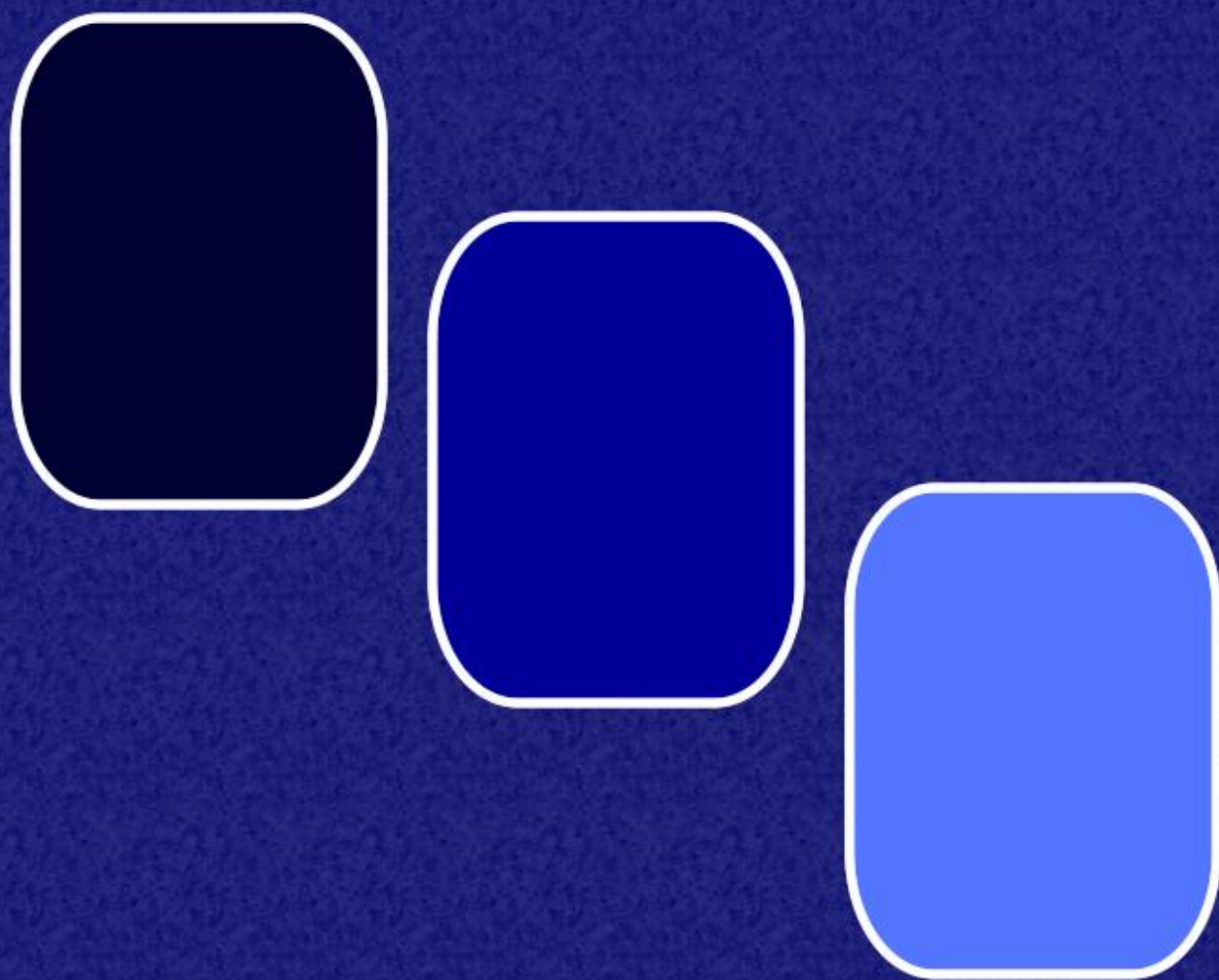


ISSN 1853-6239

In Iure

Revista Científica Semestral de Ciencias Jurídicas y Notariales



Mayo de 2011. Año 1. Volumen 1.

Universidad Nacional de La Rioja

Autoridades UNLaR

Rector:

Dr. Enrique Daniel Nicolás Tello Roldán

Vicerrector:

Lic. Sergio Eduardo Martin

Autoridades Departamento Académico de Ciencias Sociales, Jurídicas y Económicas

Decano:

Ab. José Nicolás Chumbita

Secretario Académico:

Mg. Marcelo Bonaldi

Revista IN IURE

Directoras:

Ab. Myrtha Argañaraz de Mundet

Ab. Elsa Manrique

Coordinador:

Lic. Maximiliano Bron

IN IURE

AÑO 1 – VOL. 1 –

Dirección:

**Myrtha Argañaraz de Mundet
Elsa Manrique**

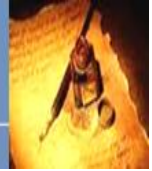
Coordinación:

Maximiliano Bron



In Iure

Revista Científica Semestral de Ciencias Jurídicas y Notariales



IN IURE

Primera edición: 1 de Mayo de 2011, La Rioja, Argentina.

IN IURE

Av. Luis M. de la Fuente s/n.

La Rioja. Argentina.

© De los Autores, 2011

© IN IURE, 2011

Editorial: Universidad Nacional de La Rioja

Dirección: Myrtha Argañaraz de Mundet y Elsa Manrique

Coordinación General: Maximiliano Bron

ISSN: 1853-6239

Índice

El primer número: Presentación de In Iure [ARGAÑARAZ, Myrtha, y MANRIQUE, Elsa]	7
1. "El artículo 43 de la ley 24.521: Pautas para la interpretación y aplicación de la norma" [MUNDET, Eduardo]	11
2. "El Acuífero Guaraní. Características fácticas" [MANRIQUE, Elsa]	23
3. "La identidad personal. Un derecho que aguarda su pleno ejercicio" [MORICONI, Alejandro]	34
4. "La ley de blanqueo laboral" [BELTRAME, Alejandra]	42
5. "La transacción en el juicio de daños" [PÉREZ GIMÉNEZ, Pablo]	62
6. De Namibia a Kosovo [PEZZANO, Luciano]	75
7. La discriminación laboral y la mujer [TORRES, María Noé]	122
8. El notario como grante del derecho de las personas [FLORES, Juana Soledad]	144

EL PRIMER NÚMERO

Presentación de In Iure

Ab. Myrtha Argañaraz de Mundet

Prof. Emérita de la Universidad Nacional de La Rioja
Directora de la Carrera de Abogacía y Procuración

Ab. Elsa Manrique

Prof. de la Universidad Nacional de La Rioja
Directora Carrera de Escribanía y del Instituto
de Derecho Notarial

DATOS DE LA REVISTA:

URL: <http://iniure.unlar.edu.ar>

Fecha de Publicación: 01/05/2011

Dirección de la Revista:

Myrtha Argañaraz de Mundet
Elsa Manrique

Coordinación:

Maximiliano Bron

Quien haya seguido con alguna atención el desenvolvimiento de la vida intelectual de nuestro tiempo, habrá advertido, sin duda alguna, la evolución y avance de la tecnología informática y de las telecomunicaciones

Al igual que en otros sectores de la sociedad, el mundo de la educación está recibiendo la influencia de la Era de Información. El impacto sobre las universidades es y será considerable. Han surgido nuevas tecnologías que constituyen un reto para los métodos de docencia, investigación, los medios de organización, e incluso, la definición misma de la misión de la Universidad y del rol que desempeña en la sociedad.

Por ello desde las carreras de Abogacía, Escribanía y Procuración se ha implementado la Revista digital "IN IURE", para promover el análisis, estudio y debate de la más variada temática que interesa a operadores jurídicos y a la comunidad en general, en el convencimiento de la necesidad de la investigación para el desarrollo y progreso del Derecho de nuestro país.

IN IURE es una Revista de formato electrónico, abierta a la participación y colaboración de toda la Comunidad Científica. Las publicaciones pretenden ser de una alta calidad y rigor en la veracidad de su contenido, a los que se suma una incesante labor de actualización. Para asegurar su excelencia, los trabajos son sometidos a la evaluación de un Consejo de referato.

Esta Revista, como foro de información, formación en el estudio, desarrollo y perfeccionamiento del Derecho, permite garantizar el progreso social, económico y cultural de nuestro país y está abierta a las contribuciones, sugerencias e investigaciones que se ocupen del Derecho.

Surge con el propósito de brindar a los estudiosos y profesionales del Derecho, preocupados por el desarrollo de nuestro ordenamiento jurídico, reflexiones rigurosas sobre los temas que inquietan a los ciudadanos y juristas.

En sus páginas se encuentra diferentes temáticas, así el Profesor **Abogado Eduardo Mundet** realiza una interpretación y aplicación del artículo 43 de la ley 24.521, tarea que no resulta fácil. En primer lugar porque se trata de una institución o un mecanismo que no sólo carece de antecedentes en nuestro país, sino que, incluso, no responde estrictamente a sistemas que puedan encontrarse en el derecho comparado. En segundo lugar porque contiene pautas muy genéricas para la determinación de las carreras que deben incluirse en su nómina y en tercer lugar porque su aplicación constituye límites de consideración –si bien justificados– a la autonomía universitaria. Posteriormente, la **abogada Elsa Manrique** efectúa una visión introductoria del Acuífero Guaraní, fundada en condiciones fácticas más que jurídicas. Explica que es un acuífero de aguas fósiles, que es de un alto valor estratégico, geopolítico y económico y que es lamentable observar cómo en algunos países de América latina se está llevando a cabo un proceso de privatización del agua.

Por su parte el Profesor Abogado **Alejandro Alberto Moriconi**, discurre sobre el derecho a la identidad personal, que como bien dice el autor, "Se trata de un derecho natural, atributo propio e inherente a la condición del hombre. De él emanan derechos subjetivos e individuales, que el Estado tienen el deber de respetar y la obligación de tutelar." Luego, en su trabajo la abogada **Alejandra Beltrame** analiza el objetivo de la Ley Nro. 26.476 de registración laboral y los requisitos que la misma aplica reseñando la tendencia protectora del contrato de trabajo. Explora también las consecuencias jurídicas de la falta de registración laboral o de su insuficiencia fijando las opciones que tienen los trabajadores frente a la multiplicidad de supuestos que pueden operar.

Seguidamente el **abogado Pablo Pérez Giménez**, realiza una breve caracterización del instituto de la transacción, en cuanto a sus requisitos, caracteres, naturaleza jurídica y efectos y la posibilidad de ejercicio de la facultad resolutoria tácita en el contrato de transacción. El **abogado Luciano Pezzano** en su presentación analiza la evolución de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en materia de libre determinación y en particular, el tratamiento que la Corte realizó del respectivo principio en su opinión consultiva sobre la independencia de Kosovo. Inmediatamente la **abogada María Noé Torres** nos introduce a la temática de la discriminación flagelo actual que afecta a todas las personas en algún momento de nuestra vida. La autora realiza un análisis de la legislación y la jurisprudencia de nuestro país, sobre este problema en el mundo globalizado. Este volumen cierra sus páginas con el trabajo de la **Escribana Soledad Flores** que presenta a la función del notario latino como un componente necesario para garantizar los derechos de las personas y la seguridad jurídica del Estado.

Esta revista responde a una política Institucional impulsada desde el Departamento de Ciencias Sociales Jurídicas y Económicas, que permite, por primera vez, que las carreras de Abogacía, Escribanía y Procuración de la Universidad Nacional de La Rioja logren un espacio exclusivo, iniciativa que persigue como objetivo reconocer la importante labor que realizan tanto los docentes, como juristas, funcionarios y estudiosos del derecho.

Agradecemos al señor Decano del Departamento Académico, Profesor Abogado José Nicolás Chumbita, al Señor Secretario Académico Licenciado Magister Marcelo Bonaldi, y al señor Rector Dr. Enrique Tello Roldán, el apoyo brindado para que esta iniciativa pueda concretarse.

Cita de este artículo:

ARGAÑARAZ, M. y MANRIQUE, E (2011) "El primer número: Presentación de In Iure". *Revista IN IURE [en línea] 1 de Mayo de 2011, Año 1, Vol. 1.* pp.07-10. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

EL ARTÍCULO 43 DE LA LEY 24.521¹: "PAUTAS PARA LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA NORMA"

Eduardo R. Mundet

Abogado, Escribano, Procurador, especialista en educación; ex vicedecano de la facultad de Derecho de la UNC; ex Subsecretario de Políticas Universitarias; ex Ministro de Educación, Provincia de Córdoba; ex Rector Universidad Siglo 21; Profesor Titular de Derechos reales, Docente de posgrados, autor de múltiples publicaciones y proyectos de investigación.

Palabras Clave: Carreras Universitarias – Autonomía – Estándares – Comisión Nacional de Acreditación y Valuación Universitaria

Key Words: College Careers -independence - Standards - National Commission of University Accreditation and Valuation.

Resumen

El Artículo analiza en primer lugar la pautas de interpretación del artículo 43 de la Ley 24.521, llegando a la conclusión que él debe aplicarse con carácter restrictivo y rigurosa a la hora de calificar carreras cuyo ejercicio genera riesgo social, siendo la regla la autonomía de las universidades en esta materia. Sobre esas pautas

¹ Art. 43: "Cuando se trate de títulos correspondientes a profesiones reguladas por el Estado, cuyo ejercicio pudiere comprometer el interés público poniendo en riesgo de modo directo la salud, la seguridad, los derechos, los bienes o la formación de los habitantes, se requerirá que se respeten, además de la carga horaria a la que hace referencia el artículo anterior, los siguientes requisitos: a)- Los planes de estudio deberán tener en cuenta los contenidos curriculares básicos y los criterios sobre intensidad de la formación práctica que establezca el Ministerio de Cultura y Educación, en acuerdo con el Consejo de Universidades; b)- Las carreras respectivas deberán ser acreditadas periódicamente por la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria o por entidades privadas constituidas con ese fin debidamente reconocidas. El Ministerio de Cultura y Educación determinará con criterio restrictivo, en acuerdo con el consejo de universidades, la nómina de tales títulos, así como las actividades profesionales reservadas exclusivamente para ello"

hermenéuticas analiza el fundamento de la norma, los requisitos para su aplicación a una carrera y las exigencias que la misma debe cumplir para ser acreditadas. Por último refiere a los efectos de la inclusión de una carrera en la nómina del artículo 43

1.- INTRODUCCIÓN:

La correcta interpretación y aplicación del artículo 43 de la ley 24.521 no resulta tarea fácil. En primer lugar porque se trata de una institución o un mecanismo que no sólo carece de antecedentes en nuestro país, sino que, incluso, no responde estrictamente a sistemas que puedan encontrarse en el derecho comparado. En segundo lugar porque contiene pautas muy genéricas para la determinación de las carreras que deben incluirse en su nómina y en tercer lugar porque su aplicación constituye límites de consideración –si bien justificados- a la autonomía universitaria.

Por estas razones el intérprete debe moverse con sumo cuidado, procurando desentrañar el fin perseguido por el legislador, el razonable equilibrio que este pretende entre el principio de autonomía y la responsabilidad que el Estado compromete frente a los particulares y la necesaria armonía que debe existir en un cuerpo normativo.

Esta tarea interpretativa demanda, entonces, del intérprete la necesidad de considerar algunas cuestiones previas que han de servir como sustento a la interpretación del artículo 43.

2.- LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA:

El inciso 19 del artículo 75 de la Constitución Nacional, conforme a la redacción introducida en la reciente reforma de 1994, encomienda al Poder Legislativo "Sancionar leyes de organización y de base de la educación...que garanticen...la autonomía y la autarquía de las universidades nacionales". Por su parte la Corte Suprema de Justicia de la Nación y diversos fallos de tribunales inferiores han

reconocido que esa autonomía no es absoluta y esta sujeta a las leyes que reglamenten su ejercicio (artículo 14 CN).

Con ese criterio la Ley de Educación Superior 24.521 (LES) ha reconocido la autonomía universitaria en su artículo 29. El mecanismo que ha seguido esa ley para consagrar la autonomía difiere de la mayoría de las leyes anteriores, suministrando una pauta importante para la interpretación y aplicación del principio constitucional aludido. En efecto, la mayoría de las leyes universitarias anteriores se limitaban a enumerar las facultades y atribuciones de las universidades, enumeración que según apareciera como más o menos extensa constituía una mayor o menor autonomía de las universidades. Esa técnica legislativa llevaba a interpretar que las universidades tenían autonomía *sólo* en aquellos aspectos aquello que estuviera *taxativamente* enumerado.

La LES, por el contrario, utiliza una técnica inversa ya que claramente indica que la enumeración de facultades que se efectúa en el artículo 29 es meramente *ejemplificativa*². Esto invierte a favor de la autonomía las reglas de interpretación. Esto implica que las universidades son autónomas para decidir en general *salvo* en aquellas cuestiones expresamente limitadas

Un principio básico de hermenéutica jurídica determina que cuando el intérprete encuentra enfrentadas una regla y su excepción, en la duda debe inclinarse por la aplicación de la regla. Dicho de otra forma, que las excepciones a una regla son de *interpretación y aplicación restrictiva y rigurosa*.

En consecuencia si conforme a la norma del artículo 29 la autonomía es la regla y cualquier limitación constituye excepciones a esa regla, podemos sentar al respecto algunas conclusiones que nos servirán de base para la interpretación del artículo 43:

- 1. Que las limitaciones a la autonomía resultan de interpretación y aplicación restrictiva y rigurosa.**
- 2. Que en la duda el intérprete debe inclinarse por la vigencia de la regla.**

² El art. 29 establece en su primera parte textualmente que: "*Las instituciones universitarias tendrán autonomía académica e institucional, que comprende básicamente las siguientes atribuciones*". El empleo del término "básicamente" esta indicando con claridad que la enumeración que efectúa la norma a continuación es enunciativa, ejemplificativa y que sólo pretende destacar aquellas acciones más importantes y que de ninguna manera es limitativa.

- 3. Que en principio las limitaciones a la autonomía deben resultar expresas de una norma legal o, por lo menos, de una aplicación razonable del derecho vigente.**

3.- LA REGLA Y LA EXCEPCIÓN EN EL RÉGIMEN DE TÍTULOS

El criterio aplicado por la LES de consagrar a la autonomía como una regla, se mantiene en materia de títulos. Adviértase que en esta temática la regla la constituye la autonomía de las universidades para crear carreras (art. 29, inc. d³), fijar sus contenidos (art. 29 inc. e⁴), determinar los conocimientos que se impartan, certificar las capacidades y competencias de sus egresados, con la única limitación de respetar la carga horaria mínima que fije el Ministerio de Educación en acuerdo con el Consejo de Universidades (artículo 42⁵). Por lo tanto el artículo 43 que impone una limitación a ese amplio margen de autonomía constituye una *excepción a la regla*. Podemos sentar así otra pauta interpretativa fundamental:

- 1. La regla en materia de títulos es la autonomía de las universidades para generarlos y definir sus características.**
- 2. El artículo 43 constituye una excepción a esa regla.**
- 3. Por lo tanto esta norma es de *interpretación y aplicación restrictiva y rigurosa*.**

³ Art. 29...inc.d)- "Crear carreras de grado y de posgrado"

⁴ Art. 29...inc e)- "Formular y desarrollar planes de estudio..."

