocida por el destinatario, desde que la hizo confeccionar técnicamente por el tercero proveedor de servicios (T.S.P). Será el destinatario el único, a través de su llave privada, quien



podrá descifrar el documento. Se trata de un sistema algorítmico, éste es de secuencias ordenadas destinadas a la obtención de un resultado y alfanumérico, creado a través de una cadena de caracteres aritméticos que confirman un código binario.

Por su parte, la firma digital consiste y así la define, entre otras, la firma electrónica de 1996, del Estado de La Florida, Estados Unidos de Norteamérica. “en aquellas que trasforma un mensaje usando un criptosistema asimétrico, como aquel en que una persona teniendo el mensaje inicial y la llave pública del firmante, puede con seguridad terminar: a) que la transformación fue creada usando la llave privada que se corresponde con la llave pública del firmante, y b) que el mensaje inicial no ha sido alterado desde que la transformación que fue hecha”.<sup>21</sup>

En relación con la firma digital, el sistema de cifrado opera de manera inversa al envío de mensaje; en éste el originador codifica con su llave pública y el destinatario descifra con su llave privada. En el caso de la firma, se aplica el encriptamiento con función hash, con el cual el resumen del texto o certificado, que es el que constituye propiamente la firma electrónica, la cual verdaderamente no consiste en una firma propiamente tal, en el sentido clásico del término: nombre y apellidos o título de una persona, que ésta pone, con rúbrica o sin ella, al pie de una carta o documento escrito de mano propia o ajena queda representado numéricamente generando un código que será encriptado inversamente, esto es, con la llave privada del originador, y que será descifrado con la llave pública del destinatario.

---

<sup>21</sup> Díaz Fraile, Juan Maria, **regulación de la firma electrónica**. Pág.164.

Conceptualmente el documento es analizado desde una óptica estructural y desde un punto de vista funcional.

a) Estructuralmente: ésto es en atención a su esencia misma, se trata de una materialidad que puede adoptar diversas formas y constituido por un corpus o representación material y que en la práctica actual está representada por el papel, aún cuando históricamente es posible encontrar otros elementos, como el metal, tablillas de arcilla, papyrus, vitelas y pergaminos etc, y una grafía o elemento intelectual conformado por el medio de expresión del autor que queda incorporada al documento, siendo la relación entre ambos, como en su oportunidad, en la década de 1940, tan acertadamente lo expresara el maestro Carnelutti, un equivalente al espejo sobre el cual se refleja el pensamiento del autor y que es devuelto no a éste, sino a los restantes en el mundo exterior. Se constituye así la grafía en un aspecto dinámico que le otorga razón de ser al documento; en él se introduce el proceso volitivo e intelectual de su hechor y que constituye a la causa última, la ratio de la confección instrumental. Si ella falta, no hay docuit, enseñanza, y por ello, verbi gratia, los anónimos, los autógrafos, no son propiamente documentos, con significado jurídico.

Este proceso descrito, constituye propiamente la expresividad explicativa del autor, la que debe ser objetiva – el pensamiento autoral debe quedar claramente establecido en el docus, debe tener una supervivencia independiente al sujeto que lo creó con significación jurídica, debe tener paternidad reconocida, y debe contener los elementos formales necesarios: formas escritas, lenguaje determinado, medios de fijación, entre otros.

b) Funcionalmente, el documento es una cosa que sirve para representar a otra, concepto que en lo estrictamente jurídico, queda enmarcado por la necesidad de expresión a través de la escritura pero además es preciso que esté dirigido a un objetivo probatorio, pudiéndose a través de él, demostrar la cosa representada.

En sí mismo, el documento nada nos dice; es diferente y solamente tiene un ser que en el sentido clásico o per cartam puede ser clasificado como corporal. Se debe de tener presente desde ya que en la actualidad su materialidad tiene a separarse de éste, permitiendo así la existencia del documento electrónico, cuyo ser se manifiesta a través de un sistema de conformación electrónica presente en un hardware adecuado y que se expresa a través de un lenguaje binario, conformando por bits o unidades mínimas de información, manteniéndose intocado el documento en su realidad intelectual.

Desde una segunda perspectiva, los documentos pueden ser históricos o jurídicos, según se atiende al valor agregado que contienen: serán simplemente históricos, en aquellos casos en que cumplan con una finalidad representativa, como puede ser el caso de un diploma que deje constancia de un hecho; pero si a dicha finalidad representativa se le agrega un valor de eficacia, éste se transformará en jurídico, en cuanto supondrá una capacidad probatoria; será el caso del diploma que deja constancia, ya que no de un simple hecho, sino de aquel que tiene connotación jurídica: el de quien obtiene un título profesional; éste, en efecto, amerita y prueba que tal persona es un profesional en la materia que el diploma indica.

En este segundo caso, el documento implicará una evidencia, esto es, que entre éste y su autor hay una intermediación o adecuación entre actum y dictum, entre el acto que ha tenido lugar en un momento dado y la narración hecha en el documento, en el decir de Rafael Nuñez Lagos.

Es por dicho, que se acostumbra distinguir entre documentos e instrumento, en cuanto el primero no necesariamente deberá pertenecer a la esfera del Derecho, en tanto que el segundo sí es plenamente jurídico, ya que posee eficacia. De este último, agreguemos finalmente que si además de eficacia, es indubitado esto es, no sujeto a dudas en relación con su contenido, y con plena correspondencia entre actum y dictum, será además instrumento público.

En cuanto a los elementos del instrumento, estos son pensamiento, contenido y autor; de ellos, el primero, el pensamiento, implica el querer del autor en cuanto a lo que ha pretendido plasmar en el documento, ya que éste no expresa el hecho acontecido en el mundo externo, sino la manifestación intelectual de su autor; por ello, no son instrumentos aquellos que se limitan a narrar subjetividades, como sentimientos, emociones, escritos literarios, partituras musicales, etc.; en lo relativo al autor, éste siempre deberá estar subyacente, y su destinatario debe estar permanentemente en posición de reconocerlo, ya sea a través de la firma, a través de su confección material o bien mediante su imputación.

La primera, teoría de la firma, postula que autor del mismo es quien lo firma; se la rechaza en virtud de que el Código Civil español, no la exige Artículo 1229 del Código

Civil español y 1704 del Código Civil chileno; y tampoco su falta es suficiente para rechazarlo como medio de prueba.

Se acepta hoy la llamada teoría del autor del pensamiento, por la que es autor del instrumento el autor de la declaración que mediante éste se hace, tal y como lo confiesan algunos autores estudiosos de la materia.

En relación al contenido del documento, éste consiste en el hecho jurídico relatado o testimoniado en él. Tal hecho se expresa a través de formas que consisten en un verdadero contorno o perfil, a través del cual el hecho se hace perceptible en el mundo jurídico. El maestro Couture las define diciendo que todo elemento sensible que envuelve exteriormente un fenómeno jurídico, y ellas son clasificables en formas de ser y formas de valer.

Las formas de ser, son constitutivas, *ad substantiam*; las de valer, *ad solemnitatem*, en cuanto atienden a la clasificación de eficacia instrumental; pero pueden además ser *ad probationem*, en aquellos casos en que se desea hacer valer el hecho a través del tiempo, pasando desde un acontecer pretérito hasta el futuro; se hablará entonces, de prueba preconstituída. Ahora bien, el contenido documental debe por esencia ser fidedigno al hecho ocurrido. Debe existir por ende, una correspondencia exacta entre el *actum* – hecho ocurrido – y su narración – *dictum* – la cual deberá en lo posible, ser coetánea a la ocurrencia fáctica. Es esta correlación la que le otorga eficacia plena al documento.

Existen tres grados de eficacia en el instrumento: a) las de verdad impuesta, conformadas por los hechos percibidos directamente por el notario, o dado el caso, por un tribunal constituido al efecto; de allí, la existencia del Artículo 1218 del C.C. Español, el cual establece que los documentos públicos hacen prueba del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste, que en estricto rigor contiene dos verdades impuestas: el hecho que motiva el otorgamiento, y la fecha. b) las de verdad supuesta, o presunciones iuris tantum, consistentes en hechos afirmados al Oficial público y corroborados materialmente por éste, pero respecto de los cuales, no afirmar su veracidad o falsedad: por ejemplo, la identidad, capacidad y aptitud de las partes; y c) las de verdad puesta, o declaraciones de verdad de las partes, y que generalmente constituyen un principio de prueba por escrito.

Por documento electrónico se entiende legalmente el documento redactado en soporte electrónico que incorpora datos que están firmados electrónicamente.

Aunque el texto original de la Ley de Enjuiciamiento Civil español del año 2000 no contiene la expresión; documento electrónico, éste se relaciona con una clase de medio de prueba admitido por primera vez expresamente en el Artículo 299.2 del texto procesal civil, los denominados: instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir palabras, datos, cifras, y operaciones matemáticas. Los documentos electrónicos son un tipo de documento generado con medios electrónicos que precisa de un soporte material e instrumentos técnicos y programas para producir efectos jurídicos.

La legislación especializada en comercio electrónico y firma electrónica ha dispuesto, sin producir ninguna mutación colectiva o cuantitativa en el texto procesal civil, la admisión del soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente como prueba documental en juicio, equiparando a efectos procesales el documento escrito es soporte papel y el documento electrónico. El texto de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha sufrido por otra parte el asalto de la Ley 53/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, que ha añadido un nuevo apartado al Artículo 326 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en el que se remite a dicha ley cuando la parte a quien interese la eficacia de un documento electrónico lo pida o de impugne su autenticidad.

En virtud de esta mutación cuantitativa del texto procesal, se introduce en la expresión documento electrónico, perturbadora del concepto clásico de documento, de tipo latino, que todavía se halla en la ley procesal civil. Por otro lado, del Artículo 812.1.1 se deduce un concepto amplio de documento que abarca a los electrónicos. Se abre una brecha en el texto procesal que puede desembocar en el alumbramiento de un nuevo concepto procesal civil de documento. El legislador procesal no modificó el concepto clásico de documento tal y como propuso el Consejo General del Poder Judicial y parece difícil que se produzca por el momento ningún cambio en el Artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aunque también sea fuerte la presión de la jurisprudencia, la doctrina y otros textos legales que desde hace tiempo sostienen y aplican un concepto amplio de documento.

