



X Congreso Nacional de Sociología Jurídica

Córdoba, Noviembre 2009

Comisión 1: La globalización en el campo socio-jurídico

LA GLOBALIZACION EN EL CAMPO JURIDICO NOTARIAL

Claudia Roxana Dorado¹

ABSTRACT

En esta ponencia se examinan algunos de los efectos de la globalización en el campo jurídico, más específicamente en el campo notarial. Se examina en primer lugar la función notarial, y luego de caracterizarla se la analiza en el derecho comparado, especialmente en los sistemas del notariado latino y del notariado sajón ó del Common Law. Se toma el concepto de campo desde la perspectiva de Pierre Bourdieu, como un espacio pluridimensional donde los agentes-notarios- se encuentran en determinadas posiciones y relaciones, con distinta dotación de capital, y con distintas estrategias. Por último se examinan los efectos positivos y negativos de la globalización en el campo jurídico notarial.

El notario. La Función Notarial

En primer lugar para entender la función notarial tenemos que hacer referencia a quién es el notario o qué es un notario, y en tal sentido podemos mencionar una o más definiciones. Mengual y Mengual (op.cit en Gattari,1992) sostiene que el notario es el funcionario público, que jerárquicamente organizado y obrando por delegación del Poder del Estado, y por lo mismo, revestido de plena autoridad en el ejercicio de su

¹ Magister Claudia Roxana Dorado, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, mail: cladorado@yahoo.com

función, autentica las relaciones jurídicas normalmente creadas por la libre voluntad de las personas, dándoles carácter de verdad, certeza y permanencia, previo al estudio, explicación y aplicación del derecho positivo, a cada uno de los actos jurídicos de carácter normal en los cuales interviene. Entonces, según esta conceptualización lo característico de la Función Notarial es la de prestar autenticidad, aplicar el derecho, dar veracidad y configurar el Acto jurídico.

Para Emérito González el notario es el funcionario público investido por ley, para dar fe de los negocios jurídicos que ante él se celebraren y a quien corresponde, estructurarlos jurídicamente, dándoles solidez formal, para cuyo objeto debe previamente captar los hechos a través de las manifestaciones de voluntad, adecuándolos a las normas jurídicas valederas.

Siguiendo a Armella(1998) en nuestra doctrina hay una gran discusión acerca de si el escribano es o no un funcionario público. En la doctrina tradicional, en donde están Machado, Salvat, Halperín, Spota, Borda entre otros, el notario de registro cuando actúa como fedatario es un funcionario público. Esta doctrina se basa en los artículos 980, 982, 987, 990, 992, 993, nota al art. 1112, 973, 979 inciso 1 y 2 del Código Civil.

En la posición opuesta encontramos a Bielsa, Díaz de Guijarro, entre otros que consideran que el notario no es un funcionario público, ya que no pertenece al orden jerárquico de la administración del Estado, ni tiene relación de dependencia con el mismo, ni ejerce representación del Estado, entre otros argumentos, basándose en la vieja legislación española de Las VII Partidas, La Novísima Recopilación, entre otras, por considerar que son la base desde la cual se debe interpretar la legislación en la materia.

En una posición intermedia encontramos al Primer Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrada en Buenos Aires en 1948, que declaró que: “El notario latino es el profesional de derecho encargado de una función pública, consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de éstos y expedir copias que dan fe de su contenido”.

En tal sentido cabe mencionar que en nuestra legislación (específicamente la Provincia de Córdoba) se sigue esta postura intermedia, al igual que en parte de la jurisprudencia,

a modo ejemplificativo se puede mencionar los autos “Bernardo Orduña, Enrique c/Rueda, Alfredo del 31/08/82 de la Cámara Nacional Civil Sala D, JA,1983-IV-474 en donde se dispuso que:”...el escribano es un profesional de derecho que despliega una función pública, en su tarea esencial de dar fe(función fedante)...”

En igual sentido se sostuvo que “...el notario es un profesional de derecho pero cumple una función pública...” Cámara Nacional Civil Sala C en “Quiroga R c/Viale V”, ED 71-349.

El notario según el artículo 10 de la ley 4183 de la Provincia de Córdoba es el profesional de derecho imbuido de una función pública.

Siguiendo a Martínez Segovia podemos decir que la función notarial es una aquella función profesional, documental, jurídica, privada y calificada que ha sido impuesta y organizada por la ley para procurar seguridad, valor, y permanencia de hecho y de derecho al interés jurídico de los individuos(patrimonial o extrapatrimonial, entre vivos o mortis causa) en relaciones jurídicas y hechos jurídicos, mediante su interpretación, configuración, autenticación, autorización y resguardo confiada a un notario. Es decir que la función notarial es una función profesional, jurídica, pública, legal, privada, documental, calificada.