⁵ Art. 42: "Los títulos con reconocimiento oficial certificarán la formación académica recibida y habilitarán para el ejercicio profesional respectivo en todo el territorio nacional, sin perjuicio del poder de policía sobre las profesiones que corresponde a las provincias. Los conocimientos y capacidades que tales títulos certifican, así como las actividades para las que tienen competencia sus poseedores, ser fijados y dados a conocer por las instituciones universitarias, debiendo los respectivos planes de estudio respetar la carga horaria mínima que para ello fije el Ministerio de Cultura y Educación, en acuerdo con el consejo de universidades". La norma deja en claro así que en materia de títulos contenidos y competencias la regla es la autonomía de las universidades, con la única limitación de la carga horaria mínima.

4.- EL FUNDAMENTO DE LA EXCEPCIÓN:

Resulta indispensable, también, en esta tarea interpretativa, determinar el fundamento de la excepción; es decir el porque la ley se aparta, en los casos que prevé, de la regla de autonomía e impone limitaciones a esa facultad.

Parece que el propósito de la ley es claro: Responde a la necesidad de asegurar a la sociedad un ejercicio profesional responsable cuando el mismo, si fuera realizado por quien no tenga la debida formación, pudiera generar un riesgo directo a la salud, la seguridad, los derechos, los bienes o la formación de los habitantes. Se entiende así que el principio de autonomía debe ceder frente a otros valores o intereses de mayor jerarquía, como son los que la ley enuncia. La salud, la seguridad los derechos, los bienes y la educación de los habitantes, son responsabilidad del Estado y por ello este se encuentra legitimado para tomar los resguardos necesarios para garantizarlos.

Esos resguardos se logran mediante la fijación de contenidos curriculares básicos y de criterios sobre la intensidad de la formación práctica necesarios e indispensables para lograr una formación profesional adecuada.

Pero la determinación de esos elementos curriculares constituiría una mera declaración teórica, que no lograría la garantía que se pretende, si el Estado no se reservara además un mecanismo para comprobar la aplicación de los mismos. Por ello se establece la acreditación como procedimiento apto a esos fines.

El fundamento de la excepción es, entonces, la necesidad de garantizar a los habitantes un ejercicio responsable en aquellas profesiones que pongan en riesgo valores fundamentales.

5. EL CRITERIO PARA DEFINIR LAS CARRERAS DEL ART. 43:

El primero lugar debemos partir de un criterio general, que resulta de las pautas interpretativas expuestas precedentemente: La inclusión de una carrera dentro del régimen del artículo 43 debe hacerse con **criterio restrictivo y riguroso**. Esto implica por una parte que sólo deben incluirse aquellas carreras que claramente respondan a los requisitos del artículo. En la duda debe desestimarse su inclusión. Si este criterio no

es comprendido se corre el riesgo de desnaturalizar el mecanismo y los fines de la ley y, lo que es más grave, avanzar sobre la autonomía de las universidades. Por ello pensamos que este criterio restrictivo debe ser una postura inicial del intérprete.

Si alguna duda quedara al respecto, la propia norma determina expresamente esta consigna interpretativa en su último apartado al expresar categóricamente que "el Ministerio determinará **con criterio restrictivo...** la nómina de los títulos.

6.- LOS ELEMENTOS TIPIFICANTES DE LAS CARRERAS DEL ART. 43:

La ley contiene los siguientes elementos tipificantes de las carreras que deben incluirse en la nómina del artículo 43:

Que se trate de títulos correspondientes a:

- 1. Profesiones reguladas por el Estado**
- 2. Cuyo ejercicio pudiera comprometer el interés público**
- 3. Poniendo en riesgo de modo directo**
- 4. La salud; la Seguridad; los derechos; los bienes o la formación de los habitantes.**

Debe tratarse de **profesiones reguladas por el Estado**. Esto plantea un primer interrogante ya que se ha entendido siempre que la regulación de las carreras es materia comprendida dentro del poder de policía que corresponde a las provincias. Así todas las jurisdicciones provinciales han dictado leyes regulatorias de las principales carreras con un criterio aproximado al de la LES. Se regulaban aquellas carreras que formaban para el ejercicio de profesiones liberales. Se pretendía proteger a la comunidad limitando el ejercicio de determinadas competencias⁶ a quienes tuvieran un título habilitante. A estas legislaciones y a los procedimientos que las mismas determinan se refiere la ley al hablar de profesiones reguladas por el estado. Cabría preguntarse que ocurriría si la profesión se encuentra regulada en una provincia y no en otras. El supuesto parece teórico ya que con el criterio restrictivo al que se ha

⁶ Incumbencias en una terminología actualmente abandonada que constituía un invente auténticamente argentino

aludido resulta difícil que una profesión pueda tipificar los otros supuestos y que no haya merecido la preocupación de todos los gobiernos provinciales.

La exigencia de la regulación no nos debe llevar a pensar que todo título regulado encuadraría en el artículo 43. *La regulación es una exigencia necesaria pero no suficiente.*

Cabría preguntarse también ¿si una carrera que responda a todas las exigencias del artículo 43, menos la de estar regulada, podría entrar en la lista del mismo? Ese supuesto es difícil que se dé, pero en el caso de que apareciera, dicha carrera encontraría un inconveniente legal, que sólo podría salvarse obteniendo la regulación estatal.

El elemento sustantivo de la figura lo constituye el ejercicio profesional sobre el que se predicen los otros requisitos. Es **el riesgo** que crea a los habitantes el ejercicio de determinadas actividades por quienes no han recibido una debida formación teórica y práctica. El ejercicio debe **comprometer el interés público, poniendo en riesgo determinados valores.**

El primer problema resulta a la hora de determinar **en que consiste el interés público.** Más allá de las múltiples definiciones y conceptos que la doctrina suministra al respecto, la ley pretende una distinción primaria entre el interés individual y el interés genera. Por ello nos habla de los habitantes en su conjunto. El impacto profesional debe ser generalizado. Se está pensando en profesiones liberales en las que la oferta de la tarea profesional es indiscriminada y dirigida a personas que no están, por lo general, en condiciones de analizar o comprobar la formación del profesional, como lo podría hacer una empresa.

El segundo aspecto, también, de difícil interpretación es la **caracterización del riesgo.** Con un criterio amplio podríamos llegar a admitir que la mayoría de las acciones humanas, hasta las más insignificantes, de alguna manera generan riesgo social. Quien podría negar, por ejemplo, que un Licenciado en Historia cuando presenta los resultados de una investigación histórica podría comprometer a la sociedad generando un riesgo social si su tarea investigativa resulta errónea por su defectuosa formación. No obstante no es a ese riesgo al que la ley refiere. La norma tiene un calificativo fuerte del riesgo: Este debe ser **directo.** Es decir que el daño que se puede producir por el ejercicio de un profesional debe ser una *consecuencia*

*inmediata*⁷ de su mala formación y no el resultado de otra serie de consecuencias que pueden contribuir al efecto negativo.

En consecuencia lo que la norma nos esta definiendo es una carrera que habilite para ejecutar tareas que de ser realizadas por una persona deficientemente capacitada, generen la posibilidad de un riesgo que revista las siguientes características: 1)- Que comprometa o alcance a un número considerable de personas (interés público); 2)- que la posibilidad de causar un daño o un mal sea una consecuencia directa de la mala formación profesional; 3)- que el riesgo que se genere sea de entidad y que el mismo comprometa, no a cualquier bien , sino a aquellos de rango constitucional como los que la norma enumera.

7.- LA INCLUSION DE CARRERAS:

Cave preguntarse porque la ley no enumeró directamente las carreras que entendía como de riesgo. La respuesta a este interrogante contribuye a precisar el verdadero sentido de la norma. Parece razonable que si lo que determina la inclusión de una carrera es la potencialidad de generar riesgo social, podría ocurrir que lo que hoy es factible de producir ese riesgo no lo sea mañana, o a la inversa lo que hoy no se considera peligroso lo sea en un futuro. Más aún si, como se aclarará en puntos siguientes, lo riesgoso no es la carrera en su conjunto, sino algunas actividades o competencias de la misma. Por ejemplo existen varias actividades que hace un par de años no podían considerarse riesgosas para el medioambiente y que hoy lo son. U otras, como por ejemplo el cálculo de grandes estructuras edilicias que hoy pueden requerir de un experto con determinada formación, que en un futuro inmediato podría dejar de ser riesgoso si un programa informático resolviera el problema con sólo cargar algunos datos. Como se puede apreciar el sistema de la ley es abierto, por lo que corresponde al Ministerio estar atento a los cambios y progresos sociales para determinar inclusiones o bajas.

⁷ En los términos que las define nuestra legislación civil

8.- LOS PLANES DE ESTUDIO:

La ley establece (art. 43 inciso a) que calificado un título como comprendido en el artículo 43 el Ministerio en acuerdo con el Consejo de Universidades determinará los contenidos curriculares básicos y los criterios sobre la intensidad de la formación práctica. Sobre el particular caben dos advertencias importantes. Los contenidos que se fijan deben ser *básicos* dice la ley. Al discutirse el tema con referencia a la carrera de medicina se cuestionó esa calificación sosteniéndose que debía hablarse de contenidos *mínimos*. Si bien con una exagerada precisión podría pretenderse encontrar alguna diferencia entre esos dos términos, parece que queda claro el sentido de la ley.

De lo que se trata es de aquellos contenidos indispensables para afrontar las competencias que resulten generadoras del riesgo advertido. Esto implica que lo que la ley pretende no es la *calidad de la oferta educativa* como ocurre con los posgrados, sino la formación necesaria *para aquellas actividades profesionales reservadas*, monopólicamente al título. Es con respecto a esos aspectos que los planes de estudios deben respetar los contenidos básicos indispensables para la debida formación. Porque son mínimos necesarios debe en consecuencia evitarse pretender sustituir a la universidad en la elaboración del plan de estudios. Recuérdese que el carácter restrictivo al que con insistencia nos hemos referido, alcanza incluso a este aspecto, determinando que los contenidos que se fijan no deben superar lo estrictamente necesario para garantizar la debida formación del profesional y despejar el peligro del riesgo social. *A partir de los mismos las universidades son autónomas para el diseño curricular.*

El segundo aspecto que corresponde aclarar sobre el inc. a) del art. 43 es el mecanismo de aprobación de esos contenidos. A diferencia de lo que ocurre con la fijación de estándares, hipótesis en la que el Ministerio sólo debe *consultar* al Consejo de Universidades, en el caso de la determinación de contenidos básicos necesita el "**acuerdo**" de ese cuerpo. En aquel caso efectuado la consulta podría disentir con el Consejo y fijar estándares diferentes, se entiende que fundadamente; la opinión del cuerpo no le resulta vinculante. Por el contrario en los contenidos se requieren un proceso de acuerdo, de consenso, lo que implica que ninguno de los dos órganos puede imponer su voluntad.

9.- LA ACREDITACIÓN:

El artículo 43 en su inciso b) establece que las carreras comprendidas en dicha norma deben acreditarse periódicamente por la CONEAU o agencia autorizada. La acreditación importa una certificación de que la carrera cumple determinados estándares que debe fijar el Ministerio en consulta con el Consejo de Universidades (art. 46 inc. b). Los Contenidos curriculares básicos y los criterios sobre intensidad de la formación práctica fijados en la forma indicada constituyen el principal y fundamental aspecto que debe considerarse en el proceso de acreditación. Esto implica que en ese trámite debe comprobarse, no sólo que los planes de estudio han incluido esos contenidos mínimos, sino también su efectiva aplicación. Los estándares además deben definir aspectos básicos (dimensiones fundamentales) comprensivos del proceso de enseñanza aprendizaje, indispensable para el logro de una formación profesional que despeje el riesgo potencial de peligro para los valores que se pretenden proteger. Se insiste en este punto porque resulta fundamental: Aún cuando el artículo 46, inc b), al referirse a las funciones de acreditación de de la CONEAU, engloba a la acreditación de grado y de posgrado, debe distinguirse el diferente propósito que fundamenta a ambos procesos. La acreditación de los posgrados persigue garantizar la excelencia de la oferta educativa, con el fin de prestigiar nuestro sistema de educación superior. La acreditación de carreras de riesgo de grado pretende garantizar una formación mínima del profesional que asegure un ejercicio carente de riesgo para la sociedad. No podemos negar que esto implicará un cierto grado de excelencia, pero distinta de la del posgrado. En este es la carrera en general la que debe llegar a límites de calidad en su totalidad. En el grado son las competencias las que requieren excelencia. La diferencia puede parecer sutil pero no lo es. Ella pretende remarcar algo que es fundamental: El legislador el intérprete, el Ministerio y el Consejo de Universidades deben centrar su preocupación cuando se trata de carreras de grado, **en garantizar una formación que despeje el peligro de riesgo**. Si se pierde de vista este aspecto y se mira la calidad de la oferta, puede ocurrir que lo que interesa pase desapercibido a la sombra de una pretendida excelencia científica. Por ello en este aspecto adquiere gran relevancia la formación práctica, es decir aquella dirigida a los habitantes, que será, por lo general, la generadora de riesgo.

10.- LAS COMPETENCIAS RESERVADAS:

Queda claro que si el Estado pretende evitar el riesgo que implicaría un ejercicio profesional de determinadas competencias por personas que no cuenten con la debida formación, no sólo debe imponer contenidos básicos y constatar que los mismos se cumplan, sino que, consecuentemente, debe prohibir el ejercicio de esas competencias a quienes no hayan obtenido un título que responde a aquellas exigencias. Por ello la última parte del artículo 43 establece que el Ministerio determinará, con criterio restrictivo, en acuerdo con el Consejo de Universidades, *las actividades profesionales reservadas exclusivamente* a quienes hayan obtenido un título profesional determinado como integrante de la nómina del artículo 43.

El mecanismo de competencias reservadas tiene ahora una doble fuente. Por un lado ésta que establece la ley: La determinación por el Ministerio en acuerdo con el Consejo de Universidades. Por otro lado el mecanismo tradicional, es decir la fijación por parte de las legislaturas provinciales⁸. La diferencia entre uno y otro sistema es que las competencias reservadas por vía del mecanismo del artículo 43 son de aplicación general en todo el país; por el contrario las fijadas por las provincias sólo alcanzan a su jurisdicción⁹.

⁸ En el imaginario popular se creía que la fijación de incumbencias, o competencias como se las denomina ahora –es decir aquellas actividades para las que capacitan los estudios cursados en una carrera- que hacían en alguna época las universidades, después el Ministerio y actualmente nuevamente las universidades, tenía el efecto consecuente de limitar el ejercicio de esas competencias a quienes hubieren obtenido el título respectivo, de forma tal que los que no lo tuvieran realizaban un ejercicio ilegal de la profesión. Esa creencia era y es errónea. No existía ni existe –con excepción ahora de los casos comprendidos en el artículo 43- ninguna norma que determinara que esa fijación de incumbencias importaba la restricción al ejercicio de la actividad. Esta limitación aparecía cuando la profesión era o es reglamentada por la legislatura provincial, incorporándose a la ley respectiva un precepto que prohibía el ejercicio de las actividades comprendidas en la incumbencia fijada a quien no tuviera el título y se encontrara debidamente habilitado por un procedimiento especial. Esto quiere decir que existían y existen numerosas profesiones que no tienen incumbencias – competencias- reservadas por no estar reglamentadas, o lo que complica más el sistema, que pueden existir profesiones que por estar reglamentadas en una provincia y en otras no, tiene en unas competencias reservadas y no las tiene en otras.

⁹ No debe llevar a confusión el hecho de que existan leyes dictadas por el Congreso de la Nación que reglamentan profesiones, ya que las mismas fueron dictadas por ese poder como legislatura de la capital Federal y territorios nacionales, por lo que sólo eran de aplicación en esos límites territoriales. Esta situación ya no podría darse.

11.- LA APLICACIÓN DEL SISTEMA:

A pesar de que en oportunidad de la sanción de la ley 24.521 el sistema previsto por el artículo 43 fue severamente cuestionado e incluso mereció planteos judiciales de inconstitucionalidad, en la actualidad la mayoría de las profesiones pretenden su inclusión en la lista del artículo 43. Ello posiblemente se deba a que consideran que esa calificación prestigia al título.

12.- CONCLUSIÓN:

Como reflexión final vale tener presente que la pertenencia o no de una carrera o un título en la nómina del artículo 43 no hace contribuye a calificarla. El criterio de inclusión no radica en la importancia, prestigio o jerarquía de la carrera, sino en el potencial riesgo que implica para la sociedad los profesionales que forma. Por ello el criterio de inclusión debe estar presidido por el interés público que es el que justifica las restricciones a la autonomía que resultan de la norma y regido por una postura claramente restrictiva que limite las inclusiones exclusivamente a las que estrictamente respondan a las exigencias de la ley.

Cita de este artículo:

MUNDET, E (2011) "El artículo 43 de la ley 24.521: Pautas para la interpretación y aplicación de la norma". *Revista IN IURE [en línea]* 1 de Mayo de 2011, Año 1, Vol. 1. pp.11-22. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

EL ACUIFERO GUARANI. CARACTERÍSTICAS FÁCTICAS

Elsa Manrique

Profesora de Derecho Privado II y Comercial I
en las Universidades Nacional de Córdoba
y Nacional de La Rioja.
Investigadora en el proyecto referido en nota 10.

Palabras Clave:

Acuífero Guaraní – visión
introdutoria – cuestiones
fácticas

Key Words:

Guarani Aquifer -
introductory overview -
factual situation

Resumen:

El presente trabajo busca presentar una breve visión introductoria del Acuífero Guaraní, basada en condiciones fácticas más que jurídicas.

Abstract:

This paper aims to present a brief introductory overview of the Guaraní Aquifer, based on factual rather than legal terms.

¹⁰ Trabajo preparado en el marco del proyecto de investigación subsidiado por SECyT/UNC titulado "Normas internacionales aplicables al Acuífero Guaraní".

Introducción

El agua, es un elemento indispensable para el desarrollo de la vida, las dos terceras partes del planeta están constituida por agua, de ello solo el 3% es agua dulce, y el resto marina, de ese 3%, el 1,5% es potable, el otro 1,5% está ubicado en los casquetes polares y del último porcentaje, el 0,75% se encuentra contaminado¹¹.