El concepto de documento ha evolucionado jurídica y doctrinalmente en las tres últimas décadas. El centro de gravedad de la connotación conceptual se ha desplazado desde el soporte en papel o similar y los signos gráficos escritos hasta su naturaleza representativa y la relevancia jurídica en el proceso de lo representado por cualquier medio. La legislación procesal civil ha evolucionado menos y es más rígida en materia de prueba que la penal. El Código Penal de 1995 introdujo un concepto amplio de documento y adquirió cierta independencia en materia de prueba respecto del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ha sido importante el esfuerzo de la jurisprudencia para introducir en el proceso nuevos medios probatorios. El documento electrónico entró en el proceso civil por la vía de la prueba documental y del reconocimiento judicial. En el texto de la Ley de Enjuiciamiento Civil se integra en uno de los medios de prueba del Artículo 299.2, el de los instrumentos que permiten archivar, conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas, cuyo régimen procesal goza de algunas especialidades.

El documento electrónico se encuentra, en apariencia, sometido a dos regímenes procesales diferentes, el de la prueba documental y el de los instrumentos. Como instrumento, goza en la Ley de Enjuiciamiento Civil de un régimen autónomo, aunque también le sea aplicables las reglas procesales generales. Por haberlo dispuesto la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firmas electrónicas, ésta es sometido al régimen procesal de la prueba documental de la ley procesal civil. Incluso cabría pensarse en un régimen mixto, que integraría normas y reglas de ambos regímenes.



Es evidente que las partes procesales pretenderán que el documento firmado digitalmente entre el proceso civil por la vía de la prueba documental para que sea objeto de una valoración tasada. Por otra parte, en tanto que oposición, requieren de una de las pruebas, sometiendo el documento digital al análisis parcial o al reconocimiento judicial para conocer si merece ser tratado como documento electrónico por encontrarse en él la firma digital.

Además se considera necesario abordar el tema a que se refiere el término documento, ya que sea entendido tradicionalmente por documento un objeto físico de naturaleza mueble que incorpora una información. El análisis etimológico de la palabra, del latín *docere mentem*, da *docere*, nos conduce a la cualidad más importante, la representativa, la de mostrar algo. Partiendo de la etimología de la palabra, podría definirse el documento: como una cosa que da a conocer algo. La definición general de documento como cosa capaz de representar un hecho o declaración de voluntad no se aleja mucho de la literal.

1. En el concepto general de documento pueden distinguirse dos elementos: el material o continente, que puede de cualquier tipo, aunque los haya más adecuados que otros.
2. el contenido, que representa y se refiere a algo, como un pensamiento, la voluntad o un objeto real.

Lo revelante no es tanto el soporte como el contenido representativo de los signos que soporta. Aunque el soporte físico predominante de la información ha sido durante

muchos siglos el papel, en el pasado se utilizaron otros más rudimentarios (tablillas de arcilla, piedra o madera, pergaminos de cuero, etc.) y en la actualidad se están imponiendo nuevos soportes materiales (fotográficos, magnéticos, ópticos, etc.). Uno de los problemas es que la información contenida en los documentos soportados por materiales tecnológicos actuales no es perceptible directamente.

La información contenida en los documentos electrónicos, así como la contenida en soportes relacionados con las nuevas tecnologías, no es perceptible o captable directamente por los sentidos humanos, requiriéndose para ello de instrumentos o medios tecnológicos. En cambio, la información contenida en los soportes clásicos (papel, piedra, madera, etc.) es captable directamente por los sentidos. Hay documentos que son directos, como la fotografía, la cinematografía y la grabación de sonidos, en los que se produce mecánicamente el hecho o la cosa, que no necesitan para su creación la mediación de la mente humana, aunque no siempre pueda excluirse la participación de ésta. Hay otros documentos que son indirectos, que implican siempre una elaboración por la mente humana. Esta distinción es importante en relación con la amplitud de la eficacia probatoria, más limitada en el caso de los indirectos.

#### **4.1.1 Concepto jurídico legal**

En la legislación del siglo XIX, por la influencia del Código de Napoleón, se identificó el documento con instrumento y escrito. También es verdad que los escritos eran los documentos predominantes en ese momento histórico. Aunque se admitieran jurídicamente como pruebas otros soportes mientras fueran muebles, la noción de

documento ha estado muy unida a la escritura en soporte material de papel, por otra parte, también el más utilizado. Frente al estrecho concepto legal procesal civil de documento, hoy revisable a la luz de la legislación sobre comercio electrónico y firma digital en relación con la Ley Civil, se encuentran en algunos texto legales un concepto de documento, más adecuado con los tiempos presentes. Caso contrario en el actual código de notariado guatemalteco en el que no se menciona la palabra o término documento, entendiéndose como tal al instrumento público, y únicamente menciona documento al referirse a la protocolacion de documentos.

De conformidad con nuestra legislación procesal civil, las pruebas pueden hacerse: por documentos, por confesión, por reconocimiento judicial, por peritos, por testigos y por presunciones; no se hace uso del término instrumento. Se emplea el término documento, utilizado también por el actual texto de la Ley Civil en varios sentidos, que según una exposición de motivos: en los momentos iniciales del proceso, además de acompañar a la demanda o personación los documentos que acrediten ciertos presupuestos procesales, es de gran importancia, para información de la parte contraria, la presentación de documentos sobre el fondo del asunto, a los que la regulación de esta Ley añade prueba documental. Mientras que si se observa la ley penal de España se establece que El Código penal de 1995, en el Artículo 2612, en la parte de Disposiciones Generales, recoge de forma expresa un concepto general de documento que incluye al documento electrónico, entendiéndose por aquél; todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica.

Este concepto legal penal de documento se extiende a las falsedades documentales, a la custodia infiel Artículo 413 a 416, 583, a su registro indebido Artículo 534, a su destrucción Artículo 264. 2, 413, 414, 465, 603, a su sustracción Artículos 250. 1.4°, 278, 413 y a su indebida publicación Artículo 589. El correo electrónico es considerado documento en el Artículo 197.1: En Guatemala el derecho actual carece de tal concepto y esa carencia ha sido criticada doctrinalmente de modo unánime. Además, en la actualidad esa ausencia se ha tornado más grave, pues las nuevas tecnologías han producido un amplio aspecto de objetos capaces de recoger y guardar textos, números o imágenes y sonidos, lo cual plantea su posible carácter de documentos, frente a una legislación que, contrario a la vigente española, la nuestra no contempla, aún sin decirlo, otro documento que no fuera papel.

#### **4.2 La nueva concepción del documento público**

En lo relativo al documento informático, es preciso examinar el documento electrónico, como nueva concepción, documental, su naturaleza jurídica, los caracteres particulares del mismo, los elementos del documento informático, su particular lenguaje, los sistemas de seguridad que lo protegen y el scriptor del mismo.

En lo que se relaciona con esta nueva concepción documental, quiero señalar que ésta encuentra su lugar dentro de la llamada Cultura del Espacio Cibernético. “Consistente en una realidad virtual a través de la cual los seres humanos están en condiciones de

controlar a través de la computación otros espacios y tiempos diferentes a los reales, y en los que asimismo pueden sentir como si aquel fuese un mundo verdadero”.<sup>22</sup>

A partir de ella, en el plano del derecho ha sido elaborado un concepto más preciso consistente en una transformación del medio jurídico, posible a través de una cultura electrónica evolucionada en la cual la información resulta el aspecto básico y fundamental. Ethan Katsch, en su obra, *Law in a digital world* (La ley en el mundo digital), plantea al respecto los grandes cambios que, como consecuencia del comercio electrónico advienen en el mundo del derecho:

1) En relación con la distribución de la información jurídica: la comunicación a distancia permite la puesta en conocimiento tanto a través del espacio como del tiempo, de una manera prácticamente instantánea, sin que, se afecte la seguridad y eficacia; en países como los Estados Unidos de Norteamérica, Canadá y otros, los sistemas de infraestructura informativa permite una distribución del conocimiento jurídico de una manera expedita, instantánea y socialmente mucho más eficaz que el procedimiento clásico, según el cual el pleno conocimiento de la ley solo se otorga a través de la presunción de suponer la ley plenamente conocida de todos, la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento; en el plano documental, por su parte, la distribución informativa genera el área del comercio electrónico, que permite la conclusión, genera el área del comercio electrónico, que permite la conclusión de contratos, mediante el intercambio de propuestas y aceptaciones a distintas, vía medios informáticos. Esta

---

<sup>22</sup> Gibson, William, **Cultura del espacio cibernético**, Pág.89

práctica, trae a su vez, grandes cambios en la estructura de los contratos tanto en su fondo como en su forma.

2) En relación con los métodos de trabajo con la información: se producen variaciones importantes en la manera de utilización de los medios informativos – jurídicos, encontrándose el derecho a disposición de los interesados, simplemente ya no en libros o monografías, o códigos, sino simplemente almacenados en un soporte computarizado y expresado a través de un código binario, ocupando un mínimo espacio disponible. Así, es frecuente observar la existencia de programas comprensivos de códigos, complementados con concordancias, comentarios doctrinarios y su correspondiente jurisprudencia artículo por artículo, obra vasta que, hasta hace un tiempo implicaba ediciones de múltiples tomos y que hoy, simplemente puede ser mantenida en una sola memoria USB, disco de datos entre otros.

3) En cuanto a la estructura jurídica de los contratos: el contrato electrónico es interactivo y dinámico, lo que implica que, por una parte, produce y crea información y por otra parte, la incorpora, sea implicando disposiciones nuevas al texto contractual, o bien impidiendo la aplicación de normas derogadas e incluso aplicando directamente desde un Oficio Registral u otra entidad pública, por ejemplo, los límites precisos y deslindes de una propiedad o efectuando las correspondientes inscripciones que requiere un contrato para producir efectos, situaciones todas de carácter interactivo; frente a ellas es posible, además, en contratos de tracto sucesivo, como el arrendamiento, logra su cumplimiento permanente a través de todo su periodo de vigencia: reajustes automáticos de la cláusula de la renta, cálculo de intereses por mora, etc. Hay, por ende, una nueva forma

de contratación que altera, obviamente, las formas y su estructura misma, problemas que hasta el presente, debían ser resueltos a posteriori y que generalmente alteraban los efectos del acto; en el contrato electrónico en cambio, tales variaciones modifican la esencia misma del acuerdo de voluntades, ya que los efectos del mismo están incorporados al acto. Pero además de ser interactivos y dinámico el documento electrónico es también de actuación a distancia, con lo cual se produce un cambio en lo relativo a la información del consentimiento. Gráficamente es posible crear un escenario en el cual cada parte en el contrato, sus respectivos asesores técnicos, sus abogados, el correspondiente notario, se encuentren todos presentes en diferentes lugares del mundo, en salas de video conferencias y conectadas a un sistema EDI, produciéndose así una reunión interactiva y dinámica, en la cual tendrá lugar la negociación correspondiente, las discusiones en torno al contrato, las consultas legales al profesional respectivo, la legislación aplicable, pudiéndose al instante revisar los bancos de datos jurídicos, la doctrina y la jurisprudencia relativa. Se podrá luego, de común acuerdo y en un ambiente interactivo proceder a la recaudación del acuerdo, se le dará lectura final al mismo, procediéndose luego, con la intervención de un notario de cada lugar donde están sitas las partes, a la firma electrónica del mismo, a través del sistema de llave pública, y procediéndose luego a dar fe del acto por cada notario cibernético para su valor final.