Existen distintas teorías que miran desde diversas posturas a la función notarial, así como al notario, a lo que habría que agregar que la función del notario cambia según el sistema notarial en el que nos encontremos.

Los distintos sistemas de Derecho Notarial

El sistema de notariado de tipo latino

En el sistema de notariado de tipo latino el notario es un profesional del derecho encargado de una función pública, que según Abella(2005) consiste en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los documentos adecuados, confiriéndoles autenticidad, conservando los originales de éstos y expidiendo copias que dan fe de su contenido.

La actividad del notario latino contribuye a la seguridad jurídica, no sólo de las partes sino frente a terceros.

En el notariado latino además el notario tiene una función “alitiigiosa”, por eso siempre se ha sostenido, desde Alfonso X el Sabio, que “notaría abierta, juzgado cerrado”.

El sistema latino exige la intervención de un notario profesional que actúa en la instrumentación de los negocios o actos jurídicos contribuyendo de ese modo a la seguridad jurídica.

El sistema de notariado latino impera en más de setenta países como España, Francia, Portugal, Alemania, Austria, Argentina, entre otros.

El sistema Anglosajón

En la mayoría de los Estados de Estados Unidos de Norteamérica(excepto Lousiana), en Inglaterra y en el resto de los países miembros de la Comunidad británica impera el sistema del notariado anglosajón.

En el notariado anglosajón no necesariamente el notario debe ser un profesional del derecho, ya que en ese sistema se prioriza la circulación de los bienes y derechos, tratando de no limitarlos.

Los contratos son instrumentados en forma privada y tratándose de transacciones sobre inmuebles se respaldan con el seguro de títulos. De las funciones del notario latino como asesor jurídico, autoría del documento y fedatario, sólo ésta última corresponde al notario norteamericano. Pero la fuerza autenticadora de estos escribanos es limitada, los instrumentos que autorizan tienen el valor de un principio de prueba por escrito y no tienen fuerza probatoria plena.

El sistema Funcionarista

Hay algunas variantes a los sistemas mencionados antes, que es el sistema funcionarista donde el notario es un funcionario de la Administración del Estado, por ejemplo: en Dinamarca y en algunos cantones suizos el notario es equiparado a los jueces.

La Función notarial: efectos y acceso

Siguiendo a Adriana Abella(2005) el ejercicio de la función notarial produce efectos en la sociedad como : la seguridad jurídica, el valor y permanencia de los hechos y actos jurídicos, entre otros.

La seguridad jurídica ha sido objeto de debates recientemente en distintos ámbitos debido al problema de la megacausa en el Registro (en la XV Jornada Notarial Cordobesa celebrada en Agosto del 2009, en el Primer Congreso Internacional de Catastro y II Encuentro Provincial de Catastro celebrado en setiembre del 2009),y mas aún sigue siendo objeto de debate entre los distintos países que adoptaron el sistema de notariado de tipo latino.

La importancia de la seguridad jurídica se advierte si se compara el sistema del notariado latino con el del Common Law, y la crisis de las hipotecas subprime, o crisis “ninja” como la denominó el Profesor Leopoldo Abadía.

El profesor Leopoldo Abadía sostuvo que en los Estados Unidos de Norteamérica, los mercados financieros para obtener mas ganancias, ofrecieron para la adquisición de inmuebles dos tipos de hipotecas: las prime y las subprime, las primeras menos riesgosas que las otras. Las hipotecas subprime se ofrecieron a un tipo de clientes “ninja” , tal como las denomina Abadía, (no income, no job, no assets) es decir personas sin ingresos ó empleo fijo, sin propiedades, con una mayor tasa de interés.

Sintéticamente, podríamos decir que los Bancos prestaron y prestaron, y luego utilizaron préstamos de otros bancos, y de otras corporaciones, algunas (muchas) sin respaldo Estadual, y los paquetes con las hipotecas (cobrables y las otras difícilmente cobrables) y los títulos formaron parte de los activos de distintos bancos ó entidades y cuando los tomadores de las subprime no pudieron pagar, habiendo subido mas las tasas, se comenzó a generar una mayor desconfianza con el sistema financiero, y las

personas que eran propietarios con hipotecas subprime comenzaron a ser ejecutados, y por el juego financiero se perdieron billones que nadie sabe donde está. Por esto es que consideramos que un sistema en donde el Estado controla las hipotecas, en donde los notarios son profesionales del derecho, asesoran, controlan y cuidan como “llaves” los bienes preciados de las personas nos da mucha mas seguridad que otros, y adherimos entonces al sistema del notariado latino. En este sentido también coincidimos con la investigación realizada por la Dra Elena I. Highton et al(2005) en donde la misma destaca la intervención del notario dentro de la órbita del derecho de origen romano-germánico, ya que el mismo otorga eficiencia y seguridad jurídica a las transacciones inmobiliarias.