La explosión demográfica hace que cada vez se necesite más agua dulce. Las principales causas que agravan la situación de carencia de este vital recurso son el derroche indiscriminado de agua potable, la inadecuada normativa legal sancionatoria; la falta de servicios de abastecimiento, degradación, contaminación de las aguas que se encuentran en la superficie, administración impropia de las cuencas hidrográficas; deforestación indiscriminada de vastas zonas geográficas y los daños originados por la falta de legislación atinentes al uso del suelo en época de precipitaciones abundantes.

Los acuíferos son la acumulación de agua subterránea que impregna una capa de terreno impermeable. Se suele ubicar sobre una capa de materiales impermeables como por ejemplo arcilla o pizarra, pueden estar cubierto con otra capa impermeable, en cuyo caso se llama acuífero o manto freático confinado. En ellos se almacena sólo el 0,6% de la totalidad del agua que posee el planeta. El Mapa Mundial de Acuíferos Transfronterizos confeccionado por la UNESCO nos muestra que África posee los dos mayores acuíferos, Areniscas de Nubia en Sudán con un volumen próximo a los 75 mil kilómetros cúbicos de aguas fósiles y el del Norte del Sahara con más 60 mil kilómetros cúbicos¹²

El Sistema Acuífero Guaraní, denominado así en honor a la etnia guaraní que habita esa zona. Es el tercero de los reservorios de agua subterránea más grandes del mundo, se encuentra en el subsuelo de un área de alrededor de 1.190.000 kilómetros cuadrados, es de carácter transfronterizo, se ubica en sectores del subsuelo de la

¹¹ GUASCHINO, U.KENNEDY, Honorio Héctor, "El agua .su importancia", *Revista Académica*, http://www.newsmatic.e-pol.com.ar/index.php?pub_id=99&sid=635&aid=50094&eid=55&NombreSeccion=Ecolog%EDa&Accion=VerArticulo

¹² MARTÍNEZ ARGUDÍN, Lester, "Importancia geoestratégica del Acuífero Guaraní para América", <http://www.nodo50.org/ceprid/spip.php?article903>

Argentina, el Brasil, el Paraguay y el Uruguay, coincidentemente con una fracción de la cuenca hidrográfica del Plata, se extiende desde la cuenca geológico-sedimentaria del Paraná hasta la cuenca Chacoparanaense¹³. Se encuentra entre el paralelo 16º y 32º Sur y el meridiano 47º y 60º Oeste. Algunas características geológicas del Guaraní se conocen desde hace más de 50 años por las exploraciones de Petrobrás, YPF y Pulipetrol, en el Brasil, la Argentina, el Paraguay y el Uruguay.

En la zona que comprende el SAG se sitúan aproximadamente 1.500 municipios que pertenecen a los cuatro países mencionados. Su población actual es de 15 millones de habitantes¹⁴ concentrados en Puerto Iguazú (Argentina); Foz do Iguazú (Brasil) y Ciudad del Este (Paraguay).

Tiene riberas en cuatro países distribuidos de la siguiente forma: en Brasil ostenta una superficie de aproximadamente de 840.000 de Km², en Argentina 227.000, en Paraguay 73.000 y en Uruguay 60.000 km².

El volumen de las aguas del SAG se estima en unos 55.000 kilómetros cúbicos. Cada kilómetro cúbico equivale a un billón de litros de agua. La recarga se estima aproximadamente entre 160 y 250 kilómetros cúbicos por año y explotando anualmente 40 kilómetros cúbicos, podría aprovisionar a unos 360.000.000 habitantes con una dotación diaria de 300 litros por persona. En extensas regiones presenta surgencia natural. Las aguas localizadas entre 500 y 1.000 metros de profundidad ostentan caudales superiores a los 500.000 l/h y en algunos casos 1.000.000 l/h. La temperatura del agua cambia con la profundidad¹⁵. Se encuentra a profundidades muy variables, desde los 50 m a los 1.500 m. En forma habitual conserva una presión de surgencia, de modo que ejecutada una perforación, el agua emerge naturalmente sobre el nivel del suelo. Las temperaturas de las profundidades alcanzadas, van desde los 33 a los 65º C.

¹³ REBAK, Roque Ramón, *Acuífero Guaraní, Urgencia de un tratamiento integral del tema*, <http://www.unne.edu.ar/Web/cyt/cyt2006/01-Sociales/2006-S-006>.

¹⁴ REBAK, Roque Ramón, *Acuífero Guaraní, Urgencia de un tratamiento*, ob.cit.

¹⁵ BRUZZONE, Elsa M. *El agua potable – Nuevo recurso estratégico del siglo XXI: el caso particular del Acuífero Guaraní*, opsur.wordpress.com/.../el-agua-potable-nuevo-recurso-estrategico-del-siglo-xxi-el-caso-particular-del-acuifero-guarani/

El clima actual de la zona de este recurso por demás estratégico, es considerado como húmedo o subhúmedo con precipitaciones anuales entre 1200 a 1500mm. Los balances hídricos de la porción atmosférica del ciclo hidrológico han mostrado que en la mayor parte del sitio en que se encuentra el SAG hay un excedente anual de 300 mm, llegando a 00 mm en el territorio Sur, es decir, en Paraguay, Argentina y Rio Grande do Sul. Ese excedente es el de que se alimenta los acuíferos¹⁶. Es un acuífero de aguas fósiles; es decir, son reservas de aguas subterráneas que datan de varios milenios. Posee un alto valor estratégico, geopolítico y económico.

El Proyecto de Protección Ambiental y Desarrollo Sustentable del Sistema Acuífero Guaraní

Es lamentable observar cómo en algunos países de América latina se está llevando a cabo un proceso de privatización del agua que se consolida mediante concesiones parciales o totales, a multinacionales como por ejemplo: Monsanto Wells y Bechtel Co., las francesas Suez/división ONDEO (antes Lyonnaise des Eaux) y Vivendi, las españolas Aguas de Valencia y Unión FENOSA ACEX, o la inglesa Thames Water, entre otras. Este proceso ha sido fácilmente desarrollado, pues los gobiernos con el argumento de la carencia de presupuesto público y la inaplazable necesidad de optimizar el servicio de agua que brindan las paraestatales, están cediendo el control de los recursos nacionales de agua al participar en tratados o pactos comerciales tipo OMC o NAFTA, desde los cuales trasladan la transferencia de la gestión de los recursos hídricos a las empresas privadas.

En 1994, las universidades de Buenos Aires, del Estado de Paraná (Brasil), de la República (Uruguay) y de Asunción del Paraguay, estudiaron las posibilidades hidrogeológicas del Sistema Acuífero Guaraní. Los gobiernos de los cuatro países involucrados comenzaron a participar y en el año 1997 se firmó el Acta de Paysandú,

¹⁶ SANTA CRUZ, Jorge Néstor, "Sistema Acuífero Guaraní", *Revista Ciencia Hoy*, <http://www.cienciahoy.org.ar/ln/hoy112/index.htm>

por la cual se comprometieron a desarrollar juntos de la investigación, utilización y preservación del acuífero. Solicitaron a sus gobiernos la suma de U\$S 6 millones, sin embargo, los investigadores no tuvieron ninguna respuesta.

Habiéndose privatizado los principales activos estratégicos de los países del Sur, y ante la carencia de agua dulce, el Banco Mundial mostró su preocupación por el acceso a la gestión y usufructo de las trascendentales reservas de aguas dulce establecidas en algunas regiones del hemisferio. En el año 2000, el Banco Mundial ofreció la suma de U\$S13 millones para estudiar el acuífero. El dinero fue otorgado por las naciones más industrializadas.

El 22 de mayo de 2003 se congregaron en Montevideo representantes del Banco Mundial y los países que integran el MERCOSUR y rubricaron *el Proyecto de Protección Ambiental y Desarrollo Sustentable del Sistema Acuífero Guaraní*. El proyecto fue financiado por ese organismo internacional, los gobiernos de Holanda y Alemania la Agencia Internacional de Energía Atómica y la Organización de Estados Americanos. Entre los 7 componentes del Proyecto, descritos en el documento base del BM caben mencionar: a) La expansión y consolidación del conocimiento científico del Acuífero en base al desarrollo e integración del Sistema de Información del Sistema Acuífero Guaraní, b) El desarrollo e implementación de un sistema regulatorio de la Latin America Environmental Protection and Sustainable Development of the Guarani Aquifer System project, administración del Acuífero; y c) la consideración del potencial geotérmico para la generación de energía eléctrica¹⁷.

En el año 2005, los Estados parte del MERCOSUR firmaron un Acuerdo para la consecución del *Proyecto para la Protección Ambiental y Desarrollo Sostenible Integrado del Sistema Acuífero Guaraní*, del cual tomaron parte Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay (el financiamiento fue realizado por el Banco Mundial). Este Acuerdo, tal como lo establece el *Proyecto para la Protección Ambiental y Desarrollo Sostenible Integrado del Sistema Acuífero Guaraní*, el SAG será preservado de la contaminación, deberá ser administrado conforme los criterios de uso racional,

¹⁷<http://web.worldbank.org/external/projects/main?Type=Overview&theSitePK=40941&pagePK=642836>

equitativo y sostenible, respetándose las características específicas del recurso y los factores pertinentes. Posteriormente, el tema del SAG desaparece de la esfera pública financiado fundamentalmente por el Banco Mundial¹⁸.

En agosto de este año, Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, miembros plenos del Mercosur, ratificaron su soberanía sobre el Acuífero Guaraní. Estos países se comprometieron mediante la rúbrica de un acuerdo firmado en la provincia de San Juan de nuestro país a utilizar el agua proveniente del SAG en forma racional, respetando la obligación de no causar perjuicio a los otros países firmantes ni al medio ambiente. A través de este documento, recalcaron que *"ejercen el dominio territorial soberano sobre sus respectivas porciones del Sistema Acuífero Guaraní"* y acordaron *"un programa de cooperación con el propósito de ampliar el conocimiento técnico y científico"* sobre la zona.

Para nosotros es muy importante contar con uno de los reservorios de agua subterránea más importantes del mundo como es el Acuífero Guaraní, pues es un recurso natural fundamental para la vida. Pero, lamentablemente para los países poderosos puede constituir un tesoro que puede llegar a querer obtener incluso a través de la fuerza. Entonces, este tema del agua potable puede generar una hipótesis de conflicto. Grandes potencias que hasta el momento dirigieron su expansión hacia países con petróleo, en el futuro y ante la carestía de agua, podrían dirigir su mirada acechante hacia los países donde el agua abunda.

Felizmente parece que, recientemente, los gobiernos en cuyos territorios yace el SAG han comenzado a formular políticas conjuntas al respecto. Confiamos en que se logre una adecuada coordinación entre los gobiernos para la protección del recurso vital.

¹⁸ 9 CHIESA Virginia María y RIVAS, Eduardo, *Acuífero Guaraní: Un patrimonio regional*, <http://www.cebela.org.br/imagens/Materia/01ART07%20Virginia.pdf>

La importancia del Acuífero Guaraní

El agua del SAG es utilizada principalmente para la provisión humana y de industrias, y en menor grado para explotación como termas. El país que más lo utiliza es Brasil: allí se abastecen de las aguas subterránea del SAG, total o parcialmente, entre 300 y 500 ciudades, con miles de pozos de explotación¹⁹.

Actualmente, se utiliza este recurso hídrico para el 70% del abastecimiento público y privado, el 20% del industrial, el 5% del turístico y el 5% para la industria agrícola-ganadera, no obstante esto, cambia la importancia y el uso en cada uno de los países comprometidos. El total de perforaciones en el SAG puede alcanzar a 3.500 excavaciones.

En Brasil, se realizan más de 2.000 perforaciones en sus zonas de recarga o tránsito, abasteciendo ciudades, al sector industrial y en menos proporción, al riego. No obstante ello, el 70% de la parte brasileña del acuífero es de aguas salobres.

El Uruguay cuenta con 7 perforaciones infrabasálticas y 340 en sus áreas de recarga; posee 135 pozos de abastecimiento público de agua, algunos de los cuales se explotan para abastecimiento de agua potable y otros con fines turísticos (termas de Arapey, Guaviyú y Daimán, entre otras), Paraguay tiene aproximadamente 200 perforaciones, destinados al consumo humano.

En HEntre RíosH en el año 1994, se realizó la primera perforación termal del Acuífero Guaraní, con aguas límpidas y caudalosas que brotan desde 1.260 metros de profundidad en Federación. Hoy, la provincia posee más de diez perforaciones. En la provincia de Santa Fe hay dos emprendimientos de aguas termales que podrían originar la contaminación del Acuífero Guaraní²⁰.

¹⁹ 10 SANTA CRUZ, Jorge Néstor, Sistema Acuífero Guaraní, ob.cit

²⁰ La extracción de agua efectuada por cada país es de aproximadamente: Brasil: 30 m³/s Paraguay: 2,2 m³/s, Argentina: 1 m³/s, Uruguay: 0,7 m³/s, Total: 33,9 m³/s.

En la actualidad el preciado líquido constituye un recurso más estratégico que el petróleo, pues del hidrocarburo podríamos prescindir, pero del líquido vital no. El inminente agotamiento de los mantos subterráneos encarna una grave amenaza para la seguridad de los países y la salud de todo ser viviente. El consumo del agua se ha elevado por el aumento de la población, la expansión económica, la urbanización, sobreexplotación de los recursos naturales, los cambios climáticos y las decisiones erróneas de los gobernantes de los diferentes países, todo esto ha han conducido a una dramática y temible escasez del preciado líquido que se acentúa con el transcurso del tiempo.

Sustentabilidad del recurso

Al realizarse el perfil geológico del SAG se reveló que el acuífero no es homogéneo y que la capacidad de producción del reservorio se modifica de conformidad con cada pozo. Además, en algunas zonas del acuífero el agua está estancada, por ello es vital promover su uso sustentable. El SAG es un sistema complejo, su recarga se produce por penetración del agua de lluvia así como también por el flujo que ingresa al área de recarga, que comprende tanto el afloramiento de areniscas como otra área más extensa y contigua a la anterior, en la cual las arenisca está revestida por un manto fino de basaltos fracturados. Se estima que la tasa total de recarga es de 50 a 160 km³ por año. Los sitios de recarga y descarga del Guaraní y las zonas donde existen una alta concentración de usos y usuarios se consideran áreas críticas son: Concordia (Argentina), Salto (Uruguay); Rivera (Uruguay), Santa Ana do Livramento (Brasil); Ribeirao Preto (Brasil). Pero el área más importante y fundamental de recarga y descarga es el corredor transfronterizo entre el Paraguay, el Brasil y la Argentina²¹.

El SAG posee aguas de óptima calidad. El recurso vital llega al acuífero de los ríos, lagos y demás aguas que se encuentran en la superficie de la tierra impolutas al subsuelo, pasando por las formas naturales de filtración y auto purificación

²¹ BRUZZONE, Elsa M. *El agua potable*, ob.cit.

biogeoquímica, lográndose así, que este fluido potable posea características económicas, sociales y políticas adecuadas para el consumo humano. Actualmente, no se conocen en forma segura sus mecanismos de recarga, el agua de lluvia no es su única fuente de alimentación.

Aproximadamente el 60% a 65% del SAG se encuentra protegido por basaltos con espesores entre 200 metros hasta más de 1000 metros, lo que merma su estado de vulnerabilidad, pero, aún así, los peligros potenciales que enfrenta son: a) su explotación más allá de lo sostenible, es decir, la extracción de una mayor cantidad de agua de la que repone constantemente, b) interferencia hidráulica entre pozos vecinos, b) riesgo de intrusión salina, procedente del sur-sureste, allí el SAG contiene agua termal con elevada salinidad de origen natural, c) la contaminación producida por la carencia de sistemas de tratamiento de aguas y residuos por vertidos industriales en sitios de recarga (líquidos residuales domésticos o contaminación por agroquímicos, etc.)²².

Para la gestión sustentable del SAG que es un recurso hídrico geotermal y no termal se debe tener en cuenta lo siguiente: a) reducción de caudales y niveles; b) reducción de presión hidrostática; c) disminución de temperatura; d) acrecentamiento de la concentración salina; e) contaminación antrópica en sitios de recarga²³.

El reservorio guaraní se utiliza en forma y proporciones distintas, pero, sin dudas, mucho más de lo que se divulga. En ningún país hay sobreexplotación de este recurso y considerando las recargas estimadas inicialmente, sólo Paraguay explota el acuífero en un orden equivalente a la infiltración mediante sus afloramientos. Considerando que la descontaminación es un proceso de muy compleja ejecución y de altísimo costo financiero, es necesario trazar líneas de acción orientadas a su protección en el marco de políticas de desarrollo sostenible. Los acuíferos son frágiles y cuando se han agotados o contaminados, su reparación puede tardar siglos. La importancia de preservar y legislar correctamente el aprovechamiento de estos grandes reservorios de agua dulce es esencial para el mantenimiento de la vida.

²² 13SANTA CRUZ, Jorge Néstor, Sistema Acuífero Guaraní, ob cit

²³ 14 *Ibidem*

Debemos tener en cuenta que debido a la pérdida de los glaciares por el calentamiento global tenemos la obligación de atender este acuífero, y uno de sus problemas es la contaminación, por ejemplo, actualmente Brasil posee serios problemas de contaminación industrial y existe la inquietud de que pueda afectar el SAG.

Además, es importante para realizar una correcta gestión de concientizar a la población sobre sus acciones y omisiones, pues repercuten directa e indirectamente en el estado del acuífero, mediante el uso inadecuado del agua y del suelo.