4) En lo relativo a los medios de expresión y comunicación: la revolución cibernética implica grandes cambios en la mentalidad humana, mucho mayores que los producidos con la revoluciones anteriores: invención de la imprenta o de la máquina de escribir; se producen hoy, cambios estructurales, no en cuanto a la forma de la letra, sino que

cambia el alfabeto, cambian los sistemas escriturales que, de estáticos se transforman en dinámicos, autocreativos, y prescinden del elemento papel, para ocupar el corpus electrónico y el alfabeto binario. Todo ello se ha hecho posible debido a las llamadas rutas de la información que permiten la transformación de las comunicaciones digitales en análogas o viceversa, la aplicación de los sistemas EDI y la contratación telemática. Estas inforutas son, o redes abiertas, como Internet y las extranet, o redes cerradas o internas, o Internet, que permiten acceso sólo a quienes forman parte de una empresa u organización determinada, impidiendo el ingreso de extraños.

Finalmente, en cuanto a las formas de organizar la información debe tenerse presente que puede ser guardada o almacenada debidamente clasificada en memorias USB (por siglas en ingles misma que deben entenderse como disco de almacenamiento masivo), discos duros, cintas magnéticas, videos, scanner, y discos ópticos, permitiendo su análisis, a través de cualquier sistema de Terminal, computador, impresora, aparatos de video, de televisión y su manejo y uso puede ser realizado dinámicamente, con preguntas y repuestas en un sistema de thesaurus o clasificación asociativa o combinatoria. Finalmente, su traslado, es simple, por ser un medio de archivo poco voluminoso. Todo ello lleva a la prescindencia del papel, que requiere de grandes y gruesas ediciones, de archivo en grandes bibliotecas y que para su consulta es preciso aplicar un sistema lineal, de principio a fin.



### 4.3 Documento electrónico y documento informático

Definitivamente es de trascendencia en el presente tema en nuestro trabajo de tesis que se presenta toda vez que como bien hemos visto y por años se ha sabido el documento se facciona en papel independientemente de la calidad de éste, sin embargo se vera como este documento puede ser electrónico y/o informático, para tal efecto se considera necesario referirse al concepto doctrinal y jurídico del documento electrónico e informático.

Concepto doctrinal: Las expresiones; documento informático, documento electrónico y documento digital han sido a menudo empleadas indistintamente para referirse a aquellos documentos en cuya creación ha intervenido la tecnología electrónica o telemática. Se han ensayado numerosas definiciones de documento informático o electrónico. La Ley-modelo de comercio electrónico de la Uncitral, de 1966, incluía un concepto demasiado amplio de documento electrónico, al abarcar no sólo a los materializados en documentos informáticos sino los telemáticos, y en concreto los e-mail, telex, fax y telegramas. Existen definiciones que se acercan a la definición legal española que se encuentra en al Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica. Así, el Diccionario Instructivo de Ciencias Sociales lo define como: “el instrumento particular legible y disponible, generado por medios electrónicos, que facilitan un método para identificarlo, y aseguran razonablemente la autoría e inalterabilidad del instrumento”.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> Osorio, Manuel, **Diccionario instructivo de ciencias sociales**, Pág. 287

El documento electrónico ha sido definido, de una manera similar, como el instrumento particular legible y disponible, generado por medios electrónicos, que facilitan un método para identificarlo, y aseguran razonablemente la autoría e inalterabilidad de instrumento.

En el Diccionario Instructivo de Ciencias Sociales, voz documento electrónico. Las declaraciones de voluntad con efectos de creación, modificación o extinción de derechos y obligaciones, por medio de la electrónica, informática, y telemática constituyen el denominado; Documento Electrónico, cuya equiparación legal con el documento analógico se admite pacíficamente, dentro de la categoría de los documentos en sentido jurídico.

Según el tratadista Carlos Barriuso, indica que en sentido amplio, por documento electrónico se entiende “aquel documento formado por el computador, o aquel documento formado por medio del computador”.<sup>24</sup> En el primer caso, el elaborador, conforme a una serie de datos y parámetros, y según un adecuado programa, decide en un supuesto concreto el contenido de la regulación de intereses, objeto de un determinado contrato. Y, en el segundo no es otra cosa más que una simple carpeta donde se crean archivos para la realización de un determinado contrato.

De esta forma, se encuentra ante un contrato concluido mediante ordenador o entre ordenadores. Si bien, esto actualmente puede ser difícil de encontrar en la contratación a pequeña escala, ésta es la tendencia lógica hacia la que nos movemos. El ordenador, en este caso, y cada vez de una forma más en sentido estricto, los documentos electrónicos

---

<sup>24</sup> Carlos Barriuso Ruiz, **La contratación electrónica**, Pág., 120

forman una clase aparte dentro de los documentos electrónicos, la de aquellos que documentan unas declaraciones de voluntad previamente manifestadas. Se encuentra relacionado y a veces identificado con los llamados documentos multimedia, pues incluyen sonidos, escritura, imágenes e imagen sonido.

Dentro de la doctrina, se ha dado al concepto de: documento multimedia, un sentido más global que el otorgado al concepto de: Documento electrónico. Así lo manifiesta Carlos Barriuso Ruiz, e indica que se ha definido el documento multimedia como: Aquel que se genera a través de la voz o de la imagen y sus combinaciones, incluyendo la escritura, quedando registrado, almacenado y disponible mediante un proceso tecnológico con el fin de constatar la realidad jurídica existente. Una de las diferencias más importantes entre estos dos tipos generales de documentos es que en los electrónicos la forma de representación es la escritura y en los otros sonidos, la imagen, la combinación entre ambos o la escritura.

El documento electrónico ha de ser distinguido del simple documento generado electrónicamente, es decir, que aquel documento elaborado electrónicamente mediante una máquina y un programa con el fin de exteriorizarlo en papel por medio de una impresora.

Concepto jurídico: Por documento informático cabe entender la representación informática de un dato, hecho o acto jurídicamente revelante. Desde el punto de vista jurídico, diríamos que es cualquier representación en forma electrónica de hecho jurídicamente revelante que pueden ser comprendidos por el hombre.

En tanto que documento, es un objeto físico que refleja hechos de trascendencia jurídica, pronunciada, no se limita a documentar una voluntad, sino que determina el contenido de dicha voluntad. Pero no debemos olvidar que es una máquina, y que responde a previas instrucciones, teniendo en cuenta que estas instrucciones pueden ser más o menos concretas. Diferente en el caso en el que el ordenador o computador, no forma dicha voluntad ante ciertos estímulos, sino que se limite a documentar unas declaraciones de voluntad previamente manifestadas.

Esta documentación se refleja de formas diversas, pudiendo así el documento, ser memorizado en forma digital y almacenado en la memoria del elaborador. “Estos son los documentos electrónicos en sentido estricto, que se caracterizan por el hecho de no poder ser leídos, el hombre sin la utilización de las adecuadas máquinas que hagan perceptibles y comprensibles las señales digitales de que están formados”.<sup>25</sup>

Aunque un soporte no sea papel, el documento es electrónico si se encuentra representado en datos electromagnéticos o informáticos y soportados en un contenido físico de esa naturaleza (disco duro, memoria USB, disquete, tarjetas de almacenamiento, DVD, etc.).

En Guatemala, un concepto legal de documento electrónico literalmente no existe sin embargo existen países donde ya se habla de algunos textos legales, tal es el caso de la legislación española donde se ha intentado deducir un concepto a partir de los

---

<sup>25</sup> Moreno Navarrete, Miguel Angel, **Derecho-e derecho del comercio**, Pág. 138

Artículos 299.2 y 812.1.1° de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El Artículo 299, dedicado a los medios de pruebas admitido para ser usados en juicio, en su apartado 2° no utiliza la expresión documento electrónico, sino una más amplia, la de; instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas. El Artículo 812, sobre casos en los que procede el proceso monitorio, en su apartado 1.1°, emplea el término documento en un sentido amplio. Admite cualquier forma o clase y soporte físico y señal (firma). Los documentos con señal o firma electrónica son los documentos Electrónicos. El Grupo Parlamentario Catalán (CIU), en una de las enmiendas al Proyecto de Código Penal de 1994, con el que pretendía adicionar nuevo Artículo (el 376 bis) al capítulo de las falsedades, se contenía una definición de documento electrónico como: aquel constituido por cualquier soporte electromagnético, óptico o de otra naturaleza, que incorpore datos originales por un proceso informático. Del Artículo 3.5 de la Ley 59/2003, de 19 de Diciembre, de firma electrónica se sigue un concepto legal documento electrónico como aquel tipo de documento redactado en soporte electrónico que incorpore datos que estén firmados electrónicamente. Se trata de un concepto válido a efectos procesal civil que, evidentemente, sólo se extiende a una pequeña parte de los documentos informáticos o digitales. Solo los documentos electrónicos entendidos de esa forma son admisibles como prueba documental en juicio (Artículo 3.8).

En el concepto legal de documento electrónico pueden distinguirse tres elementos:

1. el soporte, que tiene que ser de tipo electrónico, aunque parte de la doctrina preferida en vez de este término la utilización de las palabras; informático o digital;

2. los datos o información contenida en el soporte, que participa de la naturaleza de los escritos. Sobre este aspecto de los documentos electrónicos hay discrepancias doctrinales;

3. la firma electrónica de los datos. Este último elemento permite identificar al autor del documento y conocer su autenticidad.