Entonces la actuación del notario latino confiere seguridad, perfección jurídica al documento desde la función fedante, al mismo tiempo que le da valor inter partes y frente a terceros, y permanencia. El notario además tiene otras funciones como la de agente de retención, percepción, información, etc.

El acceso a la Función Notarial

En el sistema del notariado Latino, el Estado exige algunos requisitos comunes para el acceso a la función notarial, pero como en nuestro sistema se encuentra dentro de las facultades reservadas por las Provincias, éstas presentan algunas particularidades.

Incluso los distintos países que han adherido al sistema del notariado latino, tienen algunos requisitos disímiles en materia de acceso al sistema notarial, como España, Italia, entre otros, donde los concursos para el acceso a la función se caracterizan por la severidad.

En argentina, provincias adoptaron el sistema de libre ingreso (como Mendoza, Santa Fe) en tanto que otras adoptaron el sistema de cupos por vacancia de registros, como Córdoba, Buenos Aires, entre otros.,

Los requisitos comunes en el país para el ejercicio del notariado son: ciudadanía mayoría de edad, residencia, título habilitante, buena conducta, aprobación del concurso de antecedentes y oposición ó prueba de idoneidad.

Si examinamos cada uno de los requisitos para el acceso a la función notarial nos damos cuenta que es una profesión que exige una “localización”, una residencia, permanencia, a diferencia de la profesión de abogado que puede ser ejercida en otro Estado, por medio de la revalidación del título, no obstante ello, la función notarial no está exenta del fenómeno de la globalización.

La Globalización: el campo jurídico notarial

La globalización

Como sostiene Andrés Fink (2000) la palabra “globalización” es polisémica, y forma parte de la terminología cotidiana desde hace más de una década. La palabra “globalización” es tan fuerte, que Zygmunt Bauman (1999) sostiene que es una palabra de moda, un fetiche, una llave destinada a abrir puertas, causante de felicidad o de infelicidad. En igual sentido Néstor García Canclini (2000) sostiene que muchos consensuan ó adhieren al fenómeno de la globalización, porque piensan que van a acceder a una mayor cantidad de bienes o servicios, cuando en realidad esto no es así, sino que viven una globalización imaginada.

Ahora bien, la mayoría de los sociólogos se cuestionan cuando surgió la globalización.

Para algunos autores la globalización aparece con la modernidad, en tanto que para otros ya existía con anterioridad. Así los que adhieren a esta última visión sostienen que la globalización surgió desde tiempos históricos remotos (Fink, 2000) o en el siglo XV cuando se produjo la circunnavegación de europeos por otros continentes, como sostiene Brunner(1989).

También para Robertson(1992) la globalización surgió antes de la modernidad, aunque ésta le dio un impulso significativo. Para Robert Robertson la globalización hace referencia a una mayor comprensión del mundo e intensificación del mundo como totalidad.

Para otros autores, la globalización surge en la modernidad, y para otros en lo que se denomina la postmodernidad. Para Anthony Giddens la globalización aparece con la modernidad.

Lo cierto es que en el siglo XX, con el avance de las nuevas tecnologías de la información y comunicación es innegable que estamos en un proceso donde hay una mayor comunicación a nivel mundial. Por ello es que Castells sostiene la existencia de una “sociedad red”, y Giddens(1991) sostiene que la globalización llevó a la intensificación de las relaciones sociales por todo el mundo, de tal manera que los sucesos locales están afectados o conformados por lo que sucede en otros puntos del planeta y viceversa.

Para Ulrich Beck(1998) la globalización implica la salida de lo político del marco categorial del Estado-Nación. El Estado Nación es territorial, mientras que la sociedad global –producto de la globalización- se ha difuminado por todos los aspectos de la vida social.

Para algunos la globalización es solo económica, en tanto que para otros es además cultural ó social. En tal sentido Roland Robertson (2000)focaliza como lo global y lo local generan una cultura global.

Siguiendo a Ulrich Beck (1998) podemos sostener que la globalización hace referencia a los procesos en virtud de los cuales los Estados Nacionales soberanos se entremezclan e imbrincan con actores sociales transnacionales.

Ahora bien este proceso globalizador tiene distintas dimensiones ó características, en las cuales coinciden la mayoría de los sociólogos, como es la comprensión de la dimensión témporo-espacial.

El mundo está en un proceso de cambio constante, las distancias no existen para los que están globalizados, mientras que otros están cada vez mas “localizados” y ser “local” en un mundo globalizado, señala Bauman es una “señal de penuria y degradación social”(pp9). La globalización homogeniza pero al mismo tiempo incluye procesos de segregación, segmentación, marginación y discriminación social.

La globalización permea los distintos aspectos de la vida social, tal vez el mas relevante para esta ponencia, es el jurídico.