BIBLIOGRAFÍA

AMORE, Luis, *Sistema Acuífero Guaraní*, [Hhttp://www.rel-uita.org/agricultura/ambiente/agua/luiz_amore-18-3-05.htm](http://www.rel-uita.org/agricultura/ambiente/agua/luiz_amore-18-3-05.htm)

BÁEZ Patricia, *Acuífero Guaraní: Representaciones, identificaciones y conflictos*, [http://www.ram2009.unsam.edu.ar/GT/GT%2011%20%E2%80%93%20Guaran%C3%ADes%20y%20Estados%20Nacionales.%20Cuestiones%20de%20Ciudadan%C3%ADa/GT11-Ponencia\(B%C3%A1ez\).pdf](http://www.ram2009.unsam.edu.ar/GT/GT%2011%20%E2%80%93%20Guaran%C3%ADes%20y%20Estados%20Nacionales.%20Cuestiones%20de%20Ciudadan%C3%ADa/GT11-Ponencia(B%C3%A1ez).pdf)

OBERRUZZONE, Elsa M. *El agua potable – Nuevo recurso estratégico del siglo XXI: el caso particular del Acuífero Guaraní*, opsur.wordpress.com/.../el-agua-potable-nuevo-recurso-estrategico-del-siglo-xxi-el-caso-particular-del-acuifero-guarani/

CABA, Claudia y BELLAGAMBA. Jorge, *Acuífero Guaraní*, http://www.google.com.ar/#hl=es&biw=1003&bih=455&q=CABA%2C+Claudia+y+BELLAGAMBA.+Jorge%2C++Acu%C3%ADferoGuaran%C3%AD%2C&aq=f&aqi=&aql=&oq=&gs_rfai=&fp=4c56611ada10776

CHIESA Virginia María y RIVAS, Eduardo, *Acuífero Guaraní: Un patrimonio regional*, <http://www.cebela.org.br/imagens/Materia/01ART07%20Virginia.pdf>

ECKSTEIN, Gabriel, *A Hydrogeological Perspective of the Status of the Ground Water Resources Under the UN Watercourse Convention*,

[Hhttp://www.google.com.ar/#hl=es&source=hp&biw=1003&bih=455&q=ECKSTEIN%2C+Gabriel%2C+A+Hidrogeolical+Perspective+of+the+Status+of+the+Groun+Water+Resources+Under+yhe+UN+Watercourse+Convencion%2C+&btnG=Buscar+con+Google&aq=f&aqi=&aql=&oq=&gs_rfai=&fp=4c56611ada10776](http://www.google.com.ar/#hl=es&source=hp&biw=1003&bih=455&q=ECKSTEIN%2C+Gabriel%2C+A+Hidrogeolical+Perspective+of+the+Status+of+the+Groun+Water+Resources+Under+yhe+UN+Watercourse+Convencion%2C+&btnG=Buscar+con+Google&aq=f&aqi=&aql=&oq=&gs_rfai=&fp=4c56611ada10776)

FOSTER, Stephen, HIRATA, Ricardo, VIDAL, Ana, SCHMIDT, Gerhard y GARDUNO Héctor, *La Iniciativa del Acuífero Guaraní. Hacia la Gestión Realista del Agua Subterránea en un Contexto Transfronterizo*,

http://siteresources.worldbank.org/EXTWAT/Resources/4602122-1210186345144/GWMATE_Spanish_CP_09.pdf

GUASCHINO, U. - KENNEDY, H. H., "El agua .su importancia", *K Revista Académica*,

http://www.newsmatic.e-pol.com.ar/index.php?pub_id=99&sid=635&aid=50094&eid=55&NombreSeccion=Ecolog%EDA&Accion=VerArticulo.

MARTÍNEZ ARGUDÍN, Lester, *Importancia geoestratégica del Acuífero Guaraní para América*, [Hhttp://www.nodo50.org/ceprid/spip.php?article903H](http://www.nodo50.org/ceprid/spip.php?article903H)

MEDALLA ARAYA, Adolfo R. El Sistema Acuífero Guaraní, [www. Imd.uncu.edu/ar/upload/37.com. pdf.](http://www.imd.uncu.edu.ar/upload/37.com.pdf)

MOGNI, Andrés Claudio, *El Acuífero Guaraní, oculto recurso estratégico*, [http://www.ceid.edu.ar/periodicos/16%20-%20Enero%20-%20Marzo%202005.pdf.](http://www.ceid.edu.ar/periodicos/16%20-%20Enero%20-%20Marzo%202005.pdf)

NEVES, Mariana Leonor, *Foco Foro Ciudadano de Participación por la Justicia y los Derechos Humanos*, <http://www.foco.org.ar/documentos/Documentos%20de%20trabajo/Informe%20Sistema%20Acuifero%20Guarani.pdf>

REBAK, Roque Ramón, *Acuífero Guaraní, Urgencia de un tratamiento integral del tema*, <http://www.unne.edu.ar/Web/cyt/cyt2006/01-Sociales/2006-S-006.pdf>

SANTA CRUZ, Jorge Néstor, *Sistema Acuífero Guaraní, Revista Ciencia Hoy*, <http://www.cienciahoy.org.ar/ln/hoy112/index.htm>

SANTA, CRUZ, Jorge Néstor, "Proyecto para la Protección Ambiental y el Desarrollo Sostenible del Sistema Acuífero Guaraní", *Revista Ciencia Hoy*, <http://www.cienciahoy.org.ar/ln/hoy112/index.htm>

Cita de este artículo:

MANRIQUE, E (2011) "El acuífero Guaraní. Características fácticas" . *Revista IN IURE [en línea] 1 de Mayo de 2011, Año 1, Vol. 1. pp.23-33. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>*

LA IDENTIDAD PERSONAL. UN DERECHO QUE AGUARDA SU PLENO EJERCICIO

Alejandro Alberto Moriconi

Profesor Universitario en Ciencias Jurídicas
Abogado – Mediador.
Profesor de la Universidad Nacional de La Rioja

Palabras Clave:

Derecho a la identidad –
Ordenamiento jurídico –
Ciencias biomédicas.

Key Words:

right to the personal identity -
juridical classification - the
biomedical sciences

Resumen

La ponencia tiene por objeto discurrir sobre el derecho a la identidad personal; un derecho natural que se configura en el ordenamiento jurídico contemporáneo, junto a los recientes avances de las ciencias biomédicas.

Abstract

The presentation has for object pass on the right to the personal identity; a natural right that is formed in the juridical contemporary classification, close to the recent advances of the biomedical sciences.

La identidad personal en el conocimiento de las ciencias

La identidad hace de la persona lo que es, y no otro. El hombre desde su existencia a la vida, no solo se lo identifica como un ser racional, libre e inteligente; sino como aquel sujeto de derecho cuya sociedad que lo alberga, le confiere un atributo distintivo que hará de él una persona única en el tiempo.

Sus rasgos característicos se configuran mediante un componente estático y otro dinámico. El primero de ellos, se encuentra asociado a lo biológico y natural por ser un aspecto que trae consigo y cuyo reconocimiento se distingue a través de un elemento jurídico al que denominamos "Nombre". El segundo, responde a una estructura cultural que forjará su presente, su pasado y su futuro.

Tanto la biología molecular, como la genética, están generando día tras día nuevos conocimientos científicos que hacen al funcionamiento biológico de la persona; promoviendo sueños y esperanzas dirigidas a mitigar no solo la angustia y el dolor ocasionado por tantas patologías que abordan al ser humano; sino la posibilidad de que el hombre conozca su origen, a sus progenitores y consecuentemente la transmisión de los caracteres físicos y funcionales de los antepasados a los descendientes.

Cabe citar, que en el año 1953, James Dewey WATSON²⁴ descubre la estructura química en doble hélice del ácido desoxirribonucleico (ADN) que marcó el verdadero nacimiento de la genética y la posibilidad de que todo ser humano pueda conocer a sus progenitores. La prueba de parentesco o relación biológica por ADN, permite determinar si un hombre es el padre biológico de un hijo; ya que todos nosotros compartimos el material genético de nuestros padres biológicos. Una prueba de paternidad permite comparar el patrón de ADN con el alegado progenitor, revisando la concordancia entre las regiones que hubiera. A partir de ese momento, nuevas técnicas y procedimientos permiten avanzar en el entramado de más de 100.000 genes

²⁴ James Dewey Watson, La doble hélice: relato personal del descubrimiento del ADN. Libro de bolsillo. Ed. Alianza. Ciencia y Técnica. Madrid, 2000.

portadores de las características de la especie humana y de la herencia de cada uno de los individuos.

Frente a lo descrito, cabe preguntarnos, ¿Qué relación guardan estas ciencias en el origen y evolución del hombre?, ¿Cómo influyen en su vida?, De que manera pueden colaborar en el desarrollo armónico e integral de la persona humana? Estos son algunos de los interrogantes a los que les propongo abordar en este escrito.

Al hablar de la identidad personal, es remontarnos a un derecho natural objetivo, que preexiste con anterioridad al Estado. Se trata de un atributo propio e inherente a la condición del hombre. De él emanan derechos subjetivos e individuales, que el Estado, como organización política y jurídica, tiene el deber de respetar, y la obligación de tutelar.

Con el tiempo hemos reemplazado en el individuo, la noción del derecho natural por el valor más significativo del mundo jurídico: "el valor justicia"²⁵; un valor que no es creado, ni inventado por los hombres, sino descubierto y conocido por ellos. Ese valor implica un deber ser ideal, que es puro, inmanente, intrínseco y trascendente a su propia vida.

Pero no todo se reduce al mundo jurídico. El siglo XXI nos encuentra atravesando un proceso de socialización generalizada; producto de un elevado grado de comunicación, entendimiento y progreso científico - tecnológico. Respecto al tema que nos ocupa, podemos afirmar que la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO)²⁶, ha creado un Comité Internacional Especializado en Bioética, cuyos estudios recientes dieron por resultado la elaboración de un Proyecto de Declaración sobre la Protección del Genoma Humano resaltando en el apartado 3 de su contenido, los siguiente aspectos de interés:

²⁵ BIDART CAMPOS, Germán L, Manual de Derecho Constitucional Argentino, Ed. EDIAR, Buenos Aires, 1975, pág. 11, 186, 187, subs y concs.

²⁶ UNESCO, organismo especializado de las Naciones Unidas, fundado en 1945 con el objetivo de contribuir a la paz y a la seguridad en el mundo mediante la educación, la ciencia, la cultura y las comunicaciones. Tiene sede en Paris, y cuenta con 193 Estados miembros y 7 Miembros asociados

3º) Cada ser humano tiene una identidad genética que es única, pero el individuo no se puede reducir a sus características genéticas y tiene derecho al respeto a su dignidad.

Mediante estas expresiones, es conveniente aclarar el significado de estos conceptos desde una perspectiva jurídica para establecer el escenario de defensa y la garantía de su ejercicio. Los invito entonces a incursionar en aquellos lineamientos de la Ciencia, que se centran en el Derecho.

¿Qué es la identidad personal?

Para el jurista SESSAREGO²⁷, la identidad personal es el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad. A este concepto, quisiera agregar que la identidad no solo hace referencia a una estructura natural del hombre, sea esta en su esencia biológica, física y fisiológica sino que se extiende a su estructura cultural de la que forma parte y es protagonista. La identidad hace que la persona se sienta parte de una historia reciente, conociendo de donde viene y hacia donde va. Tal es, la identidad personal, que el ser es sólo idéntico a sí mismo, pero requiere conocer de un origen que le da sentido y pertenencia a su vida. Ellos son sus progenitores, que amparados en el derecho natural y positivo de las ciencias y la vida, han conferido un nuevo ente de existencia visible, único, indiviso e inalienable, cuya identidad genética es única y arrastra la herencia del pasado.

²⁷ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos; "Derecho y Persona", Ed. Grijley, Lima, PERU, 2002. Pág. 67 subs y conchs de 184.

El derecho a la identidad personal

En esta secuencia de ideas y términos conceptuales, podemos sostener que el derecho a la identidad personal comprende un conjunto de normas coercibles que rigen a la propia herencia genética de la persona y al ambiente que reúne las condiciones adecuadas de su convivencia. Es decir la identidad del individuo la constituye el genoma en diálogo con el hábitat que le es propio.

El ser humano nace con un grado de inmadurez y dependencia a sus progenitores. La estructura exterior que lo recibe, esta formada por el aporte realizado por un hombre y una mujer. Ambos son responsables del sujeto por nacer; cuya identidad está siendo predeterminada. Así el Código Civil de la República Argentina, describe en su Art. 70, que desde la concepción en el seno materno, comienza la existencia de las personas. Personas que no solo traerán aparejado su derecho a la vida, sino el derecho a la libertad, a la identidad, a la integridad física, psíquica y moral.

Pero todo ello se reduce a un marco teórico, ya que en la práctica el derecho a la identidad, a pesar de ser un derecho personalísimo cuya vigencia temporal se extiende desde la concepción del sujeto hasta después de su muerte, aún no encuentra un reconocimiento explícito en nuestro ordenamiento jurídico del Estado; algo difícil de entender en una sociedad que durante largo tiempo, el ser humano no fue debidamente respetado frente a la notoria transgresión del estado de derecho.

Su recepción en el Ordenamiento Jurídico interno e internacional

Si bien la Constitución de la Nación Argentina en su reforma de 1994 (Poder Constituyente derivado), prosiguió ampliando un abanico normativo de protección a los derechos subjetivos, materializado por los artículos 14, 16, 18, 19, 33, y 75 inc. 17, 19, 22 y 23; la Identidad Personal es un derecho personalísimo que aguarda su pleno ejercicio.

Su tutela explícita podemos encontrarla en los siguientes preceptos normativos:

- **Constitución de la Nación Argentina; Art. 75, inc. 19**, Proveer lo conducente al desarrollo humano...dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural..., **inc. 23**, Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los Tratados Internacionales vigentes sobre derechos humanos..., **inc. 22** gozan de jerarquía constitucional los siguientes tratados internacionales en materia de derechos humanos:
 - **Declaración Universal de Derechos Humanos** (1948); **Art. 6** Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.
 - **Convención americana sobre derechos humanos** (Pacto de San José de Costa Rica de 1969); **Art. 3**, Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica - Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica; **Art. 5.1**, Derecho a la Integridad Personal. Toda persona tiene derecho a que se respete su identidad física, psíquica y moral; **Art. 17.1**, Protección a la familia. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el estado; **Art. 18** Derecho al Nombre. Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos.
 - **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo** (1976). **Art. 16** Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.
 - **Convención sobre los Derechos del Niño** (1990). **Art. 7** El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. **Art. 8** "Los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas".

- En el **plano legal de niñez, la ley 26061** establece en su art. 11 que "Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen y a preservar su identidad e idiosincrasia...".

Conclusiones

La identidad personal, se traduce en un derecho inherente a la persona humana que la habilita para el ejercicio pleno de su vida en sociedad. Gozar de la identidad; implica evitar la desnaturalización del sujeto o verdad de origen; sea esta genética o filiatoria. La identidad le confiere a la persona el derecho a conocer la propia génesis, y a construir un estado de familia mediante el emplazamiento que genera el vínculo legal entre dos personas.

Conocer el origen biológico, establecer vínculos jurídicos de filiación y detentar un nombre real, son derechos irrenunciables que hacen a la identidad personal. Saber quién es uno, hace a la plena realización de la personalidad y contribuye a la conservación de la integridad psíquica y moral del ser humano.

Bibliografía consultada:

- BIDART CAMPOS, Germán (1975); "Manual de Derecho Constitucional Argentino", Ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina.
- CIFUENTES, Santos (2005); "Genoma Humano", Ed. Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires, Argentina.

- Código Civil de la República Argentina (2010), Ed. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, Argentina.
- Constitución de la Nación Argentina (2005), Ed. Mawis, Buenos Aires, Argentina.
- FACORRO, Susana; VITTADINI Andrés (1999), “Dogmática Constitucional”, Ed. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, Argentina.
- FERNANDEZ SESSAREGO Carlos (2002); “Derecho y persona”, Ed. Grijley, Lima, PERU.
- GARCIA GHIRELLI, José (2001), “Tratados y Documentos Internacionales”, Ed. Zavalía, Buenos Aires, Argentina.
- LEA M. LEVY (2003), “Bioética y Derecho”, Ed. Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, Argentina.
- MARTIN MATEO, R (1987); “Bioética y Derecho”, Ed. Ariel, Barcelona, España.
- NINO, Carlos (1989), “Ética y Derechos Humanos”, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina.
- Portal educativo del Estado Argentino (2011); “Derecho a la Identidad”, extraído del libro Juventud e Identidad, III Congreso Internacional, Tomo II. <http://www.conadi.jus.gov.ar>, Biblioteca digital
- WATSON James Dewey (2000); “La doble hélice”, Ed. Alianza, Madrid, España.

Cita de este artículo:

MORICONI, A (2011) “La identidad personal. Un derecho que aguarda su pleno ejercicio”. *Revista IN IURE [en línea] 1 de Mayo de 2011, Año 1, Vol. 1.* pp.34-41. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

LA LEY DE BLANQUEO LABORAL

Ab. Alejandra Cecilia Beltrame

Abogada. Profesora Titular por concurso de Derecho Laboral y Previsional en las carreras de Contador Público, Abogacía y Escribanía de la Universidad Nacional de La Rioja.

Palabras Clave: *empleo no registrado; empleo insuficientemente registrado; requisitos para la correcta registración contractual; consecuencias indemnizatorias; reglamentación.*

Key Words: *unregistered employment, employment under-registered, registration requirements for the proper contractual indemnification consequences; regulation.*

RESUMEN:

Se analiza el objetivo de la Ley Nro. 26.476 de registración laboral y los requisitos que la misma impone reseñando la tendencia protectora del contrato de trabajo. Se examina también las consecuencias jurídicas de la falta de registración laboral o de su insuficiencia determinando las opciones que tienen los trabajadores frente a la diversidad de supuestos que pueden operar. Se estudian las distintas reglamentaciones de la ley.

ABSTRACT:

It discusses the purpose of Law No. 26.476 of registration work and the requirements it imposes protective outlining the trend of the employment contract. It also examines the legal implications of the lack of registration of his failure at work or determining the

choices available to workers from the various assumptions that can operate. We study the various regulations of the law.

KEYWORDS: *unregistered employment, employment under-registered, registration requirements for the proper contractual indemnification consequences; regulation.*

I.- Introducción

El Congreso de la Nación sancionó la Ley Nº 26.476 conocida como la "Ley de Blanqueo Laboral" el 18 de Diciembre de 2008 que fue promulgada por el Decreto 2183/2008 el 22 de Diciembre de 2008 y publicada en el Boletín Oficial el 24 de Diciembre de 2008 y en Boletín AFIP Nro. 139 página 198 el 2 de febrero de 2009. En términos generales se refiere a la regularización impositiva del trabajo no registrado o deficientemente registrado.

II.- Antecedentes y aspectos doctrinarios y legislativos

Si se hace un breve repaso de la suerte que corrieron los antecedentes de esta norma en el intento de alcanzar el objetivo perseguido de lograr una mayor regularización en el empleo, debemos señalar que dichos antecedentes se encuentran en la Ley Nacional de Empleo Nro. 24.013, la Ley 25.323, la Ley 25.345, la Ley 25.877 y el Decreto 1582 del 05/12/01.

Analizamos brevemente estas normas.

La **Ley 24.013** establece claramente los requisitos básicos exigidos para que un contrato de trabajo esté correctamente registrado. Estos son: a) que el empleador inscriba el contrato de trabajo en el Libro del art. 52 de la LCT o en la documentación laboral que haga sus veces, b) que lo inscriba en el Sistema Único de Registro Laboral (creado por Decreto 2284/1991), c) que lo registre en la Obra Social pertinente y d)

se

prevé la registración de los trabajadores beneficiarios del sistema de prestaciones por desempleo.