En directa relación con estos grandes cambios enunciados surge la contratación electrónica que, como he señalado, resulta estructuralmente diferente a la contratación clásica, propia que debería de adoptar los Códigos Civil o de Comercio, para que el notario guatemalteco intervenga en ella; efectivamente, el contrato electrónico produce importantes cambios debido a la realidad virtual en que se desarrolla sea en torno a las formas documentales como en cuanto a su contenido mismo, y en relación con sus elementos esenciales, naturales o accidentales.

Se alteran así la formación del consentimiento, en cuanto a las etapas de oferta y aceptación, además del momento y lugar de su formación;

Desaparece la unidad de acto, unidad tempore espacial de la expresión del consentimiento contractual, tanto material; que implica simultaneidad en la exteriorización de las voluntades, como formal, o simultaneidad entre las voluntades de las partes y aquellas del oficial público o funcionario autorizante, y que es de un doble carácter: en cuanto al acto, este creo que debe ser ininterrumpida (caso del testamento), y en su dimensión papel, debe estar contenida en un solo instrumento. Esta última constituye verdaderamente unidad de texto. De ellas, sólo ésta última permanece en el

documento electrónico, y así por ejemplo, la Ley tipo de Uncitral, 1996, en su Artículo 8, la considera refiriéndose a los originales o sea a las matrices de los mensajes de datos, al disponer que la integridad de la información será evaluada conforme al criterio de que haya permanecido completa e inalterada, otorgándose en el Artículo 9 fuerza probatoria, en virtud de haberse conservado íntegra la información.

En materia interpretativa, siendo los contratos electrónicos, interactivos y dinámicos, en ellos se está produciendo permanentemente cambios que deben ser interpretados, constituyéndose ellos mismos en verdaderas fuentes de interpretación.

Cambios en cuanto a la prueba, especialmente en las fuentes y medios de prueba, así como en la casación que varía como consecuencia de la introducción de los contratos electrónicos.

En materia de asunción de riesgo, por el dinamismo propio de la contratación electrónica, permanente posibilidad de alteraciones y modificaciones en la emisión de datos, se producen riesgos y que pueden ser involuntarios, debido a caso fortuito y provocados por disfunciones en el sistema de la información o bien voluntarios, originados en actos culposos o dolosos y destinados a causar alteraciones en los programas o disfunciones en los mismos o en los equipos. Problemas de derecho internacional privado, que tiene lugar por ser el contrato electrónico un contrato a distancia, de tal manera que es preciso determinar cuál es el momento y lugar de la formación del consentimiento para establecer la ley aplicable, el tribunal competente, su asignación a una justicia arbitral internacional.

En cuanto a su contenido y forma el documento electrónico, reviste al igual que el documento per cartam, un corpus, una grafía y un elemento intelectual o contenido, sólo que ellos se relevan diferentes en un y otro caso. Desde un punto de vista amplio, el documento electrónico es un objeto físico cuya finalidad es conservar y transmitir información a través de mensajes en un lenguaje natural, realizado con intermediación de funciones electrónicas. Desde un punto de vista estricto, éste se transforma en documento informático, en cuanto solamente la información puede ser recibida por el ser humano con la intervención de una máquina de traducción a un lenguaje entendible o natural, debido a que está elaborado en forma digital, a través de un sistema alfanumérico o similar y depositado en la memoria central del computador.

El primero, desde un punto de vista jurídico e interpretativo, puede ser asimilado al documento per cartam, debido a que está elaborado en un lenguaje natural. Debiendo en Guatemala, entender a su respecto, incorporándolas a las disposiciones propias tanto del Código de Notariado, como sus leyes conexas, y en última instancia es posible trasladar dicho documento al papel, a través de una impresora.

El segundo en cambio, el documento informático, no puede, sin embargo, ser asimilado fácilmente a las disposiciones relativas a los instrumentos, ya que utiliza un lenguaje binario y a su calidad de interactivo y dinámico, características de su esencia. Hay quienes estiman que es posible, por la vía interpretativa, asimilarlo al instrumento clásico, entre los cuales se cuentan algunos autores italianos que apoyándose en las normas del Código Civil de su propio país y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, le



otorga valor probatorio. Una situación similar se ha producido en Estados Unidos y en Canadá, países en los cuales la prueba informática ha sido estimada como válida en virtud de decisiones jurisprudenciales, que, en suma, requieren de acuerdos escritos que puedan ser reducidos a formas tangibles, entendiéndose que los contratos informáticos si bien no son escritos, pueden resultar en tales, ya que pueden ser reducidos a esa forma.

En España, siguiendo el mismo matiz, el documento electrónico queda enmarcado entre los medios de pruebas a que se refiere el Artículo 261 de la Ley de trámites, Ley de Procedimiento Civil Administrativo y Laboral, en el que se relaciona en su inciso 2 a los documentos. Ya en el Artículo 299 de esa Ley, queda abierta la posibilidad real de su uso, aún lo distante de la promulgación de I texto (1987), cuando permite ubicarlo, con uso adecuado, nominal; dentro de cualquier otro medio adecuado, y expresa textualmente: No obstante, el Decreto No. 89 Reglas de Procedimiento del Arbitraje Estatal, dictado por el Consejo de Ministros del 21 de Mayo de 1981, establece entre los medios de prueba fundamentales a los documentos y el dictamen de peritos. Especifica en el Artículo 88 en qué consiste las pruebas documentales, dejando la posibilidad de incluir otros documentos que puedan aportar elementos en la controversia que se dirime, en donde por supuesto se incluyen los documentos electrónicos. Ya en el Artículo 91 permite, de forma similar a la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, enmarcar los documentos electrónicos dentro de los medios de pruebas, dado su amplio espectro: Artículo 91: Pueden utilizarse como medios de prueba: fotografías, películas cinematográficas, cintas magnetofónicas, fotocopias o cualquier otro procedimiento de reproducción de imágenes o sonidos y los originales y copias autorizadas de mapas,

planos, gráficos, telegramas, cablegramas y radiogramas, cifrados o no; y, en general, cualquier otro medio adecuado que pueda servir para la justificación, comprobación o verificación de algún hecho o circunstancia importante para la decisión de la controversia.

En nuestro país, no existe una ley esencial que tenga incorporado lo relacionado al documento electrónico, y lo más cercano de ello lo menciona el Código Procesal Civil y Mercantil, en su Artículo 191 al determinar lo siguiente: de oficio o a petición de parte, pueden disponerse calcos, relieves, reproducciones y fotografías de objetos, documentos y lugares. Es permitido, asimismo, para establecer si un hecho puede o no realizarse de determinado modo, proceder a la reconstrucción del mismo. Si el juez lo considera necesario, puede procederse a su registro en forma fotográfica, o cinematográfica. En caso de que así conviniera a la prueba, puede disponerse también la obtención de radiografías, radioscopias, análisis hematológicos, bacteriológicos u otros, y, en general, cualquiera experimento o pruebas científicas.

Hay quienes, estiman que el documento informático solamente tendrá valor por el más lento, pero más expedito camino de la modificación legislativa y por varias razones, de las cuales enumero las siguientes: 1. Se determina con precisión el problema de la suscripción y firma del documento y su valor jurídico; 2. La creación y responsabilidad de los terceros proveedores de servicios; 3. La asignación de la autoridad certificadora; 4. La intervención del Notario y las formas procesales de sujeción, y 5. El establecimiento de las formas ad solemnitatem y ad probationem del documento.

En relación a esta admisibilidad probatoria, aún se discute, en Chile, Argentina, España, si el documento electrónico debe acceder a través de la prueba por documentos o bien a través de peritos o inspecciones del tribunal.

En cuanto a su naturaleza jurídica, se estima que el documento informático constituye una nueva forma surgida al amparo de las modernas técnicas de la electrónica, al cual le es perfectamente asimilable toda la teoría civil y comercial de la contratación, con adaptaciones obvias, que debe ser generado por la vía legislativa y cuyo valor probatorio debe ser similar al del documento per cartam, una vez adaptado por la vía legal.

Así se considera, el documento informático, podrá ser tenido como instrumento privado o público, en la medida que se cumplan o no los requisitos que cada legislación contemplada en materia de tales.

Ante la pregunta acerca del documento informático puede llegar a constituir instrumento público notarial, se constituye de forma alternativa, que en cuanto exista una doble educación de la forma que describo a continuación: a) una educación técnica de la informática, destinada a satisfacer los requerimientos jurídicos propios de la teoría de la contratación y del acto escriturario formal y b) una educación del derecho a los condicionamientos esenciales de la informática, sin que se afecten los principios generales y particulares destinados a proteger la escritura pública y a fiscalizar la labor cautelar del notario. De ellas, hay dos de gran importancia: la presencia física de las

partes, tal como la intermediación, que posibilita la unidad de acto y la firma por ellos del documento, la firma digital.

Se debe efectuar luego, un amplio examen comparativo de los elementos de los documentos per cartam y electrónico: corpus, grafía, elemento intelectual, para pasar luego, revista a aquellos propiamente formales procesales del instrumento público: lenguaje y estilo, enmienda y corrección de errores, rogación, los requisitos de la escritura pública, los deberes notariales, como lo son la autoría y responsabilidad, el control de legalidad, el deber de imparcialidad, el principio de intermediación y el deber de conservación, el otorgamiento de la escritura, lectura, consentimiento, firma comparecencia de testigos, la autorización de la misma y los sistemas de archivos y reproducción de los instrumentos públicos.

En esta última materia se hace necesario estudiar los sistemas se archivo de protocolos, comparándose son los modernos sistemas electrónicos, caracterizados por la seguridad de brindan, por la responsabilidad a la quedan sujetos los denominados terceros proveedores de servicios que son quienes los tienen a su cargo, por los medios técnicos con que cuenta, tanto respecto de su conservación como la reproducción mediante copias, aún cuando es preciso tener en consideración que de lege ferenda, deberá ser el notario el último responsable de su custodia, guarda, conservación y reproducción.

Concluirse que un sistema de archivo electrónico de instrumentos públicos de tal calidad jurídica, deberá consistir en un soporte suficientemente seguro, durable e inalterable, que permita contener información debidamente encriptada, a través de una

biblioteca organizada, con recuperación direccionable de datos, sistemas thesaurus o similares, cuya certificación y conservación se encuentre a cargo de la autoridad certificadora correspondiente (el notario público) y que técnicamente sea provisto a través del proveedor de servicios y mediante el cual se puedan emitir copias electrónicas de los documentos que contiene.

Finalmente, es necesario un examen exhaustivo del valor probatorio del instrumento público electrónico. Es preciso considerar las formas en relación con la prueba documental, los hechos y las formas determinando los efectos instrumentales en relación con ellas.