La globalización en el campo jurídico: el notariado

Elena Highton y Angélica Vitale(2005) sostiene que las profesiones jurídicas no están exentas del proceso de globalización y esto se puede ver en los distintos buffets de abogados de un país con corresponsalías en otros. Sin embargo en el ámbito notarial, este ejercicio profesional extraterritorial no es posible, ya que se trata de una profesión que exige localización, no obstante ello si hay circulación internacional de documentación jurídica, entre ella la notarial.

El ALCA (Tratado de Libre Comercio de las Américas) consagra el principio de libre circulación de servicios.

El Protocolo de Montevideo de 1997 aclaró que por servicio se entiende a cualquiera prestado por cualquier sector excepto el prestado en ejercicio de funciones gubernamentales.

Lo cierto es que tanto en el ámbito latinoamericano, como Europeo, aún cuando éstos están mas avanzados en materia legislativa, la circulación en materia notarial, es principalmente a través de los documentos, como poderes, ratificaciones, aceptaciones o repudiaciones de herencias, contratos, constitución de sociedades, autorizaciones de viaje, cartas de porte, testamentos, etcetera

Las ventajas de la circulación internacional de documentos notariales es principalmente por el hecho de favorece el tráfico jurídico, pero también presenta dificultades que la legislación trata de superar, como la relativa al idioma, donde se suele exigir minuta de traducción, pero el tema mas espinoso se deriva de las diferencias existentes entre el ordenamiento jurídico en donde se emite el documento y el país en el cual, el mismo tiene que circular. De todos modos, aún cuando no existiesen disposiciones al respecto, prevalecerían los principios generales del derecho, por ejemplo: una menor de 18 años que para nosotros es menor y para otros países es mayor de edad.

Los distintos convenios internacionales han ido tratando de superar las dificultades existentes, por ello nuestro país ha adherido a la Convención de La Haya de 1961 que estableció la APOSTILLA para garantizar la autenticidad formal del documento.

En 1992 en Las Leñas Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay suscribieron un Protocolo de Cooperación y Asistencia jurisdiccional, civil, comercial, administrativo, y laboral, en donde se dispuso que los instrumentos públicos emanados de un Estado parte tendrán en otro la misma fuerza probatoria que sus propios instrumentos públicos(artículo 25).

Al avance de la legislación en materia de globalización, habría que agregarle todos los esfuerzos de las asociaciones profesionales, y agrupaciones en la materia. Así cabe mencionar los esfuerzos de la Unión Internacional del Notariado Latino, en unificar criterios para la certificación electrónica de firmas, en el protocolo notarial electrónico, etc.

CONCLUSION

Si bien por sus características esenciales la actividad notarial es esencialmente “localizada”, es decir tiene una jurisdicción determinada, su acceso exige residencia en un determinado lugar, por lo menos en nuestra legislación, no es ajena a la “globalización”, no solo por la aplicación y vigencia de los Convenios Internacionales, sino porque a través del proceso de globalización nos encontramos con actores sociales transnacionales, documentos extranjeros, múltiples normativas que prevén actuaciones de personas que no son nacionales. Esto nos lleva a pensar que el notariado puede ser pensado en términos de Bourdieu, como un campo en donde hay una lucha por imponer una visión de la realidad, y en donde en ese campo se despliegan un conjunto de estrategias, la mayoría de las cuales son de ortodoxia o de conservación, en tanto que otras, las de aquellos que tienen una visión mas globalizante, son de herejía.

Bibliografía:

Abella, Adriana (2005) “Derecho Notarial” Editorial Zavalía.

Armella, Cristina Noemí como Directora et al(1998) “Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario” Tomo OO, Editorial Ad Hoc.

Beck, Ulrich (1998) ¿Qué es la globalización? Ed. Paidós.

Bauman, Zygmunt (1999) “La globalización” Consecuencias Humana. Editorial Fondo de cultura económica.

Bourdieu, Pierre y Gunter Teubner(2000) La Fuerza del Derecho, Ediciones Uniandes

Gattari, Carlos Emérito(1992)”Manual de Derecho Notarial”, Ediciones Desalma.

García Canclini, N. (2000) La. globalización Imaginada. FCE.

Highton, Elena I. et al (2005) “La Función Notarial en la comunidad globalizada”. Ed. Rubinzal Culzoni.

Revista Notarial, Colegio de Escribanos de Córdoba Año 2000 Número 79, Córdoba. pp.164-165.

Revista Notarial, Colegio de Escribanos de Córdoba Año 1996- I Número 71, Córdoba, pp.201.

En Internet:

http: www.notarioslatinos.com el artículo “El notariado: Llave de la seguridad jurídica”

Análisis de la crisis Subprime que triunfa en Internet ¿Sabe qué es la crisis Ninja? En
http: www.elmundo.es de Economía