Sin detenernos a considerar cómo es el procedimiento de inscripción o registración laboral ante la AFIP, se señala que la Ley 24013 se ocupa de establecer un régimen de sanciones indemnizatorias que tienen como objetivo castigar el trabajo clandestino total como parcial, es decir tanto la falta de registración total como la defectuosa (como fecha post datada, categoría inferior a la real o remuneración inferior a la real).

Es decir que persigue la falta de registración laboral pero no instaura un sistema tendiente a lograr la correcta registración ya que, en la práctica, en la mayoría de los casos esta norma es conveniente en cuanto engrosa el monto indemnizatorio que deberá percibir un trabajador pero no logra en definitiva preservar el puesto de trabajo y mucho menos su correcta registración laboral.

A ello se suma que entre los requisitos de validez para la operatividad del régimen de sanciones que impone exige que "se encuentre vigente la relación laboral" y este requisito puso limitaciones a los trabajadores que no estaban registrados o lo estaban insuficientemente y eran despedidos, ya que no podían reclamar las indemnizaciones de la Ley 24013 porque no estaba vigente el vínculo.

Esta falencia fue, en cierto modo, subsanada por la **Ley 25.323** (que rige desde el 20/10/2000) y que protege a estos trabajadores que al momento del despido no tienen registrado su contrato de trabajo o lo tienen registrado deficientemente.

Esta norma, si bien vino a cubrir el vacío legislativo que señalamos, siguió el camino de la anterior 24.013 de perseguir la falta o incorrecta registración laboral imponiendo indemnizaciones agravadas pero no estableció normas que promovieran la registración, sino que sólo castiga su omisión.

También podemos incluir dentro de esta corriente de sancionar la falta o incorrecta registración laboral a la **Ley Antievasión Nro. 25.345** (que rige desde el 26/11/00) y que introdujo modificaciones a los arts. 80 y 132 bis de la LCT. Esta ley también impone sanciones conminatorias para los casos en que el empleador omite entregar las pertinentes certificaciones de servicios y remuneraciones a sus trabajadores o bien cuando se constata que no ha integrado los aportes y contribuciones a los sistemas que correspondan en virtud de su obligación directa de contribuir, como de la que

detenta en carácter de agente de retención en relación a la obligación de aportar de los trabajadores.

Pero esta Ley tampoco introduce normas tendientes a alcanzar la correcta registración, sino que sólo sanciona su incumplimiento.

Un antecedente legislativo de objetivo similar a la nueva Ley 26.476 de lograr una mayor registración de los contratos de trabajo, lo encontramos en la **Ley de Ordenamiento Laboral Nro. 25.877** que creó el Sistema Integral de Inspección del Trabajo y de la Seguridad Social (SIDITYSS) con la finalidad de fiscalizar el cumplimiento de las normas del trabajo y de la seguridad social con la tendencia de eliminar el empleo no registrado y demás incumplimientos de la normativa laboral y de la seguridad social.

Finalmente se señala como antecedente el **Decreto Nro. 1582/01** del Poder Ejecutivo Nacional del 05 de diciembre de 2001 que prevé un procedimiento para facilitar a los empleadores, tendiente a formalizar las relaciones no registradas y/o las diferencias salariales no declaradas.

Éste eximía a los empleadores de pagar la Contribución Única de Seguridad Social (CUSS), multas y sanciones de los Recursos de la Seguridad Social por la falta de registro, si registraban espontáneamente las relaciones laborales o las diferencias salariales, según el caso, dentro de los 60 días de entrada en vigencia del Decreto.

Es decir que la Ley 26.476 es el primer intento legislativo que persigue este objetivo de lograr “prevenir” la falta de registración laboral o de regularización de la registración insuficiente, antes que se produzca el distracto y preservando la continuidad del vínculo laboral. No es una norma que castiga el incumplimiento sino una norma que promueve el cumplimiento registral y que cambia, si se quiere, la táctica para que los empleadores cumplan la normativa laboral vigente en materia registral, sin amenazarlos con indemnizaciones agravadas, otorgándoles la posibilidad de que accedan mediante un sistema de beneficios y planes de pagos.

ALEJANDRA BELTRAME: “La ley de blanqueo laboral”

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Mayo de 2011- A1.V1.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

III.- Análisis de la Ley 26.476

Seguidamente se realiza un análisis del texto de la **Ley 26.476**, en lo pertinente a la regularización de deudas en torno a la registración laboral.

Esta ley, en la parte pertinente a nuestra disciplina de derecho del trabajo y de la seguridad social, persigue la regularización de impuestos y recursos de la seguridad social, la regularización del empleo no registrado o insuficientemente registrado y la promoción para que los nuevos contratos de trabajo se regularicen utilizando como herramienta para lograrlo la condonación de deudas y el otorgamiento de planes de pagos.

En principio establece que los contribuyentes y responsables de los impuestos y de los recursos de la seguridad social, cuya aplicación, percepción y fiscalización se encuentra a cargo de la Administración Federal de Ingresos Públicos (A.F.I.P.), en caso de tener obligaciones vencidas o infracciones cometidas al 31 de diciembre de 2007, puedan acogerse a un régimen de regularización de deudas tributarias y de exención de intereses, multas y demás sanciones que se establecen en la misma ley, con excepción de los aportes y contribuciones con destino al sistema nacional de obras sociales.

Entre los beneficios que se prevén para los empleadores que se adapten a este régimen se establece que se suspenderán las acciones penales en curso y se interrumpirá la prescripción penal, cualquiera sea la etapa del proceso en que se encuentre la causa, siempre y cuando la misma no tuviere sentencia firme.

Otro beneficio es que la cancelación total de la deuda (de contado o mediante plan de facilidades de pago), producirá la extinción de la acción penal, en la medida que no existiera sentencia firme. Ahora bien, si el deudor incumple total o parcialmente el plan de facilidades de pago, consecuentemente se reanudará la acción penal o la promoción por parte de la Administración Federal de Ingresos Públicos de la denuncia penal que corresponda.

El art. 4 refiere que el alcance de la condonación se dirige a :

- a) las multas y demás sanciones, que no se encontraren firmes;
- b) los intereses resarcitorios y/o punitivos y/o los previstos en el artículo 168 (interés que fija el Tribunal Fiscal cuando advierte que la apelación es maliciosa) de la ley

ALEJANDRA BELTRAME: "La ley de blanqueo laboral"

11.683 (Ley de Procedimiento Tributario), texto ordenado en 1998 y sus modificaciones.

Son excepciones a la condonación de deudas:

- a) Los intereses correspondientes a los aportes retenidos al personal en relación de dependencia con destino al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones y
- b) Los intereses y multas derivados de las cuotas destinadas a las Aseguradoras de Riesgos de Trabajo.

Claro que para obtener el beneficio de condonación que establece esta ley se deberá cumplir con otras obligaciones que habían sido contraídas con anterioridad y que no son objeto de exenciones en esta norma, es decir que para alcanzar los beneficios de la Ley 26.476, los empleadores deberán acreditar, respecto de capital, multas firmes e intereses no condonados, algunas de las siguientes situaciones:

- a) Cancelación con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley;
- b) Cancelación mediante pago al contado, hasta la fecha en que se efectúe el acogimiento al presente régimen;
- c) Cancelación total mediante el plan de facilidades de pago que al respecto disponga la A.F.I.P., que podrá ser de: 1) Un pago a cuenta equivalente al seis por ciento (6%) de la deuda y 2) Por el saldo de deuda resultante, hasta ciento veinte (120) cuotas mensuales, con un interés de financiación del cero coma setenta y cinco por ciento (0,75%) mensual.

Por otra parte, como se ha señalado anteriormente, se pretende incentivar y alcanzar la **regularización del empleo como la regularización de registración insuficiente** en los términos de los arts. 8, 9 y 10 de la Ley 24.013 (LNE).

Para ello se establece que en la medida que se cumplan los requisitos del art. 7 de la LNE se logrará:

- a) la condonación de las infracciones, multas y sanciones previstas en las leyes 11.683 (Ley de Procedimiento Tributario), 17.250 (Ley que establece los requisitos para los obligados con las Cajas Nacionales de Previsión), 22.161 (Ley de Cajas de subsidios familiares para Comercio e Industria y Caja de asignaciones familiares para personal de la estiba), 24.769 (Régimen Penal Tributario), 25.212 (Ley de ratificación del Pacto Federal del Trabajo), 25.191 (Ley de trabajadores rurales) y 22.250 (Régimen laboral de obreros de la Construcción);

ALEJANDRA BELTRAME: "La ley de blanqueo laboral"

b) En caso de regularizar **hasta diez (10) trabajadores**, inclusive, se extinguirá la deuda -capital e intereses- originada en la falta de pago de aportes y contribuciones con destino a los subsistemas de la seguridad social que se detallan a continuación:

1. Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, ley 24241 y sus modificaciones.
2. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, ley 19032 y sus modificaciones.
3. Régimen Nacional del Seguro de Salud, ley 23661 y sus modificaciones.
4. Fondo Nacional de Empleo, ley 24013 y sus modificaciones.
5. Régimen Nacional de Obras Sociales, ley 23660 y sus modificaciones.
6. Régimen Nacional de Asignaciones Familiares, ley 24714 y sus modificaciones.
7. Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores, ley 25191.
8. Ley de Riesgos del Trabajo, 24557 y sus modificaciones.

Este beneficio también comprende a la deuda -capital e intereses- en concepto de cuotas sindicales correspondientes a las cotizaciones ordinarias y extraordinarias de los afiliados y de contribuciones de solidaridad, pactadas en los términos de la ley de convenciones colectivas.

c) Además los trabajadores incluidos en la regularización de esta ley tendrán derecho a computar sesenta (60) meses de servicios con aportes (o la menor cantidad de meses por las que se los regularice, si son menos de 60, a fin de cumplir con los años de servicios requeridos por la Ley 24.241 y sus modificaciones para la obtención de la Prestación Básica Universal y para el beneficio de prestación por desempleo previsto en el artículo 113 de la ley 24.013.

Por su parte los meses regularizados serán considerados respecto de la prestación adicional por permanencia pero no se computarán para el cálculo del haber de la misma ni de la prestación compensatoria.

d) en caso de tratarse de la regularización de más de diez (10) trabajadores, **a partir del número once (11), inclusive**, para la procedencia de los beneficios referidos anteriormente se deberá cancelar, sólo por dichos trabajadores, las obligaciones adeudadas -capital e intereses- en concepto de aportes y contribuciones, con destino a todos los subsistemas de la seguridad social ya enumerados con exclusión de la Ley de Riesgos del Trabajo.

ALEJANDRA BELTRAME: "La ley de blanqueo laboral"

Para el pago de estas obligaciones se deberá observar un plan de facilidades de pago, ante la AFIP, con las siguientes características:

- a) El interés de consolidación de cada una de las deudas que se incluya no podrá superar el veinte por ciento (20%) del respectivo capital;
- b) El interés anual de financiación será del seis por ciento (6%), calculado sobre el importe de cada cuota del plan de pago;
- c) Un pago a cuenta equivalente al seis por ciento (6%) de la deuda, y el saldo resultante en hasta ciento veinte (120) cuotas mensuales.

Plazo de vigencia

El plazo de vigencia de estos beneficios se estableció por 180 días y, según el art. 2 de la Ley 26.476, se otorgaba por única vez, entre el primer mes calendario posterior a la publicación de la reglamentación del régimen en el Boletín Oficial (24/12/08) y el sexto mes calendario posterior al de dicha fecha.

Por su parte la **Resolución General de la AFIP Nro. 2537/09** estableció expresamente que la regularización registral a efectos de la Ley 26.476 vencía el 02 de agosto de 2009, aparentemente tomando como fecha de publicación la de la AFIP del 02/02/09.

Esto generó algunas dudas en el sentido de que si se tomaba como fecha de publicación oficial la de AFIP (02/02/09), aplicando el criterio del art. 2 de la Ley 26.476, entonces el periodo de vigencia sería desde el 01 de marzo de 2009 (primer mes calendario posterior al de la publicación) y hasta el 31 de agosto de 2009, máxime si tenemos en cuenta que algunas resoluciones reglamentarias establecían como fecha tope para obtener los beneficios o para realizar los trámites pertinentes el 31 de agosto de 2009.

Pese a lo expresado fue públicamente conocido, incluso a través de los medios periodísticos y publicitarios que la fecha de culminación de la vigencia de estos beneficios sería el **31 de agosto de 2009**.

Este plazo fue expresamente prorrogado mediante **Decreto del PEN Nro. 018/2009**, emitido el 30 de Julio de 2009 y publicado B.O. el 31 de julio de 2009 que

ALEJANDRA BELTRAME: "La ley de blanqueo laboral"

estableció la prórroga del plazo establecido por el art. 14 de la ley 26.476²⁸. Dicho decreto determina que la Resolución General de la ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS N°2537/2009, fue publicada en el Boletín Oficial el día 2 de febrero de 2009, plazo a partir del cual se computan los CIENTO OCHENTA (180) días para acogerse a los beneficios otorgados por la regularización del empleo no registrado.

Además que el artículo 47 de la Ley N°26.476 establece que los plazos establecidos en los artículos 1º, 14 y 26 de dicha ley podrán ser prorrogados por un período igual por el PODER EJECUTIVO NACIONAL y, teniendo en cuenta que se comprobó una amplia adhesión por parte de los empleadores respecto del Capítulo I del Título II, se prorrogó dicho plazo a fin de posibilitar un mayor acceso a los beneficios, con el consecuente aumento de la regularización de trabajadores, como fin primordial buscado por la ley. Así se prorrogó la vigencia de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley N° 26.476, desde el 1º de agosto de 2009 por el plazo de CIENTO OCHENTA (180) días corridos desde el 1 de agosto de 2009.

Por **Resolución (Min.Trab, Empleo y SS) 122/2010**²⁹ se realizan alguna aclaraciones respecto a la vigencia de las reducciones de cargas sociales creadas por la ley 26476 determinando que el plazo durante el cual no se podrá reducir la planta de personal a los efectos de gozar de los beneficios de la reducción de las cargas sociales, será de 24 meses a partir del 31 de diciembre de 2010.

Por otra parte hasta el 31-12-2010 se extenderá la posibilidad de contratar personal con estos beneficios y a los efectos de analizar el incremento de la planta laboral deberá compararse con la existente al 30-11-2009.

ALEJANDRA BELTRAME: "La ley de blanqueo laboral"

²⁸ Registro del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, la Ley N°26.476, la Resolución del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL N°3 de fecha 12 de enero de 2009 y la Resolución General de la ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS N°2537 de fecha 26 de enero 2009

²⁹ Novedades Laborales – Notimail NA°: 546. 01/02/2010

Posteriormente por nuevo **Decreto del PEN Nro. 68/2011**³⁰, publicado en Boletín Oficial el 31 de enero de 2011 y con sanción el 24 de enero del mismo año, se prorrogó el plazo establecido en el art. 23, Ley 26476.

Este decreto recuerda que el artículo 16 de la Ley 26476 establece que, por el término de veinticuatro (24) meses contados a partir del mes de inicio de una nueva relación laboral, los empleadores gozarán por dichas relaciones de una reducción de sus contribuciones vigentes con destino a distintos subsistemas de la seguridad social y que el beneficio consiste en que durante los primeros doce (12) meses sólo se ingresará el cincuenta por ciento (50 %) de las citadas contribuciones y por los segundos doce (12) meses se pagará el setenta y cinco por ciento (75 %) de las mismas. Señala además que el artículo 23 de la citada ley prevé que el beneficio regirá por DOCE (12) meses contados a partir de la fecha en que las disposiciones de la ley mencionada tengan efecto, pudiendo ser prorrogado por el PODER EJECUTIVO NACIONAL. Destaca que mediante el Decreto N° 2166/09 se prorrogó desde el 24 de diciembre de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2010 el plazo establecido en el artículo mencionado precedentemente y que la Ley 26476 se ha constituido en una herramienta de promoción del "Trabajo Decente", por tal motivo resulta oportuno prorrogar el plazo vigente para el beneficio dispuesto en el Capítulo II del Título II de la Ley 26476, desde el **1 de enero de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2011**.

Consecuentemente, el régimen de la Ley 26.476 se encuentra plenamente vigente a la fecha.

En relación al plazo de vigencia es importante señalar que, como consecuencia de las diferentes interpretaciones que dio lugar el tema ya referido, la justicia fue la encargada de dar respuesta a diversas interpretaciones.

Así resulta interesante señalar un fallo rechazó la incorporación a la moratoria impositiva, que rigió hasta fines de agosto de 2009, de deudas con vencimiento posterior al 31 de diciembre de 2007. Para los jueces, la AFIP cometió un exceso reglamentario al extender el plazo legal a través de una resolución general.

ALEJANDRA BELTRAME: "La ley de blanqueo laboral"

³⁰ Registro del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, la Ley 26476, el Decreto N° 2166 de fecha 28 de diciembre de 2009, la Resolución General de la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS N° 2650 de fecha 3 de agosto de 2009, y las Resoluciones del MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL Nros. 3 de fecha 12 de enero de 2009, 347 de fecha 24 de abril de 2009, 589 de fecha 7 de julio de 2009 y 122 de fecha 27 de enero de 2010

Si bien, al sancionarse la Ley 26.476, se admitía la inclusión de deudas con vencimiento al 31 de diciembre de 2007; posteriormente y a través de una resolución general, el Fisco permitió la regularización de aquellas derivadas de obligaciones fiscales que vencían a esa fecha. Es decir, Ganancias del ejercicio 2007, que se pagaba ya en 2008, y el IVA de diciembre de 2007, que también vencía al año siguiente.

Sin embargo, la suerte de inmunidad de quienes adhirieron al régimen, encontró un punto de quiebre a la garantía penal que, en principio, éste les ofrecía.

La Sala B de la Cámara en lo Penal Económico de Capital Federal –en el marco de la causa que involucró a la empresa Ubicar SRL- consideró que la AFIP cometió un exceso reglamentario al extender el plazo establecido por ley a través de una simple resolución general³¹.

En consecuencia, los magistrados rechazaron el pedido de suspensión de la acción penal-tributaria, respecto de las deudas con vencimiento posterior al 31 de diciembre de 2007.

El novedoso fallo, si bien no está referido específicamente al tema de la regularización registral de los contratos de trabajo, constituye un importante antecedente en lo que respecta al plazo de duración de los beneficios de la ley que se analiza.

Nuevos contratos

Finalmente, se analiza la situación que previó esta ley en relación a los_nuevos contratos de trabajo que se formalizaran a partir de su vigencia.