La prueba ha de ser conceptualizada, analizando su objeto y su valoración, y estudiados los sistemas de prueba legal, tal y como se aplica en Chile, de prueba libre y de sana crítica, entre otros, en gran medida en Argentina y España. La prueba por documentos debe ser objeto de especial atención sea en cuanto a sus formas de representación, su concepto, las formas de aportación de la prueba documental al proceso, sea en tiempo como en forma, y tanto de los instrumentos públicos como de los privados, la aportación de fotocopias, de faxes y los documentos provenientes del extranjero.

En relación al documento materia de nuestro estudio, es por otra parte, plenamente aplicable el derecho constitucional a la prueba. En cuanto a validez del documento electrónico es preciso concluir que existe una tendencia mundial a dotarlo de valor probatorio, y así, son varias las directrices y recomendaciones, por ejemplo de la

comunidad relativas a la regulación del tema, las leyes dictadas en diferentes países al respecto e incluso el tratamiento jurisprudencial destinado a dotarlo de valor probatorio.

#### **4.3.1 Características y requisitos para su validez jurídica**

Una de las cualidades más significativas del documento electrónico es su intangibilidad o imperceptibilidad inmediata por los sentidos. Sólo puede percibirse si es convertido mediante instrumento técnico y in programa informático adecuados y se incorpora a un soporte material mueble. Aunque en su origen sea inmaterial, precisa para su existencia de un soporte material duradero (disco duro del ordenador, Memoria USB por sus siglas en inglés la cual debe entenderse como unidad de disco de almacenamiento masivo, Cd que no son otra cosa más que los discos compactos, Dvd por sus siglas en inglés las que deben de entenderse como disco visual de datos, etc.).

El documento electrónico posee unas características que conllevan una serie de inconvenientes frente al documento tradicional mismas estas que detallo a continuación:

- a. Estar escrito en un lenguaje sólo comprensible por una máquina.
- b. Estar archivado en formatos y soportes concretos no siempre utilizables por otro ordenador.
- c. Ser descifrable y utilizable con el auxilio de un ordenador.
- d. Ser de fácil alteración.
- f. Carece de certeza en orden a su autoría y datación.
- g. No distinguirse de una eventual copia.

En la doctrina se ha cuestionado el carácter de documento, entendido éste en un sentido jurídico, del documento electrónico o informático. Su naturaleza intangible, su imperceptibilidad inmediata por los sentidos, lleva a concluir que no puede, desde el punto de vista jurídico, ser considerado documento, si manejamos un concepto restringido y tradicional de documento, identificado éste con la escritura y el soporte material de papel, el documento electrónico o digital no puede ser considerado como tal. Parte de la doctrina sostiene que puede ser considerado documento por ser una percepción representativa utilizable como medio probatorio. El medio representativo más utilizado en estos documentos es la escritura, cumpliendo con uno de los elementos esenciales de la connotación del concepto clásico de documento.

Auque en su origen sea inmaterial o intangible, el documento electrónico puede unirse a un soporte inseparable para desplegar de esa manera efectos jurídicos. También, en tanto unido a un soporte duradero, una naturaleza mueble, pues puede ser transportado, almacenado o guardado; también puede tener un carácter probatorio, sirve para constatar una realidad jurídica preexistente. Además de poder ser revelado por el procedimiento tecnológico adecuado, puede transformarse en formato escrito en papel. Para su validez jurídica, se ha exigido a los documentos tres requisitos fundamentales: la legibilidad, la inalterabilidad y el reconocimiento. La doctrina mayoritaria sostiene que el documento electrónico puede equipararse al papel porque cumple con los requisitos anteriores. Los documentos electrónicos pueden cumplir los criterios de seguridad para constituirse en documento. La inalterabilidad, legibilidad, identificabilidad local (nombre y dirección) y temporal (fecha de creación, de envío y de recepción). Parte de la doctrina cuestiona que sea posible por ahora el cumplimiento por parte de estos documentos de

los requisitos de la forma ad solemnitatem exigidos para la formalización de determinados negocios jurídicos.

#### **4.3.2 El documento y la firma electrónica**

Uno de los obstáculos que tuvo que salvar el documento electrónico para quedar asimilado procesalmente al documento ha sido la falta de seguridad jurídica con que se le ha asociado. Numerosos documentos generados por vía informática han tenido problemas para ser aceptados y valorados por el órgano judicial. Se ha dudado de la originalidad, de la estabilidad de su contenido y de la identidad del autor de este nuevo tipo de documentos. La imagen mental que se formó del documento electrónico y de los otros nuevos medios probatorios, los audiovisuales, incluía su fácil manipulación y su falta de perdurabilidad.

El problema está en fijar la autoría y la autenticidad del documento. Según el ilustre tratadista en la materia Carnelutti: “La autenticidad consiste en la coincidencia entre el autor aparente y el autor real del documento.”<sup>26</sup> Y para Amory la autenticación del documento consiste en la actividad de identificar al autor de un mensaje y verificar que dicho autor se obliga legalmente con el mismo. Incluso parece conveniente establecer una distinción entre autenticación e identificación. Entonces decimos que la identificación supone una información o un conjunto de informaciones que signa de manera no ambigua una persona. Mientras que la autenticación se refiere a un elemento internacional para los juristas: es un completo de la identificación y

---

<sup>26</sup> Carnelutti, Francesco, **El documento electrónico**, Pág. 15.



habitualmente estos dos elementos son confundidos; La fijación de la autoría y de la autenticación del documento entendido en un sentido tradicional no plantea problemas. Mediante la firma se conoce la identidad del autor del documento y el acuerdo de éste sobre el contenido del acto. Desde el punto de vista formal, la firma es un signo personal o distintivo de la persona, unido al animus signandi, que es la voluntad de asumir el contenido de un documento.

Desde un punto de vista funcional, la firma tiene una función identificadora (relaciona el acto y la persona firmante) y una función de autenticación (el autor mismo expresa su consentimiento sobre un acto y hace propio el mensaje). En los documentos tradicionales, la firma es puesta de puño y letra de firmante. En el documento electrónico no es posible esta firma autógrafa.

La problemática de la fijación de la autoría del documento electrónico ha sido también otro obstáculo que ha sido salvado mediante la posibilidad de firmarlo electrónicamente. Como ejemplo indico que en el país de España, el Tribunal Supremo en dos Sentencias de 3 de octubre y 3 de noviembre de 1997 consideró que un soporte magnético puede producir efectos de giro, si bien condicionalmente, al exigir que las características del documento permitan establecer la autenticidad y autoría y, en especial, la firma de quien asume su contenido y la efectividad de su clausulado. “En cuanto al requisito de la firma en particular, declaró que el documento electrónico (y, en especial, el documento electrónico con función de giro mercantil) es firmable, en el sentido de que el requisito de la firma autógrafa o equivalente puede ser sustituida, por el lado de la criptografía, por

medio de cifras, signos, códigos, barras u otros atributos numéricos que permitan asegurar la procedencia y veracidad de su autoría y la autenticidad de su contenido”.<sup>27</sup>

La firma electrónica, equivalente a la autógrafa, garantiza la seguridad de la autenticidad y de la procedencia del documento electrónico. Tal y como en muchos países la han establecido, por lo que manifiesto que como punto a ejemplificar y en un futuro adaptar en Guatemala, en España La Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica la define como; el conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros o asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante. La firma electrónica ha surgido como respuesta a la necesidad de conferir seguridad a las comunicaciones por Internet, ya que constituye un instrumento capaz de permitir una comprobación, la autenticación permitiría a una persona dar a conocer su voluntad de aparecer ligada al acto que ella misma ha creado. Para los informáticos, la noción de autenticación equivale a un control de identidad, aun cuando a veces el concepto se desliza hacia la integridad del mensaje. De la procedencia y de la integridad de los mensajes intercambiados a través de redes de telecomunicaciones. Los denominados prestadores de servicios de certificación, personas físicas o jurídicas que expiden certificados electrónicos o prestan otros servicios en relación con la firma electrónica, son los que hacen posible el empleo de la firma electrónica mediante la expedición de certificados electrónicos. “Estos consisten en documentos electrónicos que relacionan las herramientas de firma electrónica en poder de cada usuario con su identidad personal, dándole así a conocer en el ámbito telemático como firmante”.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> **Ibid**, pág. 35

<sup>28</sup> **Ibid**, pág. 42

Los certificados electrónicos denominados reconocidos, fundamento de la firma electrónica avanzada, son aquellos expedidos cumpliendo requisitos cualificados en lo que se refiere a su contenido, a los procedimientos de comprobación de la identidad del firmante y a la fiabilidad y garantías de la actividad de certificación electrónica. La misma Ley española que mencione la 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, cuyo objeto es regulación de la firma electrónica, su eficacia jurídica y la prestación de servicios de certificación otorgada a la firma electrónica reconocida la equivalencia funcional con la firma manuscrita respecto de los datos consignados en forma electrónica. Esta es una de las novedades en relación con la anterior normativa sobre firma electrónica, contenida en el Real Decreto-ley español 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica.

Aunque en ésta se constató que no bastaba con la firma electrónica avanzada para la equiparación con la firma manuscrita, sino que era preciso que la firma electrónica avanzada se base en un certificado reconocido y fuera creado por un dispositivo seguro de creación. La firma electrónica avanzada es la firma electrónica que permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio ulterior de los datos firmados; está vinculada al firmante de manera única y a los datos que se refiere y que ha sido creada por medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control. La firma electrónica reconocida, que es la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y generada mediante un dispositivo seguro de creación de firma, misma está que adquiere con una ley que debe de crearse en Guatemala como la española, respecto de los datos consignados en forma electrónica, el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel.

La Ley contendría entonces las garantías que deben ser cumplidas por los dispositivos de creación de firma para que pueden ser considerados como dispositivos seguros y conformar así una forma electrónica reconocida y establece un marco de obligaciones aplicables a los prestadores de servicios de certificación, en función de si éstos emiten certificados reconocidos o no, y determina su régimen de responsabilidad, teniendo en cuenta los deberes de diligencia que incumben a los firmantes y a los terceros destinatarios de documentos firmados electrónicamente. Otra incrustación de firma electrónica es el acogimiento explícito que se efectúa de las relaciones de representación que pueden sub yacer en el empleo de la firma electrónica, dotado de seguridad jurídica la imputación a la esfera jurídica del representado las declaraciones que se cursan por el representante a través de la firma electrónica. Se establece para ello que en la expedición de certificados reconocidos que admitan entre sus atributos relaciones de representación, ésta debe estar amparada en un documento público que acredite fehacientemente dicha relación de representación así como la suficiencia e idoneidad de los poderes conferidos al representante. También se prevén mecanismos para asegurar el mantenimiento de las facultades de representación durante toda la vigencia del certificado reconocido. Siguiendo la pauta marcada en España por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, la Ley 59/2003, 19 de diciembre, de firma electrónica incluye dentro de la modalidad de prueba documental el soporte en el que figuran los datos firmados electrónicamente, dando mayor seguridad jurídica al empleo de la firma electrónica al someterla a las reglas de eficacia en juicio de la prueba documental, algo que afortunadamente ya existe en Guatemala, con la aclaración de que excluye de esta

normativa lo referente a las disposiciones por causa de muerte y a los actos jurídicos del derecho de familia.

#### **4.4 La función del notario en el instrumento electrónico**

Creo que de manera muy rápida el universo cibernético le ha dado un cambio total a nuestro diario vivir en todos sus puntos y ámbitos del diario dentro de la sociedad, de ahí la función de cada individuo dentro de la misma, es entonces completamente necesario adaptar el ámbito jurídico dentro del mismo, la función electrónica es cada día más relevante y en nuestro país Guatemala es utilizado por diferentes grupos mercantiles para efectuar sus negocios y transacciones dinerarias y documentales, entonces se desprende la necesidad de acoplar al notario dentro del ciber-funcionamiento teniendo como elemento de trabajo el notario el instrumento público, en este caso un instrumento electrónico, entonces se debe de desarrollar cual es y como es la función notarial en el instrumento electrónico. En todo este desarrollo tecnológico y la aparición de un nuevo tipo de instrumento público, como lo es el instrumento y/o documento electrónico, la función del notario se hace imprescindible para darle fe a los mismos, por eso su estudio dentro de la investigación.

Claro está que, estos nuevos instrumentos notariales se deban realizar con la intervención de un funcionario público que le pleno valor jurídico, importante para la protección de los mismos, en su conformación se haría la presencia de esta figura.

El documento notarial, debe de estar firmado como ya se indico anteriormente por el autor del mismo, firma que en el caso de los electrónicos debe ser digital, para que tenga plena seguridad en el acontecer del derecho actual en su relación con la informática. Esta problemática es la que ha traído consigo el problema de la inseguridad de este tipo de operaciones, tan vistas en el mundo desarrollado y necesitadas en el resto de los países.

Por tal virtud se encuentran la confidencialidad y la autenticidad como unas de las propiedades más importantes de los documentos electrónicos; refiriéndose a la primera a la posibilidad de mantener un documento electrónico inaccesible a todos, excepto a una lista de individuos autorizados. La autenticidad, por su parte, es la capacidad de determinar si uno o varios individuos han reconocido como suyo y se han comprometido con el contenido del documento electrónico. El problema de la autenticidad de un documento tradicional se soluciona mediante la firma autógrafa. Mediante su firma autógrafa, un individuo, o varios, manifiestan su voluntad reconocer el contenido de un documento, y en su caso, a cumplir con los compromisos que el documento establezca para con el individuo.

Los problemas relacionados con la confidencialidad, integridad y autenticidad en un documento electrónico se resuelve mediante la tecnología llamada criptografía. En trabajos investigados y tesis con relación al tema que hoy expongo se ha visto la importancia de la firma digital en los documentos electrónicos, y como mediante este sistema de clave pública o criptografía cerrada pueden garantizarse de forma segura, efectiva y pormenorizada estos.

El procedimiento de firma de un documento digital, por ejemplo, implica que, mediante un programa de cómputo, un sujeto prepare un documento a firmar y su llave privada (que sólo él conoce). El programa produce como resultado un mensaje digital denominado firma digital. Junto, el documento y la firma, constituyen el documento firmado. Sólo prueba la firma digital que se utilizó la llave privada del sujeto y no necesariamente el acto personal de firma. Por tanto, no es posible establecer con total seguridad que el individuo firmó un documento, sino que sólo es posible demostrar que es el individuo el responsable de que el documento se firmara con su llave privada. En otras palabras, si un documento firmado corresponde con la llave pública de un sujeto, entonces el sujeto, debe de reconocer el documento como auténtico, aunque no lo haya hecho. En consecuencia, el sujeto debe cuidar de mantener su llave privada en total secreto y no revelársela a nadie, porque de hacerlo es responsable de su mal uso. Por eso una solución para el problema del manejo de las llaves es el conocido certificado digital. Un certificado digital es un documento firmado digitalmente por una persona o entidad denominada autoridad certificadora, a quien se le puede abreviar AC. Dicho documento establece un vínculo entre un sujeto y su llave pública, es decir, el certificado digital es un documento firmado por una autoridad certificadora, que contiene el nombre del sujeto y su llave pública. La idea es que quienquiera que conozca la llave pública de la AC puede autenticar un certificado digital de la misma forma que se autentifica cualquier otro documento firmado.

Por tanto, la figura del notario público es de vital importancia frente al instrumento electrónico, y de la firma digital, debido a que el sistema de cifrado se convierte en una variable primaria del mismo, por lo que debe tener un valor intrínseco que le vendrá dado

por la eficacia de que lo dotará el derecho en cuanto a seguridad y garantía, factores ambos que se le serán otorgados, tal como ocurre con el instrumento público per cartam, por la intervención del notario en cuanto éste lo guarnecerá de fe pública y autenticidad.

“El Notario como protector y garante de la seguridad jurídica cumple un rol estratégico en la sociedad, dotado de certeza las relaciones entre los particulares al brindarle asesoría técnico legal y ajusta su voluntad a lo establecido en las leyes; bajo la investidura estatal de la fe pública”.<sup>29</sup> Esta función médula de la actividad notarial, ante el auge del comercio electrónico ha de replantearse mucho de los principios e instituciones que le rigen para seguir siendo útil, tributando como herramienta eficaz en el complejo engranaje que implica la contratación electrónica y la utilización de documentos electrónicos en aras de poder garantizar la confidencialidad de las comunicaciones, la identidad y capacidad de las partes contratantes, la integridad y autenticidad de los mensajes en toso el proceso de intercambio electrónico de información en actos y negocios jurídicos de naturaleza civil mercantil. “Se debe ir muy fino en cuestiones muy delicadas y sin ser conservador recomiendo por la cautela. A escala internacional y, México es un ejemplo a partir del Decreto de 29 de mayo del 2,000: Reformas en materia de Comercio Electrónico al Código Civil Federal, al Código Federal de Procedimientos Civiles, al Código de Comercio y a la Ley Federal de Protección al Consumidor”<sup>30</sup>, no sólo se discute doctrinalmente el papel del fedatario público en los actos y negocios jurídicos por medios electrónicos, sino ya que se están instrumentando jurídicamente disposiciones que atañen a instituciones tan importantes como el protocolo notarial. Otro ejemplo al

---

<sup>29</sup> Arredondo, Francisco Xavier, La TIC en el quehacer notarial. Caber Habilidad Ciudad de la Informática. Febrero 2003. [www.ciberhabitad.gob.mx/gobierno/textos/texto\\_notaria.htm](http://www.ciberhabitad.gob.mx/gobierno/textos/texto_notaria.htm)

<sup>30</sup> Leal, **Ob. Cit**; pág. 56



respecto, y que atañe igualmente a los instrumentos públicos lo constituye la Ley Modelo sobre Garantías Mobiliarias adoptada en el mes de febrero del 2,002 en el marco de la Sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado celebrada en Washington bajo los auspicios de la Organización de Estados Americanos. Dicha normativa de suma importancia para la actividad notarial en su Artículo 7 enumera los requisitos mínimos que deberá tener la escritura pública de constitución de la garantía mobiliaria y tal efecto dispone: La escritura podrá hacerse a través de cualquier medio fehaciente que deje constancia del consentimiento de las partes en la constitución de la garantía, incluyendo el télex, telefax, intercambio electrónico de datos, correo electrónico y medios ópticos o similares, de conformidad con las normas aplicables en esta materia.

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

En tal sentido debo indicar que constituyen funciones del notario electrónico desde el punto de vista jurídico y técnico pues supone un alto grado de especialización en

seguridad dentro de las tecnologías de la información: Por ejemplo mencionaré algunas de las cuales creo son relevantes en la materia:

a) Legalización electrónica de firmas digitales. La legalización de firma autógrafa ha sido función a cumplir por el notario tradicional, sin embargo al generarse documentos electrónicos será la firma electrónica o digital la que corresponderá autenticar al cibernotario. Mediante la utilización de la firma digital, certificará y autenticará la identidad del originador de un mensaje electrónico.

b) La práctica del cibernotario en el marco de una infraestructura de clave pública, comprenderá la verificación de los datos de una persona a efectos de registrar una clave pública y obtener un certificado, cuyo procedimiento podrá variar de acuerdo al grado de certificación que se desee obtener en correspondencia con los actos y negocios en que utilizará el usuario su firma digital. De ahí que el notario pueda ser requerido para establecer únicamente la identidad del usuario o para realizar una investigación exhaustiva que incluya su historia crediticia y criminal.

c) Autenticaciones o verificaciones a cerca de los términos y ejecución del documento. Éstos deben de estar de acuerdo con la ley y surtir los efectos jurídicos que les son atribuidos. De esta manera la intervención que el notario electrónico cabe en la documentación informática se extenderá no sólo a la legalización de firmas digitalizadas, sino también a la solemnización electrónica tanto del certificado que contiene identidad, capacidad, y otros requisitos establecidos por la ley, como la autenticación del contenido del documento en sí. Ha de determinar la capacidad de una persona para realizar la transacción de que se trate, pero también ha de verificar y autenticar que la transacción

misma cumple todos los requisitos legales y formales para sufrir plenos efectos en cualquier jurisdicción.

d) Archivo. El cibernotario, como depositario de los actos ante él celebrados, procederá a guardar la documentación y especialmente el certificado emitido, en sus registros o protocolos. Realizará así mismo la expedición de copias del protocolo a su cargo que en un contexto electrónico equivale a la reproducción de la información conservada digitalmente.

f) Depósito notarial a instancia de parte de los dispositivos para generar y verificar las claves privadas. En estos casos el notario interviene en el modelo de confianza para proteger y conservar en un lugar seguro la clave privada del titular de la forma digital.