Los empleadores, por el término de veinticuatro (24) meses contados a partir del mes de inicio de una nueva relación laboral o de la regularización de una preexistente con ausencia total de registración, gozarán (por dichas registraciones) de una reducción de sus contribuciones vigentes con destino a lo siguientes subsistemas de la seguridad social:

- a) Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, ley 24241 y sus modificaciones;
- b) Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, ley 19032 y su modificaciones;

ALEJANDRA BELTRAME: “La ley de blanqueo laboral”

³¹ Incidente promovido por Claudio Daniel Isali por aplicación del artículo 3º de la Ley 26476 en causa caratulada “Ubicar SRL sobre infracción Ley 24769, del 27 de Abril de 2010.

- c) Fondo Nacional de Empleo, ley 24013 y sus modificaciones;
- d) Régimen Nacional de Asignaciones Familiares, ley 24714 y sus modificaciones;
- e) Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores, ley 25191.

Esa reducción consiste en que durante los primeros doce (12) meses sólo se ingresará el cincuenta por ciento (50%) de las citadas contribuciones y por los segundos doce (12) meses se pagará el setenta y cinco por ciento (75%) de las mismas.

A fin de que estas reducciones no afecten los derechos de los trabajadores frente a la seguridad social, el Poder Ejecutivo Nacional sería el encargado de adoptar los recaudos presupuestarios necesarios para compensar las reducciones.

Están exceptuadas de este beneficio las contribuciones con destino al Sistema de Seguro de Salud previstas en las leyes 23.660 (Ley de Obras Sociales) y 23.661 (Sistema Nacional de Seguro de Salud) y sus respectivas modificaciones, como también las cuotas destinadas a las administradoras de riesgos del trabajo, Ley 24.557 y sus modificaciones.

A fin de amparar los vínculos laborales vigentes y prevenir el supuesto fraude laboral, se estableció que este beneficio no se otorgaría con relación a los siguientes trabajadores:

- a) Los que hayan sido declarados en el régimen general de la seguridad social hasta la fecha en que las disposiciones de esta ley tuvieran efecto y continuaran trabajando para el mismo empleador, con posterioridad a dicha fecha;
- b) Los que hubiesen sido declarados en el régimen general de la seguridad social y luego de producido el distracto laboral, cualquiera fuese su causa, hubiesen sido reincorporados por el mismo empleador dentro de los doce (12) meses, contados a partir de la fecha de desvinculación;
- c) El nuevo dependiente que se contratara dentro de los doce (12) meses contados a partir de la extinción incausada de la relación laboral de un trabajador que haya estado comprendido en el régimen general de la seguridad social.

Quedaban excluidos de pleno derecho de este beneficio los empleadores, cuando:

- a) Se le constatará personal no registrado por períodos anteriores a la fecha en que las disposiciones de esta ley entraran en vigencia, o posteriores a dicha fecha y hasta dos (2) años de finalizada dicha vigencia;

ALEJANDRA BELTRAME: "La ley de blanqueo laboral"

b) Incluyeran a trabajadores en violación a lo explicitado en el párrafo anterior.

La exclusión se produciría en forma automática desde el mismo momento en que ocurrió cualquiera de las causales indicadas.

A modo de sanción se ha previó que el incumplimiento de las disposiciones contenidas en esta ley produciría el decaimiento de los beneficios otorgados. En tal caso los empleadores debían ingresar la proporción de las contribuciones con destino a la seguridad social de las que fueron eximidos, con más los intereses y multas correspondientes.

El plazo de vigencia de este último beneficio que analizamos regía por doce (12) meses contados a partir de la fecha en que las disposiciones de esta ley tuvieran efecto, (por lo que si se entendía que era desde el 01 de marzo de 2009 sería hasta el 01 de marzo de 2010), pudiendo ser prorrogado por el Poder Ejecutivo Nacional; éste fue un plazo de vigencia diferente al previsto para los otros casos comentados.

- También se debe tener presente que la Ley 26.476 en su art. 41 estableció expresamente una serie de **exclusiones**, a saber:

a) los declarados en estado de quiebra, respecto de los cuales no se hubiera dispuesto continuidad de la explotación,

b) los querellados o denunciados penalmente por evasión impositiva,

c) los denunciados formalmente o querellados penalmente por delitos comunes, que tuvieran conexión con el incumplimiento de sus obligaciones tributarias,

d) Las personas jurídicas -incluidas las cooperativas en las que, según corresponda, sus socios, administradores, directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, consejeros o quienes ocupen cargos equivalentes en las mismas, hubieran sido denunciados formalmente o querellados penalmente por evasión impositiva o por delitos comunes conexos,

e) Los que ejercieran o hayan ejercido la función pública, sus cónyuges y parientes en el primer grado de consanguinidad ascendente o descendente en referencia exclusivamente al título III, en cualquiera de los poderes del Estado nacional, provinciales, municipales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

ALEJANDRA BELTRAME: "La ley de blanqueo laboral"

- Por vía reglamentaria se estableció que los beneficios sólo alcanzan a la remuneración regularizada, es decir que si por ejemplo el trabajador estaba registrado con una remuneración de \$ 1.500,00 pero en realidad percibía \$ 2.500,00, al acogerse a los beneficios de esta ley al empleador se le condonan deudas calculadas sobre los \$1.500,00 y no sobre los \$ 2.500,00.

- Otra norma de interés es el art. 45 que expresa que los sujetos que fueren empleadores alcanzados por las disposiciones de la presente ley, mantendrían los beneficios creados por ésta, mientras no disminuyeran la plantilla total de trabajadores hasta dos (2) años después de la finalización del régimen de beneficios, esto sería dos años después del 31 de agosto de 2009, plazo que aún se encuentra pendiente puesto que se extiende hasta el 31 de agosto de 2011.

Reglamentación

En cuanto a la reglamentación de esta ley se ha plasmado en las Resoluciones Generales de la AFIP Nros. 2536/09 y 2537/09, que establecieron el procedimiento para activar los beneficios de la Ley 26.476.

La **Resolución Nro. 2537/09**, del 26 de Enero de 2009, publicada en Boletín Oficial: 02 de Febrero de 2009, entre otras disposiciones estableció claramente que la regularización registral a efectos de la Ley 26.476 vencía el 02 de agosto de 2009, con lo que entonces se tomó como fecha de publicación la de la AFIP del 02/02/2009 y a partir de allí se computaron los 180 días que otorgó la ley para proceder a la regularización de que se trate.

Indica los parámetros para considerar que una registración está regularizada y dice que será cuando se ingresan los datos en el sistema "**MI SIMPLIFICACION**" y en los registros laborales. A tal efecto el empleador deberá: 1) Dar de alta al trabajador utilizando los códigos del Anexo de la Resolución General AFIP N° 2536/09; 2) De corresponder, rectificar la fecha de ingreso y/o las remuneraciones; 3) Presentar las declaraciones juradas originales o rectificativas, correspondientes a los períodos fiscales que se regularicen; 4) Incorporar a los trabajadores y/o las reales remuneraciones regularizados, en las declaraciones juradas determinativas y nominativas de las obligaciones con destino a la seguridad social, correspondiente al período devengado diciembre 2008 y siguientes.

ALEJANDRA BELTRAME: "La ley de blanqueo laboral"

En cuanto a la selección de los trabajadores a regularizar la Resolución reglamentaria determinó que el empleador debía comenzar a registrar a los de mayor antigüedad y, en caso de igualdad, a los de menor remuneración.

Posteriormente y para concluir el procedimiento, la AFIP comunicaría a los organismos de la seguridad social la regularización de la registración, y (hasta diez trabajadores) la extinción de la deuda por aportes y contribuciones (capital e intereses).

Por su parte la **Resolución del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social Nro. 3/2009** publicada en B.O. el 22 de enero de 2009 reglamentó el Título II, capítulo I (Regularización del Empleo) y Título IV (Disposiciones Generales) de la Ley 26.476.

Además la **Resolución Nro.347/2009-MTESS** del 12 de mayo de 2009 estableció el procedimiento y requisitos para aplicar el régimen de la Ley 26476 a la Industria de la Construcción (Ley 22.250).

La **Resolución General de la AFIP 2576/09** del 16/03/09 incluyó en los beneficios de la Ley a los trabajadores autónomos.

IV.- Algunas reflexiones sobre las consecuencias de la reforma

1.- Del análisis del texto legal se puede inferir que según el art. 1 del mismo quedaron excluidas del beneficio de condonación las deudas en concepto de Obras Sociales, entre otras.

Pero continuando el análisis, se observa que el art. 11 inc. b) estableció que para el caso de regularización de hasta diez trabajadores se previó la extinción de la deuda (capital e intereses) por falta de pago de aportes y contribuciones a los subsistemas de seguridad social y entre ellos se enumera el Régimen Nacional de Obras Sociales de la ley 23.660 y sus modificatorias.

ALEJANDRA BELTRAME: "La ley de blanqueo laboral"

Aparentemente hay contradicción entre las dos normas. Hay opiniones que explican esto aduciendo que el art. 1 se estaría refiriendo a contratos de trabajo extinguidos y el art. 11 a contratos de trabajo vigentes pero ello no surge expresamente de la letra de la ley. Este debió ser un tema de aclaración por vía reglamentaria que hasta la fecha no se ha efectuado.

2.- Otra observación que se puede formular también surge del art. 11 en cuanto a que cuando enumera las deudas a las que alcanza la condonación expresa que este beneficio también comprende a la deuda -capital e intereses- en concepto de cuotas sindicales correspondientes a las cotizaciones ordinarias y extraordinarias de los afiliados y de contribuciones de solidaridad, pactadas en los términos de la Ley de Convenciones Colectivas de Trabajo.

En este punto podemos ser coincidentes con quienes señalan³² la necesidad de analizar la constitucionalidad de esta parte del art. 11 ya que aparentemente se estaba condonando una deuda sobre cuotas sindicales disponiendo y avanzando sobre el patrimonio de terceros lo que puede ser atentatorio de la constitucionalidad del derecho de propiedad.

3.- Idéntico razonamiento cabe respecto a la condonación de deudas sobre alícuotas de las Aseguradoras de Riesgos de Trabajo de la Ley 24 557, pues no hay que olvidar que las ART son entes privados con fines de lucro y esta norma avanzó contra sus posibles créditos que forman parte de su patrimonio.

4.- También se plantearon algunos interrogantes sobre cómo jugarían los plazos de esta ley que analizamos y los de la Ley 24.013.

Es decir, como sabemos la Ley 24.013 establece en virtud de su art.11 que cuando el trabajador intima su empleador a los fines de lograr su registración laboral o la regularización de una registración deficiente, a partir de dicha intimación el empleador cuenta con treinta (30) días para proceder a la correcta registración y en caso de no hacerlo, ello constituye una injuria grave que justifica el despido indirecto.

ALEJANDRA BELTRAME: "La ley de blanqueo laboral"

³² Toselli Carlos Alberto, Conferencia de "**LAS ULTIMAS REFORMAS EN EL ORDENAMIENTO LABORAL**", organizado por la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social – Filial Córdoba, Salón Biale Massé, (Cámara del Trabajo de la ciudad de Córdoba, Tribunales III, 05/03/09).

Ahora bien, la Ley 26.476 otorgó a los empleadores un plazo de 180 días para proceder a las regularizaciones de deudas o a la registración de los contratos de trabajo o regularización de contratados insuficientemente registrados. Además se debe tener en cuenta que ésta es una ley posterior y especial, que en opinión de algunos podía dejar sin efecto la Ley 24.013 en lo que se refiere al plazo de 30 días referido anteriormente.

Esta última interpretación puede considerarse excesiva puesto que la ley 26.476 persiguió la regularización de deudas al sistema y la Ley 24.013 persigue la registración laboral, por lo que al tener distinto objeto no operaría la interpretación de considerar que la primera deroga la segunda.

Igualmente se abría el interrogante sobre qué ocurriría en un caso concreto si el trabajador intimaba a su empleador en los términos y bajo los apercibimientos de la Ley 24.013 y éste le respondía que se acogería a los beneficios de la Ley 26.476 que le otorga 180 días desde la entrada en vigencia de la ley para regularizar la situación? Es decir que, en vez de treinta días de la 24.013, el empleador podría contar con un plazo mayor hasta el 31/08/09 por la Ley 26.476 y hasta las fechas determinadas por sus sucesivas prórrogas.

Siguiendo con la afirmación de que dichos cuerpos legales y que aparentemente están en contraposición y persiguen objetivos diferentes, quedaría claro que el trabajador que intimó en los términos de la Ley 24.013 podría producir el despido indirecto luego de transcurridos los treinta días, en la medida que se cumplan todos los recaudos de dicha ley.

Todo esto desde la óptica de una de las tantas interpretaciones que puede tener este tema. Lo ideal hubiese sido que la propia Ley 26.476 hubiese dejado expresamente aclarado el punto pero ello no ha ocurrido. Tampoco se ha resuelto por vía reglamentaria por lo que quedamos a la expectativa de las decisiones jurisprudenciales que, sobre estos conflictos de intereses, se dicten.

En tal sentido podemos referir que los jueces laborales, no obstante lo sostenido por la Ley 26.476, continúan remitiendo los antecedentes a la Administración Federal de Ingresos Públicos (A.F.I.P.) cuando se ha probado en juicio una relación laboral no registrada, clandestina o de deficiente registración, en cumplimiento a lo dispuesto por el art. 17 de la Ley Nº 24.013. Así podemos citar el voto del Dr. Daniel H. Brain, Vocal

ALEJANDRA BELTRAME: "La ley de blanqueo laboral"

de la Sala Décima de la Cámara del Trabajo de Córdoba, quien en autos "PEREYRA MARIA ROSA DEL MILAGRO C/ HERRERO CLAUDIO LORENZO Y OTROS - ORDINARIO - DESPIDO" (EXPTE 71821/37), Sentencia del 18 de mayo de 2010, señaló: "...Habiéndose acreditado en la causa que el actor no se encontraba correctamente registrado ante los Organismos Previsionales y de Fiscalización correspondiente, de conformidad a lo dispuesto por el art. 17 de la Ley 24.013, se deberá remitir copia de este pronunciamiento a la Administración Federal de Ingresos Públicos (A.F.I.P.), a sus efectos....- Igual criterio había adoptado el juzgador en autos "SÁNCHEZ PABLO RAUL C/ TORRES MONICA LUISA Y OTRO- ORDINARIO- DESPIDO" EXPTE Nº 68080/37, Sentencia del 21 de abril de 2009, en cuanto pese a la vigencia de la Ley 26.476 sostuvo: "...De conformidad a lo dispuesto por el art. 17 de la Ley 24.013, **sin perjuicio de lo dispuesto por la Ley 26.476**, deberá remitirse copia certificada de este pronunciamiento a dicho Organismo de Fiscalización, a los efectos correspondientes...".

Debemos entender entonces que la Ley 26.476 tiene una finalidad distinta a la que preveía y mantiene en vigencia la Ley 24.013, pues esta última norma sigue vigente y los empleadores que no cumplimentan con sus disposiciones de registración laboral, pese a la vigencia de aquélla, continuarán siendo sancionados pecuniariamente con indemnizaciones agravadas.

5.- Por otra parte, es de destacar que del informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo³³ surgen algunas observaciones que se efectúan a nuestro país en relación a esta ley que se analiza.

La Comisión, en relación a trabajadores no registrados, toma nota de los comentarios de la CTA según los cuales al primer trimestre de 2009, el 36,4 por ciento de los asalariados no estaba registrado y por lo tanto no gozaban de la protección del sistema de seguridad social, como aportes jubilatorios y asignaciones familiares. Señaló: "Esta Comisión toma nota de que a este respecto, el Gobierno indica que mediante la implementación del Plan Nacional de Regularización del Trabajo tiene como objetivo principal incluir a todos los trabajadores en el sistema de seguridad social, mediante acciones de fiscalización y combate del trabajo no registrado así como

ALEJANDRA BELTRAME: "La ley de blanqueo laboral"

³³ Conferencia Internacional del Trabajo, 100º reunión, 2011.

campañas de difusión y concientización. Según el Gobierno desde el inicio del Plan Nacional de Regularización del Trabajo en 2003 se ha logrado reducir la tasa de trabajo no registrado en 12,7 puntos porcentuales y a enero de 2009 la tasa de trabajadores no registrados estaba en el 25,32 por ciento. El Gobierno además hace referencia a la Ley 26476 de diciembre de 2008 por la cual se establece el régimen para la regularización de las relaciones laborales y promoción y protección del empleo registrado. Mediante dicha normativa se incentiva a los empresarios a regularizar a los trabajadores a través de beneficios en las contribuciones de la seguridad social. **La Comisión pide al Gobierno que informe sobre el impacto en la práctica de esta ley, del Plan Nacional de Regulación del Trabajo y de las demás medidas adoptadas por el Gobierno para fomentar la regularización de los trabajadores no registrados con miras a reducir su vulnerabilidad y mejorar sus condiciones de trabajo”.**

Hasta la fecha no se han conocido públicamente los resultados de tal informe solicitado por la Comisión pero es de señalar la preocupación de la Organización Internacional del Trabajo por proteger el contrato de trabajo, puesto que se advierte su vulnerabilidad ante los posibles reclamos de los trabajadores a fin de que se regularicen sus relaciones laborales.

V.- Conclusión

Como colofón se sostiene que la 26.476 nació como una ley que beneficiaba a los que, por mucho tiempo, no cumplieron y mantenían deudas y, pareciera que esta ley, les otorgaba un “premio” por no cumplir con sus obligaciones impositivas condonándoles la deuda.

Este es un estilo muy particular de las entidades recaudadoras y con el único objetivo de “recaudar” implementando medidas como éstas aunque se irriten, en muchos casos, las susceptibilidades de los que siempre cumplen. Tenemos ejemplos muy claros de ello como es el caso de los organismos provinciales o municipales que, a fin de lograr recaudar impuestos, implementan moratorias con condonación de deudas, ya sea por capital o intereses, y largos planes de pagos.

Ahora bien, si se analiza desde la óptica del trabajador que se encuentra en una situación registral irregular, podemos concluir que es una ley muy valiosa porque les

ALEJANDRA BELTRAME: “La ley de blanqueo laboral”

abre la posibilidad de regularizar sus contratos de trabajo y así acceder a los beneficios de la seguridad social, los que no puede usufructuar si mantienen en la clandestinidad, sea total o parcial, sus relaciones laborales.

Sin duda esta normativa constituye un avance importante en materia de registración laboral pero esta afirmación se podrá convalidar cuando culmine el plazo de vigencia de la norma y se puedan apreciar los resultados concretos.