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

“Hay para quienes se encuentran ante la presencia de una nueva institución, la fe pública informática”.<sup>31</sup>, cuyo depositario cumple el rol de tercero certificador neutral, como dador de una nueva clase de fe pública, que a diferencia de la fe pública tradicional, no se otorga sobre la base de la autenticación de la capacidad de personas, del cumplimiento

---

<sup>31</sup> Ochoa, José. **Respuesta de Derecho Positivo Peruano al Reto de la Fe Pública en Materia Informática**. VII Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática. [http:// comunidad.derecho.org/congreso/Peru.html](http://comunidad.derecho.org/congreso/Peru.html)

de formalidades en los instrumentos notariales o a los certificados de hechos, sino que se aplica a la certificación de procesos tecnológicos, de resultados digitales, códigos y firmas electrónicas.

Sucede que el notario, cuando certifica procesos tecnológicos, resultados digitales, códigos y firmas electrónicas, está autenticado, confirmando, veracidad y certeza a hechos, circunstancias o actos que tienen trascendencia jurídica; está dotándolos de fe pública que tradicional o informática sigue siendo única como función estatal de la que son depositarios y han de ejercer bajo la égida de la imparcialidad, la legalidad y la formalidad, pues tratándose además de documentos públicos electrónicos se requiere cumplir las exigencias y requisitos que para su otorgamiento establece la ley y que los dota de ese valor, de esa presunción de veracidad que en ejercicio de una actividad pública como la notarial hacen que hagan prueba plena por sí sólo. Pienso que las mayores inquietudes giran en torno, no a la naturaleza de la fe pública, sino a los principios que fundamentan el derecho notarial latino; como los de inmediatez, permanencia, matricidad o protocolo, representación instrumental, o el de unidad del acto, por citar algunos, que de cierta forma se ven amenazados por el ejercicio de una práctica notarial electrónica, con su consecuente repercusión en la legislación sustantiva.

Principios como el de inmediatez están en tela de juicio cuando se admite, como en el caso mexicano antes señalado la posibilidad de comunicación por medios electrónicos entre el notario y los intervinientes; específicamente la reforma que atañe al Código Civil Federal cuando en el Artículo 1,834 bis establece, entre otras cuestiones, que en los casos en que la ley establezca como requisitos que un acto jurídico deba otorgarse en

instrumento ante fedatario público, éste y las partes obligas podrán generar, enviar, recibir, archiva, o comunicar la información que contenga los términos exactos en que las partes han decidido obligarse, mediante la utilización de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, en cuyo caso el fedatario público, deberá hacer constar en el propio instrumento los elementos a través de los cuales se atribuye dicha información a las partes y conservar bajo su resguardo una versión íntegra de la misma para su ulterior consulta, otorgando dicho instrumento de conformidad con la legislación aplicable que lo rige”.<sup>32</sup> el Código de Comercio, por su parte dispone en el Artículo 93, a raíz de las reformas que: “en los casos en que la ley establezca como requisito que el acto jurídico deba otorgarse en instrumento ante fedatario público, éste y las partes obligadas podrán, a través de mensajes de datos, expresar los términos exactos en que las partes han decidido obligarse, en cuyo caso el fedatario público, deberá hacer constar en el propio instrumento los elementos a través de los cuales se atribuyen dichos mensajes a las partes y conserva bajo su resguardo una versión íntegra de los mismos para su ulterior consulta, otorgando dicho instrumento de conformidad con la legislación aplicable que lo rige”.<sup>33</sup>

La inmediatez supone presencia física obligatoria de los comparecientes por sí o por representación y se expresa bajo la fórmula: ante mi, pues la función del notario es de visu et auditu suis sensibus”.<sup>34</sup> no obstante en los ejemplos antes señalados y en cualquiera de los supuestos enumerados como funciones que competen al notario electrónico, bien pueden no existir contacto físico entre las partes y el fedatario. Tales

---

<sup>32</sup> Leal, **Ob. Cit**; pág. 67

<sup>33</sup> **Ibid**, pág. 69.

<sup>34</sup> Verdejo, Pedro C. **Derecho Notarial**, pág. 98

circunstancias echarían por tierra el principio de inmediatez que rige los ordenamientos jurídicos basados en el Sistema del Notariado Latino.

El notario chileno Eugenio Alberto Gaete, califica el documento electrónico como: interactivo, dinámico y actuación a distancia; y consecuentemente, plantea que se produce un cambio en lo relativo a la formación del consentimiento cuando de contrato electrónico se trata. Él, sin embargo ofrece un esquema gráfico del proceso de intervención notarial en los negocios jurídicos perfeccionados por medio electrónicos en el que, aún sin producirse presencia o contacto físico directo entre los intervinientes no se vulnera la inmediatez, pues cada parte y su correspondiente notario en sección interactiva sellan el acuerdo de tal forma que los fedatarios públicos respectivos intervienen desde cada lugar donde están citados los comparecientes y dan fe de los actos que ante ellos ocurren.

El proceso operaría de la siguiente forma: “cada parte en el contrato, sus respectivos asesores técnicos, sus abogados, el correspondiente notario, se encuentran todos presentes en diferentes lugares del mundo, en salas de video, conferencias y conectadas a un sistema EDI, produciéndose así una reunión interactiva y dinámica, en la cual tendrá lugar la negociación correspondiente, las discusiones en torno al contrato, las consultas legales al profesional respectivo, la legislación aplicable, pudiéndose revisar al instante los bancos de datos jurídicos, la doctrina y la jurisprudencia relativa. Luego de común acuerdo y en un ambiente interactivo se procede a la redacción del acuerdo, de le da lectura final al mismo, procediéndose luego, con la intervención de un

notario en cada lugar donde están citadas las partes, a la firma electrónica del mismo, a través del sistema de llave pública y posteriormente a dar fe del acto por cada notario”.<sup>35</sup>

Visto así esta modalidad de negociación a distancia, respetando los principios tradicionales, permitiría la irrupción de nuevas técnicas informática y de telecomunicaciones en las transacciones, que las dotaría de celeridad en un ambiente ajustado a derecho con certeza jurídica que confiere el notario.

“El principio de permanencia es otro de los cuestionados sobre todo a la hora de determinar la factibilidad que un futuro el soporte electrónico del protocolo notarial desplace por completo al protocolo ancestral en soporte papel”.<sup>36</sup> y quienes lo hacen se basan fundamentalmente en la necesaria permanencia del documento físico archivado en la notaría, que se puede ver, tocar, como algo que da certeza jurídica al cliente del notario y que resultaría complicado sustituirlo por un documento que sólo puede visualizarse.

Nuestra legislación guatemalteca en materia notarial, recoge el principio de permanencia en los Artículos 19 y 20 cuando establece: “El notario es depositario del protocolo y responsable de su conservación. El protocolo no puede ser extraído del poder del notario, sino en los casos previstos por esta ley”. Sin embargo entendido el principio de permanencia como una de las reglas de formación y conservación de los protocolos que permanecen en la notaría bajo la custodia del notariado, discrepamos un tanto de esas

---

<sup>35</sup> Gaete, Eugenio Alberto. **Documento electrónico e instrumento público**. Portal de Abogados <http://www.portaldeabogados.com.ar/noticias/derin05.htm>

<sup>36</sup> Leal, **Ob. Cit**; pág. 89

posiciones detractoras del protocolo notarial electrónico, pues en la notaría permanece sí un documento, valorado no de forma restringida, sino en su concepción amplia, una nueva modalidad documental: el documento electrónico con las características propias de su soporte físico y el notario sería responsable de su custodia, conservación y reproducción, adoptando las medidas de seguridad necesarias para su integridad, autenticidad y confidencialidad.

El punto de discusión no sería entonces el quebramiento del principio de permanencia, en tanto éste seguiría intacto; más bien los cuestionamientos deberían encaminarse hacia los procedimientos técnicos y la creación de infraestructuras que garanticen la necesaria seguridad de la información almacenada en las bases de datos que habrá de fungir como protocolos notariales electrónicos dotando al sistema informático utilizando de cualidades que permitan calificar el proceso como seguro; de manera que se conserve la integridad, autenticidad y confidencialidad inherente a los documentos públicos para su permanencia y resguardo a través del tiempo en un protocolo de formato digital.

Posturas más vanguardistas como las del abogado y notario chileno Eugenio Alberto Gaete, defiende la posible existencia de un protocolo digital que reúna requisitos técnicos para garantizar su seguridad y que constituya un soporte electrónico o digital de los instrumentos públicos, la matriz digital, el original que queda para la posteridad, dotado de permanencia para la eventual expedición de copias y verificación de la autenticidad de los testimonios. “Un original sellado y firmado mediante una firma digital



a la que sólo el notario tendría acceso, y suscrito mediante las respectivas firmas digitales de los intervinientes”.<sup>37</sup>

Nuestra legislación notarial, a lo largo de su preceptiva hace alusión al protocolo del notario, pudiera citarse el Artículo 8 del Código de Notariado: El protocolo es la colección ordenada de las escrituras matices, de las actas de protocolacion, razones de legalización de firmas y documentos que el notario registra de conformidad con esta ley. Este principio notarial muy ligado al de permanencia supone la existencia de un conjunto de documentos originales firmados por los comparecientes y por el notario de manera que las incertidumbres en estos casos están dadas por la utilización de documentos soportados electrónicamente y rubricados empleando dispositivos digitales; “mecanismo que ante el desarrollo del estado del arte en el campo de la electrónica, las telecomunicaciones, las aplicaciones criptográficas y biométricas posibilitan, ciertamente, satisfacer los requisitos de escrito, original, firma”.<sup>38</sup> para que pueda avizorarse la alternativa electrónica de un protocolo notarial como registro de información auténtica, íntegra, fiable, susceptible de ulterior consulta y reproducción exacta a la hora de expedir copias que representen instrumentalmente los hechos, acontecimientos, negocios, actos jurídicos formalizados ante notario en tiempo y lugar anterior a su solicitud, para la producción de los esperados efectos legales.

“Sin embargo aún existen reservas para quienes tienen en cuenta las desventajas del sistema que puede inhibirse o colapsar con la consecuente pérdida de los datos en él

---

<sup>37</sup> Leal, **Ob, Cit**; Pág. 115

<sup>38</sup> Sánchez, Vivian c.; Machín, Rosaimé 1. **El documento electrónico. Su incorporación al sistema jurídico cubano, a propósito del comercio electrónico.** Pág. 76

contenidos, o el hecho de que la tecnología está condenada a rebasarse a sí misma y con ello a tener vulnerabilidades que luego habrán de ser rebasadas también”.<sup>39</sup>

La unidad del acto es otro de los principios notariales que junto al de inmediatez, permanencia, matricidad o protocolo, por citar algunos, ha de tenerse en cuenta, cuando de actividad notarial electrónica se trate, y es que la unidad del acto supone audiencia notarial plena dada por la presencia en el mismo espacio y tiempo de los sujetos del instrumento notariales el acto de otorgamiento y autorización del documento público.