Cita de este artículo:

BELTRAME, A. (2011) "La ley de blanqueo laboral". *Revista IN IURE [en línea] 1 de Mayo de 2011, Año 1, Vol. 1. pp.42-61.* Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

In Iure
Revista Científica de
Ciencias Jurídicas y Notariales

Revista IN IURE, Año 1. Vol. 1. La Rioja (Argentina) 2011.
Pablo Pérez Giménez: "La transacción en el juicio de daños". pp. 62-74
Recibido 10/04/2011 Aprobado 16/04/2011

Año 1. Volumen 1.

ISSN 1853-6239

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Mayo de 2011- A1.V1.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

LA TRANSACCIÓN EN EL JUICIO DE DAÑOS

Breve reseña del Instituto de la Transacción y la facultad resolutoria tácita.

Ab. Pablo M. Pérez Giménez

Abogado. Prof. Adjunto por Concurso, a cargo de la Cátedra de Derecho Civil II- UNLaR.- Docente de la Cátedra de Derecho Privado II. Cat."A" de la UNC.

Palabras Clave:

Transacción- Facultad resolutoria tácita.

Key Words:

Transaction-Authorize Tacit Resolution.

RESUMEN:

Breve caracterización del instituto de la transacción, en cuanto a sus requisitos, caracteres, naturaleza jurídica y efectos. Posibilidad de ejercicio de la facultad resolutoria tácita en el contrato de transacción.

ABSTRACT:

Brief characterization of the Institute of the transaction, in their requirements, characteristics, legal nature and effects. Possibility of exercising the power resolatory tacit contract transaction.

PABLO PÉREZ GIMÉNEZ: "La transacción en el juicio de daños"

A) INTRODUCCIÓN. BREVE RESEÑA DEL INSTITUTO.

I) Concepto.

El término "transacción" es empleado vulgarmente para designar a todo tipo de acuerdos de intercambio comercial, lo que jurídicamente se ve especificado hacia un

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Mayo de 2011- A1.V1.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

convenio definido por su **finalidad extintiva** y por los **medios** elegidos para arribar a tal fin.

El art. 832 del código civil la define como: "acto jurídico bilateral, por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas".

Se ha afirmado con precisión que la transacción "tiene como fin conferir certidumbre a derechos y obligaciones que las partes disputan entre si, y que para ellas son dudosas o están sometidas a algún litigio"³⁴

II) Requisitos.

Se reconocen entonces a partir de la conceptualización del instituto, la presencia de tres requisitos:

1) Acuerdo con finalidad extintiva. Nos encontramos ante un acto jurídico bilateral, como el código lo indica; el cual al decir de Salvat, "responde al propósito de prevenir o terminar litigios: cada una de las partes sacrifica una parte de sus derechos o pretensiones, para evitar o terminar los gastos de un pleito y las incomodidades e intranquilidad que éste ocasiona siempre..."³⁵.-

2) Concesiones recíprocas de las partes. Ello representa que los intervinientes deben resignar parte de sus pretensiones originarias u obligarse a dar algo a cambio de lo que a su vez obtenga de la otra parte. Este es el requisito distintivo del instituto, y el cual lo va a diferenciar de otros como el reconocimiento o el desistimiento de derechos, por ejemplo. La reciprocidad es distintiva de la transacción e ineludible, debiendo ser

PABLO PÉREZ GIMÉNEZ: "La transacción en el juicio de daños"

evaluada la misma en forma totalmente subjetiva, siendo en las concesiones, muy amplio el poder dispositivo de las partes a tal efecto.

3) La llamada *res dubia*. Obligaciones litigiosas o dudosas. Habrá en este punto que hacer la distinción si la materia debatida y acordada responde a materia que se

³⁴ Cfr. López Cabana Roberto M. en *Código Civil y leyes complementarias. Comentario anotado y concordado*, A. C. Belluscio (Director) – E. A. Zannoni (coord.), 1981, T3-

³⁵ Salvat, Raymundo M. *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general*. Sexta edición actualizada por Enrique V. Galli III. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires 1956.-

controvierte a nivel judicial, en cuyo caso las obligaciones serán litigiosas, al decir del código; o si la finalidad extintiva se proyecta sobre cuestiones que no han arribado a los estrados judiciales, y permanecen en debate entre las partes, siendo las mismas, las que subjetivamente le imprimen tal carácter; aunque el mismo no lo fuera para un experto en la materia. Como claramente afirman Pizarro y Vallespinos, "la transacción es un acto jurídico de fijación o declarativo de certeza (accertamento), que requiere, lógicamente, de una incertidumbre previa, que luego es despejada"³⁶.

III) Naturaleza Jurídica.

Si bien existe casi unanimidad de criterios al entender a la transacción como un acto jurídico bilateral con vocación extintiva, la doctrina se divide entre los que participan de la idea que la transacción es una convención liberatoria, y los que, en franca posición mayoritaria, ven a la misma como un contrato en los términos del art. 1137 del código civil.

Para los primeros, amparados en la enunciación del art. 832, le dan carácter de acto jurídico bilateral con fin extintivo inmediato de obligaciones. Clásicos autores de la talla de Lafaille, Machado o Colmo, entienden estar ante la presencia de una "convención liberatoria", ya que la misma no se condice con una categoría contractual que presupone la creación de obligaciones a partir del "acuerdo de voluntad común". La transacción para esta postura, por tanto, es convención, pero goza de una neta finalidad extintiva, lo cual la aleja de poder caracterizarla como contrato.

Los que defienden la naturaleza contractual del instituto, (Salvat, Bibiloni, Morello, Llambías, Pizarro, Vallespinos, López de Zavalía, Alterini y Mosset Ituarraspe, entre otros) asignan, al vocablo "contrato" un sentido amplio, el cual comprendería no

PABLO PÉREZ GIMÉNEZ: "La transacción en el juicio de daños"

solo los actos que crean obligaciones, sino también aquellos que las declaran, modifican, transmiten o extinguen.-

Más allá de la controversia, la cuestión se encuentra zanjada a nivel jurisprudencia nacional, ya que se ha afirmado que: "...sea cual fuere la naturaleza

³⁶ Pizarro, Ramón Daniel- Vallespinos Carlos Gustavo. *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*. Tomo 3, pág. 590, Editorial Hammurabi. Año 1999.-

jurídica de la transacción a ella se aplican todas las disposiciones de los contratos a las que remite el art. 833 del código civil³⁷

IV) Caracteres.

1) Contrato bilateral, oneroso y consensual. Las partes quedan obligadas mutuamente a través de obligaciones interdependientes y de concesiones recíprocas que se realizan. Asimismo cada parte obtiene la ventaja que le representa el reconocimiento que la otra realiza a partir de su propio sacrificio, por tanto es oneroso. Dentro de esta categoría puede ser conmutativo o aleatorio, dependiendo de si los sacrificios recíprocos, estén o no exentos de variaciones, por la incidencia de algún acontecimiento incierto y futuro. Siendo finalmente consensual, ya que se perfecciona con el solo consentimiento de las partes intervinientes, el que se debe haber manifestado en legal forma.

2) Indivisible. Al decir de Salvat, "la indivisibilidad de la transacción significa, que para su existencia y la de cada uno de sus efectos, se debe tomar en cuenta la integridad del acto"³⁸

Por lo que no sería admisible en principio, la nulidad parcial de la misma; salvo que expresamente las partes hubieren previsto lo contrario. Ello se justifica, según Zannoni, en que, "la pluralidad de declaraciones conexas que contiene la transacción no produce, cada una, efectos propios o independientes, sino que los efectos jurídicos correspondientes a su finalidad solo enlazan al complejo de declaraciones conjuntas.". Las cláusulas que componen el cuerpo transaccional, conforman por tanto un todo interdependiente que, justifica la caída nulificante del acuerdo ante la irregularidad de una de sus cláusulas. Esto ha sido mitigado jurisprudencialmente, y a la luz de los

PABLO PÉREZ GIMÉNEZ: "La transacción en el juicio de daños"

principios de buena fe en la interpretación de los contratos, y el ejercicio abusivo de los derechos.-

3) De interpretación estricta o restringida. El mismo surge directamente del art. 835 del Código. Civil, el cual reza; "Las transacciones deben interpretarse

³⁷ SCBA, 29/08/1991, JA, 1982-II-553; idem, JA, 1996-I-9; JA, 1990-IV-360.-

³⁸ Salvat Raymundo M. Op. cit. Pág. 199 nro. 1847.-

estrictamente. No reglan sino las diferencias respecto de las cuales los contratantes han tenido en realidad intención de transigir, sea que esta intención resulte explícitamente de los términos de que se han servido, sea que se reconozca como una consecuencia necesaria de lo que se halle expreso".- No puede por tanto ser interpretado el texto de manera extensiva, y en caso de duda, se debe tener como transigidos aquellos derechos que inequívocamente resulten de tal carácter a la luz del acuerdo transaccional.

4) Declarativa de derechos. La transacción en principio, no da nacimiento ni crea nuevos derechos. La misma se refiere a derechos o títulos anteriores que las partes tratan de "acertar", por medio de sus interdependientes sacrificios. Si bien ha sido criticado esto por parte de la doctrina, al decirse que "... los propios elementos de la transacción, evidencian que el efecto declarativo que se le atribuye es, en gran medida ficticio. Su objeto, son derechos dudosos o litigiosos y exige concesiones o sacrificios recíprocos. Hay, pues, un cambio real de situaciones: una situación compleja es sustituida por una situación clara. Se concreta la creación de un estado de derecho nuevo, que excede al propósito de declarar simplemente derechos anteriores."³⁹

La mayoría de la doctrina sin embargo propende la solución reconocida por el art. 836 del Código. Civil primera parte, reconociendo el efecto declarativo de la transacción, siendo su objeto "precisar, fijar o hacer cierta una situación jurídica preexistente, determinando la existencia, la preexistencia, el contenido o los límites de una determinada relación jurídica."⁴⁰

Al tratar los efectos, veremos como también excepcionalmente, la misma puede tener un efecto traslativo de derechos.-

PABLO PÉREZ GIMÉNEZ: "La transacción en el juicio de daños"

V) Clases.

1) Judicial y extrajudicial. La transacción judicial es aquella que versa sobre derechos "litigiosos" al decir del art. 832, y por tanto es celebrada durante el

³⁹ Salvat, Raymundo M. Op. cit. pág. 201.-

⁴⁰ Díez Picazo, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Introducción. Teoría del contrato*, Civitas, Madrid. Año 1996.-

transcurso del proceso judicial. En tanto que será extrajudicial, en la medida que se refiera a derechos "dudosos" en palabras del artículo precitado. Ello es antes de toda contienda judicial y es realizada en forma privada por las partes. Ambas varían también en cuanto a la forma requerida para su cumplimiento; ya que mientras en la transacción extrajudicial sólo será requerida la forma escrita, la judicial requiere además el cumplimiento de una formalidad absoluta: la presentación de la misma ante el juez que entiende en la causa.

2) Simple o pura y compleja. La primera encuentra lugar, cuando el acuerdo transaccional se realiza sobre los mismos derechos controvertidos; mientras que será compleja cuando en la misma se comprometen otros derechos, distintos de los cuales había versado la controversia originaria. Esta distinción redundará en un plano directo sobre los efectos de una u otra; ya que mientras la transacción simple tiene siempre efecto declarativo; la compleja tiene un doble efecto: declarativo en cuanto a los derechos que las partes mutuamente se reconocen y traslativo en lo referente a los derechos que no eran originarios de la primigenia controversia, sino que han sido traídos para ser cedidos, por una de las partes, a fin de lograr el acuerdo.-

VI) Efectos.

Los efectos de la transacción son tres:

1) Efecto extintivo. Metodológicamente, la transacción se encuentra ubicada dentro de los modos extintivos de las obligaciones; consagrando el mismo en el art. 850 del Código. Civil que nos dice que la "transacción extingue los derechos y obligaciones que las partes hubiesen renunciado, y tiene para con ellas la autoridad de la cosa juzgada".

Ello importa que las partes no podrán en lo sucesivo, a partir del acto transaccional, exigirse nuevamente el cumplimiento de los derechos que han sido

PABLO PÉREZ GIMÉNEZ: "La transacción en el juicio de daños"

materia del acuerdo; ya que la transacción cumple entre ellas los efectos de la sentencia y la función de pasar los derechos transigidos a la autoridad de la cosa juzgada.

2) Efecto declarativo. El mismo presupone que cuando uno de los partícipes del acuerdo transaccional, reconoce el derecho de la contraparte; no se considera que se lo ha transmitido, sino que el mismo ha existido desde antes en cabeza de la persona que lo detenta luego de la transacción. Este efecto plantea consecuencias apreciables: a) la transacción no impone garantía de evicción a quien esta reconociendo un derecho preexistente en cabeza del otro; b) la consecuencia anterior no se extiende a los bienes que como precio de la transacción pueda alguna de las partes enajenar a favor de la otra (efecto traslativo); c) el título que emana del acuerdo transaccional y que reconoce el derecho al transigente, no forma título propio en que fundar la prescripción (art. 836 c.c. in fine).

3) Efecto traslativo. El mismo como lo anticipáramos, se da en la llamada transacción compleja. Recordemos que en la misma se traen al acuerdo transaccional, derechos que no han sido motivo de la controversia originaria; cumpliendo los mismos el papel de "precio de la transacción", modificando la situación jurídica preexistente respecto de los mismos, siendo puestos los mismos en cabeza de una de las partes, que no gozaba hasta ese momento del mismo, a fin de poner fin a la controversia.

B) LA TRANSACCIÓN Y SU RESOLUCIÓN TÁCITA.

I) Introducción:

Hemos caracterizado a la transacción como un contrato bilateral o "sinalagmático". Ello autoriza a inferir según la posición mayoritaria de nuestra doctrina nacional, la facultad implícita o tácita que tiene la parte cumplidora, de resolver el acuerdo transaccional, en el caso de incumplimiento de la otra.-

El art. 1204 de nuestro código civil plantea que, en todo contrato de prestaciones recíprocas, se entiende implícita la facultad de resolver las obligaciones

PABLO PÉREZ GIMÉNEZ: "La transacción en el juicio de daños"

emergentes de ellos, en el caso de que alguno de los contratantes no cumpliera con lo que se hubiere obligado.

Autorizada doctrina ha manifestado en apoyo de esta tesis que "cuando la transacción impone a los transigentes la ejecución de obligaciones recíprocas, el

incumplimiento de uno de ellos abre a favor del otro las siguientes posibilidades... 2) Alegar la resolución de la transacción y el consiguiente restablecimiento de la situación precedente, por la vía de la facultad resolutoria implícita del nuevo art. 1204, a falta de pacto comisorio expreso (conf. art. 1203)⁴¹.

A pesar de ello, resulta, interesante al menos, contrastar la posibilidad otorgada por el régimen general de los contratos, y el específico del contrato de transacción, que en su detallado articulado parece vedar tal posibilidad según se expondrá seguidamente.

La problemática a debatir se plantea en razón de la ausencia de texto expreso en nuestra legislación civil que resuelva la cuestión; como lo ha hecho particularmente el código civil italiano del año 1942, cuyo art. 1976 prescribe que la resolución de la transacción por incumplimiento no se puede pedir, si la relación preexistente se ha extinguido por novación, salvo que el derecho a la resolución se haya estipulado expresamente.

II) Distintas posiciones doctrinarias:

El debate sobre esta temática, se ha registrado a nivel de distintos autores europeos, a principios del siglo pasado, donde podemos distinguir dos corrientes marcadas:

La primera, entre quienes se encuentran los que aceptan la facultad resolutoria implícita en la transacción, parten en su análisis del carácter eminentemente bilateral del contrato transaccional y sostienen que al tratar la temática del contrato de transacción en los códigos civiles, no se ha derogado expresamente lo previsto para este tipo de contratos en la su parte general (francés art. 1154; e italiano de 1865 art. 1165); por tanto podrá resolverse el acuerdo transaccional ante el incumplimiento de una de las partes, tal como sucede en cualquier contrato bilateral.-

PABLO PÉREZ GIMÉNEZ: "La transacción en el juicio de daños"

En nuestro derecho Trigo Represas invocando la norma del art. 833 del código civil, ha dicho que: "va de suyo que en su régimen de aplicación se cuentan, entre otras, las normas de los arts. 1201 relativo a la exceptio non adimpleti contractus y 1204 (modificado por la ley 17.711) que instituye el pacto comisorio implícito y faculta a

⁴¹ Llambías Jorge J. *Tratado de derecho civil. Obligaciones* Editorial Perrot. Buenos Aires 1973 Tomo III pág. 74 y ss.-

cualquiera de las partes para resolver la transacción en caso de que la otra no cumpliera con el compromiso a su cargo”⁴².

En posición antagónica se enrolan, quienes sostienen que no es posible invocar la facultad resolutoria tácita en un acuerdo transaccional; los mismos amparan su afirmación en que la propia naturaleza del instituto, así como también la existencia de expresas normas legales hacen imposible su aplicación.

En este campo hay quien ha sostenido que la transacción tiene una naturaleza mixta, intermedia entre el contrato y el acto jurisdiccional, la primera, respecto de su período de formación y la segunda, una vez concluida la misma. Y por ello se concluye que la revocación de una transacción perfectamente constituida no puede tener lugar sino en los casos previstos para las sentencias definitivas. La inexecución no está prevista para ellos y por tanto, la transacción no podrá ser revocada por inexecución.⁴³

Se tiene en cuenta también a los fines de negar la facultad resolutoria tácita, la “intención presunta de las partes”, ya que quienes han querido por vía del convenio transaccional, poner fin para siempre a sus controversias sobre determinada materia, mal pueden inferirse que exista una ulterior posibilidad de resolución implícita en dicho acuerdo.-

Dentro de esta posición, Enrique Tomás Bianchi, cita a Antonio Butera, quien afirma que “Luego, la transacción no sólo tiene la fuerza obligatoria propia de todos los contratos: tiene un rango superior, una fuerza igual a la sentencia y, como ésta, no puede ser resuelta por el arbitrio de alguna de las partes. Las sentencias se cumplen, no se resuelven”.⁴⁴

PABLO PÉREZ GIMÉNEZ: “La transacción en el juicio de daños”

III) Conclusiones.

⁴² Trigo Represas Félix en Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las Obligaciones*, II Volumen 2, La Plata 1972, pág. 358/359

⁴³ Carones en: *La condizione resolutive sottintesa nella transazione* Monitore Trib. 1914 pág. 81 y ss. Citado por Enrique Tomás Bianchi en *Transacción y facultad resolutoria tácita* JA 1977 III pág. 657

⁴⁴ Butera Antonio en el *Digesto Italiano* Torino. 1912-1916, volumen XXIII, parte prima, núm. 200. Citado por Enrique T. Bianchi, op. cit.