Para Alberto Gaete “la contratación electrónica resulta estructuralmente diferente a la contratación clásica”.<sup>40</sup> El contrato electrónico al decir por ejemplo del notario chileno produce importantes cambios debido a la realidad virtual en que se desarrolla, bien sea en torno a las formas documentales como en cuanto a su contenido mismo, y en relación con sus elementos esenciales, naturales o accidentales. Específicamente en materia de principios notariales, el autor considera que desaparece la unidad del acto entendida como unidad temporal y espacial propia de la expresión del consentimiento contractual, tanto material que implica simultaneidad en la exteriorización de las voluntades, como forma, o simultaneidad entre las voluntades de las partes y aquellas del oficial público o funcionario autorizante, y que es de un doble carácter: en cuanto al acto, debe ser ininterrumpida, y en su dimensión papel, debe estar contenida en un solo instrumento. Esta última según el autor constituye verdaderamente unidad de texto y es la que permanece en el documento electrónico. Y es que en un contexto electrónico, de

---

<sup>39</sup> Leal, **Ob. Cit**; pág. 125

<sup>40</sup> Gaete, Eugenio Alberto. **Documento electrónico e instrumento público**. Portal de Abogados. <http://www.portaldeabogados.com.ar/noticias/derin05.htm>

intercambio de información digital entre las partes y el notario, sancionada y rubricada con sus respectivas claves códigos algorítmicos, donde no medie contacto físico, únicamente podemos hablar, en algún sentido, de unidad del acto si, reformulando las dimensiones de espacio y tiempo, las partes y el notario se encuentran en red, interconectadas sus computadoras, realizando todas las operaciones en tiempo real y verificándose dicha unidad del acto en el ciberespacio, que al decir Francisco Espinosa “constituye el espacio de comunicación virtual, espacio racional donde los individuos conservan e intercambian datos por medio de terminales y redes entrelazadas”.<sup>41</sup> Aunque definitivamente sobre este punto aún queda mucho por debatir.

Lo importante en nuestro medio guatemalteco, sería tener la noción de enfrentar la vida tal y como la actualizan los países que dejan fluir el rol en la que un notario por tener esa virtud dotada por la ley de intervenir en los negocios jurídicos debe estar, acorde a las exigencias del nuevo mundo cibernético, es como cuando se implementó el sistema de cómputo en nuestro país, para muchos fue sorprendente y para otros inadaptable, en fin hoy en día todos grandes y chicos maniobramos una computadora, lo mismo es para el notario guatemalteco, al inicio es una aventura pero al final deberá ser el plan de diario vivir, claro que para tal cosa hace falta demasiado, pero si lo proponemos estudiantes, docentes y todos los que tengan que ver con el tema, podemos transformar nuestro sistema notarial, implementando una nueva norma donde contemple lo manifestado en este trabajo, tal y como se ha venido viendo que se toman ya en la actualidad cursos de informática jurídica, y no es cosa del otro mundo sino cosa de este mundo, al cual debemos adaptarnos por la misma exigencia de la ciberactualidad, a la cual nos

---

<sup>41</sup> Espinoza, José F. **Contratación electrónica, medidas de seguridad y derecho informático**, pág. 123

enfrentamos; entonces con mucho interés en el tema trabajado debo indicar que realmente es de suma importancia poner al notario guatemalteco al día, y cuanto antes implementar la función notarial dentro del funcionamiento del documento electrónico como instrumentó público.



## CONCLUSIONES

1. La evolución del notario con el transcurrir de los años ha sido constantemente progresiva en todo el mundo en especial en los países europeos y en Guatemala no ha sido la excepción pues aunque la evolución llega un paso después de otros países tal y como su evolución histórica lo ha demostrado en el sentido que se ha ido creando el sistema notarial de conformidad con la evolución de los demás países, al final debe de evolucionar y ponerse a la altura que lo exige el actuar notarial universal.
2. El derecho notarial se encuentra ubicado en el derecho público, no obstante para poder aplicar el derecho notarial se debe conocer derecho privado, social y público. Es decir que una forma esencial y amplia para conocer el derecho notarial guatemalteco sería tener disposiciones que tengan alcance al derecho codificado así como el derecho no codificado.
3. Es evidente con lo estudiado que la función notarial dentro del funcionamiento del documento electrónico como instrumento público, no perdería los principios y características que conlleva nuestro actual sistema a la hora de implementarla. Países como España, Cuba, Chile, entre otros han adaptado un sistema de implementación electrónico dentro de sus legislaciones, el cual ha dejado y servido de espejo virtual, para países de todo el mundo.

4. Existen ya en la actualidad diversas formas de implementar la función notarial dentro del funcionamiento del documento electrónico como instrumento público, sin perder los principios y características que conlleva nuestro actual sistema. Países como España, Cuba, Chile, entre otros han adaptado un sistema de implementación electrónico dentro de sus legislaciones, el cual ha dejado y servido de espejo virtual, para países de todo el mundo. Sin embargo en Guatemala aun no existe.
  
5. Al ser creada la ley El congreso de la República de Guatemala debe tomar en cuenta o apoyar la criptografía, ya que es una disciplina/tecnología orientada a la solución de los problemas relacionados con la autenticidad y la confidencialidad, pues es provee las herramientas idóneas para ello, la creación de los fedatarios públicos electrónicos nos llevara a una garantía superiores en la autenticación así como la creación de un fichero público de control con mayores garantías de las actuales.

## RECOMENDACIONES

1. El Colegio de Abogados y Notarios debe de implementar talleres donde se tome en cuenta la importancia de la evolución del notario guatemalteco con el transcurrir de los años, la cual debería de estar apegado a los constantes cambios de los notarios de otros países sin importar los mecanismos a implementar el sistema notarial guatemalteco debe de estar a la altura de países que se mantienen en constante evolución para así darle vida al cibernetario.
2. Se debe de implementar por parte de los diversos centros de estudios superiores, dentro de los programas y pensum educativos el alcance que tiene el notario sobre el derecho privado, social y público, en toda la actividad que desarrolla en su función notarial, para tener con ello una visión a la cual es necesario llegar para el alcance cibernético actual en la que debería de participar el notario guatemalteco.
3. Es necesario que el Congreso implemente por parte de iniciativas de ley que deben de proponer el colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, las diversas casas de estudios superiores y los que de una u otra forma tengan participación en la actividad notarial, sin que esto signifique que pierda los principios y características que conlleva nuestro actual sistema. Tal y como a sucedido en diferentes países que ya han adaptado un sistema de implementación electrónico dentro de sus actividades notariales, para que con ello los nuevos notarios ya



cuenten con la referida función notarial, así mismo crear actividades para actualizar a los notarios actuales.

4. Que se implemente dentro del pensum de la carrera de Abogado y Notario el funcionamiento del documento electrónico notarial, el cual debe de estar actualizado a una disciplina con la tecnología orientada a la solución de los problemas relacionados con la autenticidad y la confidencialidad de los documentos que se autoricen, y con ello la creación de los fedatarios públicos electrónicos.
5. La Criptografía es una disciplina/tecnología orientada a la solución de los problemas relacionados con la autenticidad y la confidencialidad, y provee las herramientas idóneas para ello, La creación de los fedatarios públicos electrónicos nos llevará a unas garantías superiores en la autenticación de los documentos que circulen a través de las líneas de comunicación, así como la creación de un fichero público de control con mayores garantías de las actuales

## BIBLIOGRAFÍA

BONNACASE, Julien. **Biblioteca clásicos del derecho Vol. I. tratado elemental derecho civil.** Ed. Pedagogía Iberoamericana. Distrito Federal, México, 1998.

BORASSI, Ludovico. **Instituciones del derecho civil.** Ed. José Básela, Barcelona, España, 1985.

BORRELL y Soler. **Derecho civil español.** Ed. Casa Editorial Bosh. Barcelona. España. 1955.

BRAÑAS, Alfonso. **Derecho civil guatemalteco.** Ed. Estudiantil Fénix Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala C.A. 2004.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de Derecho Usual.** Ed. Heliasta S.R.L. Llava. Edición Buenos Aires, Argentina, 1976.

CARRACOSA LÓPEZ, Valentín. **Valor probatorio del documento electrónico.** En jornadas abogacía y nuevas tecnologías y comunidad del colegio de abogados, Madrid, España, 1996.

Diccionario Jurídico ESPASA. Ed. Escalpe, S.A., Madrid, España, 2,001.

DI MARTINO, ROSA ELENA. **El notario de tipo latino en la contratación electrónica.** II Congreso Mundial de Derecho Informático. Madrid. Mayo 23 al 27 de Septiembre del 2002.

OMEBA. **Enciclopedia jurídica.** Ed. Bibliográfica Argentina, S.R.L. Buenos aires, Argentina 1984.

ESPÍN CANOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español.** Madrid, España, Ed. Revista de Derecho Privado, 1981.

PINEDA CORREDOR, Carlos Humberto. **Derecho notarial I**. Publicaciones Monfort, S.R.L. Venezuela, 1996

MORGAN SANABRIA, Rolando. **Material de apoyo para el curso Planeación de la Investigación Científica**. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Unidad de Tesis, USAC, Talleres de Reproducción de Materiales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Guatemala, Guatemala. 1998.

MUÑOZ, Nery Roberto. **Introducción al estudio del derecho notarial**. Ed. Talleres de C & J. Guatemala, 2001.

Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Editorial Heliastar S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1981.

Ethan Katsch. **Law in a electronic woorl**. <http://www.mundoderecho.org>. Acceso el 5/2/2008

Carnelutti. **El cibernotario**, [www.monografias.com/](http://www.monografias.com/) acceso el 10/6/2008

Nuñez, Lagos. **La firma electrónica**, [www.elderecho.com.cl](http://www.elderecho.com.cl). Acceso el 10/6/2008

Rodríguez, Adrados. **El cibernotario**. <http://www.jurisetjuris.org.cl>. Acceso el 14/8/2008

### **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. 1963.

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

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

**Código de Notariado.** Congreso de la República. Decreto 314. 1947.