La facultad resolutoria tácita en la transacción, parece estar abiertamente en disonancia con el "efecto declarativo" que expresamente le reconoce nuestro código civil en su artículo 836.-

Todo ello atento a que resulta incompatible con la idea de reconocer un derecho preexistente, el de facultar a la resolución por incumplimiento. Las partes no son causa-habientes una de otra. No se transmiten nada.

Toda resolución presupone conexidad de prestaciones; ello falta si las partes solo "reconocen" derechos preexistentes.

Esto se presenta con relativa claridad en la llamada **transacción pura**, en la cual sus efectos son neta y únicamente declarativos. Por ej. El Sr. X pretende que el Sr. Y le pague \$1.000 que le adeuda; mientras que el Sr. Y afirma adeudar \$400; atento a ello, transigen su deuda, declarando que el Sr. Y le adeuda al Sr. X la suma de \$700.-

Si el Sr. X pretendiera, luego de arribado al acuerdo, cobrar la suma de \$1.000, que originariamente reclamara, se le podrá oponer la excepción de transacción al progreso de su pretensión; aunque esta facultad no implicará la prerrogativa de, ante el planteo de X; facultar a Y a ejercer la facultad resolutoria implícita y revivir su primigenia pretensión de abonar solamente \$400; todo ello, atento a los efectos netamente declarativos que el código expresamente otorga a esta figura.

Presenta otro grado de dificultad la llamada **transacción mixta** o con efecto "traslativo"; ello así porque los efectos netamente declarativos que el acto transaccional naturalmente presenta, se le debe adicionar diferenciadamente un efecto traslativo, respecto del bien que ha sido "precio" de la transacción, o del reconocimiento de una de las partes, respecto del derecho de la otra.

Por ejemplo, los Sres. A y B debaten un presunto derecho de propiedad sobre un inmueble; finalmente arriban a un acuerdo transaccional, por el cual el Sr. A reconoce el derecho de dominio del Sr. B sobre el inmueble en cuestión; y el Sr. B se obliga a entregarle al Sr. A una suma de \$10.000; como "precio" del precitado reconocimiento.-

PABLO PÉREZ GIMÉNEZ: "La transacción en el juicio de daños"

Aquí ya el acto transaccional asume una apariencia mixta, ya que el derecho de dominio del Sr. B, aparece como "reconocido" o "declarado" por el Sr. A; y por tanto como si hubiera existido desde siempre en cabeza suya.-

Mientras que el derecho a recibir la suma de \$10.000 aparece "trasladado" o "constituído" a partir del acuerdo transaccional. Estos dos efectos, que aparecen como "contenidos" en forma conjunta dentro del "continente" llamado acuerdo transaccional; permiten inferir distintas soluciones, según el criterio que se adopte.-

En caso de incumplimiento por parte del Sr. B a entregar la suma de \$10.000, los que admiten en forma irrestricta el uso de la facultad resolutoria tácita, permitirán su ejercicio, y por tanto el Sr. A podría recuperar la tenencia del inmueble, y quedar planteado el problema como al principio.-

Mientras que otros autores, en posición que compartimos, aún en este tipo de transacciones, sostienen en negar el ejercicio de la acción resolutoria.-

La naturaleza intrínseca del acuerdo transaccional, no es tanto un contrato bilateral de prestaciones causalmente coligadas, sino un acuerdo de certeza. Se ha dicho al respecto que "...El efecto declarativo supone, necesariamente, reconocer a los sujetos de una relación jurídica la facultad de autocomponer sus diferencias, a través de un negocio jurídico de fijación o declarativo de certeza, frecuentemente denominado en la doctrina italiana "accertamento"⁴⁵; deduciendo de tal modo que la causa contractual no es el intercambio de prestaciones, sino la eliminación de la incertidumbre que se cernía en el horizonte de las partes.-

Enrolados entonces, en caracterizar así la naturaleza causal del instituto, propender la facultad resolutoria tácita ante el incumplimiento de una de las partes, debilitaría sin dudas la utilidad del mismo; dejando abierta siempre la posibilidad de volver sobre las oscuras situaciones que se pretenden superar.-

Lo antedicho, encuentra asimismo sólido respaldo normativo en el art. 855 del código civil, en cuanto sostiene que "La parte que hubiese transferido a la otra alguna cosa como suya en la transacción, si el poseedor de ella fuese vencido en juicio, está sujeta a la indemnización de pérdidas e intereses; pero la evicción sucedida no podrá revivir la obligación extinguida en virtud de la transacción."

PABLO PÉREZ GIMÉNEZ: "La transacción en el juicio de daños"

⁴⁵ Pizarro Ramón Daniel- Vallespinos Carlos Gustavo. *Instituciones de derecho privado. Obligaciones 3*. Ed. Hammurabi. 1999. Buenos Aires.-

Del mismo se colige sin duda alguna, que lo transigido por las partes, no podrá ser revisado o replanteado a posteriori, aún en el caso de evicción de lo entregado en "precio" de la transacción.-

Finalmente, el carácter que otorga el art. 850 de autoridad de cosa juzgada a lo transigido por las partes, reafirma la posición doctrinal propiciada.-

El codificador en su nota al artículo citado, afirma: "...El principio que se halla en todos los Códigos, de que la transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada, es por la razón de que el objeto de la transacción es establecer derechos que eran dudosos, o acabar pleitos presentes y futuros, y se juzga que las partes hubiesen pronunciado sentencia sobre esos pleitos o derechos dudosos.".-

No parece por tanto plausible que el legislador haya sobreentendido la facultad resolutoria en un modo extintivo de las obligaciones, al cual otorga la autoridad de cosa juzgada.-

El detalle de estos argumentos, tanto doctrinarios como legislativos, fundamentan a nuestro entender, que se propicie la negativa de aplicación de la facultad resolutoria implícita en los acuerdos transaccionales.

C) BIBLIOGRAFÍA.

-Diez Picazo, Luís, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Introducción. Teoría del contrato*, Civitas, Madrid. Año 1996.-

-Llambías Jorge J. *Tratado de derecho civil. Obligaciones* Editorial Perrot. Buenos Aires 1973, Tomo III.-

-López Cabana Roberto M. en *Código Civil y leyes complementarias. Comentario anotado y concordado*, A. C. Belluscio (Director) – E. A. Zannoni (coord...), 1981, T3-

-Pizarro Ramón Daniel- Vallespinos Carlos Gustavo. *Instituciones de derecho privado. Obligaciones* 3. Ed. Hammurabi. 1999. Buenos Aires.-

PABLO PÉREZ GIMÉNEZ: "La transacción en el juicio de daños"

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Mayo de 2011- A1.V1.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

-Trigo Represas Félix en Cazeaux y Trigo Represas, *Derecho de las Obligaciones*, II Volumen 2, La Plata 1972.-

-Salvat, Raymundo M. *Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones en general*. Sexta edición actualizada por Enrique V. Galli III. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires 1956.

Cita de este artículo:

PERÉZ GIMÉNEZ, P. (2011) "La transacción en el juicio de daños". *Revista IN IURE [en línea] 1 de Mayo de 2011, Año 1, Vol. 1*. pp.62-74. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

DE NAMIBIA A KOSOVO

La libre determinación en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia

Luciano Pezzano

Abogado. Maestrando en Relaciones
Internacionales. Jefe de Trabajos Prácticos
de la cátedra de Derecho Internacional
Público y de la Integración (UCES San Francisco).

Palabras Clave:

libre determinación –
independencia – Corte
Internacional de Justicia –
Kosovo

Key Words:

*self-determination –
independence – International
Court of Justice – Kosovo*

RESUMEN:

El trabajo analiza la evolución de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia en materia de libre determinación y en particular, el tratamiento que la Corte hizo del referido principio en su opinión consultiva sobre la independencia de Kosovo.

ABSTRACT:

The work analyzes the evolution of the jurisprudence of the International Court of Justice in the field of self-determination, and in particular, the treatment made by the Court of the principle in its advisory opinion on the Kosovo independence.

I. Introducción

La opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la legalidad de la Declaración de Independencia de Kosovo trajo nuevamente a la escena internacional el debate sobre la libre determinación de los pueblos, tema trascendental del derecho internacional contemporáneo. El tratamiento que sobre el principio hace el dictamen del máximo tribunal internacional –escaso, como veremos– nos motiva a revisar su jurisprudencia pasada en la materia para luego efectuar algunas reflexiones sobre el caso.

En la reseña, en aquellos casos en que el principio ha merecido cierto análisis de parte de la Corte, citaremos sólo la respectiva decisión; en aquellos que la mención ha sido sólo incidental, recurriremos a las opiniones individuales y disidentes de los magistrados de la Corte, y de corresponder, a los alegatos de las partes. En todos los casos, señalaremos los rasgos distintivos que la libre determinación adquiere en los pasajes citados, destacando algunos elementos que luego nos permitirán reflexionar sobre la cuestión de Kosovo.

Finalmente, analizaremos los aspectos que conciernen a la libre determinación que han sido planteados ante la Corte en el caso de Kosovo, cuál es el tratamiento que ésta hizo del mismo, y nuestras consideraciones sobre la cuestión.

II. El principio de libre determinación en la jurisprudencia de la Corte

1. Caso del Sudoeste Africano

La primera vez que detectamos que la libre determinación se plantea ante la Corte es en el famoso caso del Sudoeste africano (Etiopía y Liberia c. Sudáfrica). En las conclusiones finales de su Memoria, así como en las conclusiones de las audiencias orales, Etiopía y Liberia pidieron a la Corte que decidiera y declarara que: *«La Unión [Sudafricana], por sus palabras y sus actos, ha actuado [...] de una manera incompatible con el estatuto internacional del Territorio y ha impedido así las*

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Mayo de 2011- A1.V1.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

oportunidades de libre determinación de los habitantes del Territorio...»⁴⁶ (negrita añadida). Como sabemos, la Corte –en un polémico fallo dividido– rechazó las demandas, y tampoco se pronunció sobre la libre determinación. Sin embargo, en la opinión disidente del Magistrado Wellington Koo encontramos:

En vista de la misión "sagrada" de permitir a los pueblos de los territorios bajo mandato "regirse por sí mismos en las condiciones particularmente difíciles del mundo moderno" (artículo 22 del Pacto) y de las obligaciones explícitas del Mandatario, estipuladas en el artículo 2 del Mandato para el África Sudoccidental, de hacer todo lo posible para lograr el objetivo de la libre determinación, es razonable esperar que después de 40 años de administración del territorio por el Mandatario, el pueblo mismo haya alcanzado un considerable grado de desarrollo político.⁴⁷

La afirmación del Magistrado Koo es muy interesante, por cuanto, en un mundo en el que la base normativa del principio de libre determinación –aunque ya existente– aún no estaba suficientemente desarrollada, lo vincula con la "misión sagrada de civilización" del Art.22 del Pacto de la Sociedad de las Naciones cuando establece: «*A las colonias y territorios que, a raíz de la reciente guerra, han cesado de hallarse bajo la soberanía de los Estados que lo gobernaban anteriormente y que son habitados por pueblos aún incapaces de regirse por sí mismos en las condiciones particularmente difíciles del mundo moderno, deberá aplicarse el principio de que el bienestar y el desarrollo de esos pueblos constituyen una misión sagrada de civilización, y deberán ser incorporadas en el presente pacto garantías para el cumplimiento de dicha misión.*»

Por su parte, en la opinión disidente del Magistrado Padilla Nervo, encontramos:

Un nuevo orden basado en la proposición de que "todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes", ha conquistado el solemne reconocimiento en el derecho fundamental de muchas naciones y es hoy en día, en una forma u otra, por una declaración, una costumbre o una norma en la práctica constitucional de los Estados. "La igualdad ante la ley", o en palabras de la Carta: "la cooperación internacional en la promoción y respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza..."

Esta concepción fundamental inspirará la visión y la conducta de los pueblos del mundo entero hasta que se alcance el objetivo de la libre determinación y la independencia

[...]

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

⁴⁶ CIJ: *Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1966*, p. 6, Pág.10

⁴⁷ CIJ: *Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1966*, p. 6, Pág.234

La "tutela" establecida por el Pacto fue pensada para durar en la medida en que los pueblos de que se trataba fueran –por decir– menores de edad. La misión sagrada de civilización es un principio jurídico y una misión, cuyo cumplimiento fue confiado a las Naciones más civilizadas, hasta que un proceso gradual de libre determinación hiciera a los pueblos de los territorios bajo mandato capaces de "regirse por sí mismos en las condiciones particularmente difíciles del mundo moderno".⁴⁸

El Magistrado Padilla Nervo insiste igualmente que el objetivo del régimen de mandatos es "la libre determinación y la independencia".

Vemos entonces, una incipiente aparición, al menos en la opinión de dos de los magistrados de la Corte, de la libre determinación, entendida en este caso como objetivo del régimen de mandatos de la Sociedad de Naciones.

2. Consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continua de Sudáfrica en Namibia, no obstante la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad

El caso en que vemos ya delineada la libre determinación en una decisión de la Corte, es en su opinión consultiva de 21 de junio de 1971 sobre las Consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continua de Sudáfrica en Namibia, no obstante la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad:

52. Además, la evolución ulterior del derecho internacional respecto de los territorios no autónomos, tal cual está consagrado por la Carta de las Naciones Unidas, ha hecho de la libre determinación un principio aplicable a todos esos territorios. El concepto de misión sagrada fue confirmado y ampliado a todos "territorios cuyos pueblos no hayan alcanzado todavía la plenitud del gobierno propio" (art. 73). Por lo tanto, claramente incluyó a los territorios bajo un régimen colonial. Obviamente la misión sagrada continuó aplicándose a los territorios bajo mandato de la Sociedad de Naciones a los que un estatuto internacional había sido atribuido anteriormente. Otra etapa importante de esta evolución ha sido la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales (resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1960) aplicable a todos los pueblos y a todos los territorios "que no han accedido todavía a la independencia". Tampoco es posible negar la historia política de los territorios bajo mandato en general. Todos los que no alcanzaron la independencia, con exclusión de Namibia, fueron puestos bajo administración fiduciaria. Hoy en día, sólo dos de quince, con exclusión de

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

⁴⁸ CIJ: *Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt*, C.I.J. Recueil 1966, p. 6, Pág.465

Namibia, permanecen bajo la tutela de las Naciones Unidas. Esta es sólo una manifestación del desarrollo general que ha dado lugar al nacimiento de tantos nuevos Estados.

53. Todas estas consideraciones son pertinentes para la evaluación de la Corte del presente caso. Consciente de que es la principal necesidad interpretar un instrumento de conformidad con las intenciones de las partes en el momento de su conclusión, la Corte está obligada a tener en cuenta el hecho de que los conceptos enunciados en el artículo 22 del Pacto –“las condiciones particularmente difíciles del mundo moderno” y “el bienestar y el desarrollo” de los pueblos involucrados– no eran estáticos, sino que eran por definición evolutivos, como también, por lo tanto, lo era el concepto de la “misión sagrada”. En consecuencia, se debe considerar que las partes en el Pacto los han aceptado como tales. Por eso es que, al ver las instituciones de 1919, la Corte debe tomar en consideración los cambios que se han producido en el medio siglo sobreviniente, y su interpretación no puede dejar de tener en cuenta la evolución ulterior del derecho, a través de la Carta de las Naciones Unidas y por medio del derecho consuetudinario. Además, un instrumento internacional tiene que ser interpretado y aplicado en el marco de todo el sistema jurídico vigente en el momento de la interpretación.

En el ámbito con el que se relaciona el presente procedimiento, los últimos cincuenta años, como se indicó anteriormente, han traído una importante evolución. Esta evolución deja pocas dudas de que el objetivo último de la “misión sagrada de civilización” era la libre determinación y la independencia de los pueblos de que se trate. En este ámbito, como en otros, el *corpus iuris gentium* se ha enriquecido considerablemente y la Corte, si va a desempeñar fielmente sus funciones, no puede ignorarlo.⁴⁹

Como si se hiciera eco de lo que los magistrados disidentes habían señalado sobre la misma cuestión cinco años antes, la Corte considera que el objetivo de la “misión sagrada de civilización” del régimen de mandatos, no es otro que la libre determinación y la independencia. Pero, y quizás lo más interesante de esta opinión, es cuando señala que la evolución del derecho internacional ha hecho de la libre determinación un principio aplicable a todos los territorios no autónomos, marcando como hito importante la Declaración sobre la concesión de la Independencia a los países y pueblos coloniales, de 1960.

En opinión de la Corte, por lo tanto, la libre determinación es un principio aplicable a todos los territorios no autónomos, y es objetivo de la “misión sagrada de civilización” del Art.22 del Pacto de la Sociedad de Naciones y del “encargo sagrado” del Art.73 de la Carta.

LUCIANO PEZZANO: “De Namibia a Kosovo”

⁴⁹ CIJ: *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l’Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif C.I.J. Recueil 1971, p. 16., para.52-53*

3. Sahara Occidental

Nuevamente encontramos una aplicación del principio de libre determinación en la opinión consultiva de 16 de octubre de 1975 sobre el Sahara Occidental:

54. Según el artículo 1, párrafo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, uno de los propósitos de las Naciones Unidas es "Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos". Los artículos 55 y 56 de la Carta retoman y desarrollan esta idea. Esas disposiciones conciernen directa y particularmente a los territorios no autónomos a los que se refiere el Capítulo XI de la Carta. Como la Corte ha dicho en su opinión consultiva de 21 de junio de 1971 sobre las Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental), no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad:

"la evolución ulterior del derecho internacional respecto de los territorios no autónomos, tal cual está consagrado por la Carta de las Naciones Unidas, ha hecho de la libre determinación un principio aplicable a todos esos territorios" (CIJ. Recueil 1971, p. 31).

55. El principio de libre determinación en tanto que derecho de los pueblos y su aplicación en miras de poner fin rápidamente a todas las situaciones coloniales son enunciados en la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, titulada, "Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales". En esta resolución, la Asamblea General proclama "la necesidad de poner rápida e incondicionalmente fin al colonialismo en todas sus formas y en todas sus manifestaciones". A este efecto, la resolución dispone particularmente:

"2. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural. ...

5. En los territorios en fideicomiso y no autónomos y en todos los demás territorios que no han logrado aún su independencia deberán tomarse inmediatamente medidas para traspasar todos los poderes a los pueblos de esos territorios, sin condiciones ni reservas, en conformidad con su voluntad y sus deseos libremente expresados, y sin distinción de raza, credo ni color, para permitirles gozar de una libertad y una independencia absolutas.

6. Todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas".

Esas disposiciones, en particular la del párrafo 2, confirman y subrayan así que la aplicación del derecho a la libre determinación supone la expresión libre y auténtica de la voluntad de los pueblos interesados.

56. La Corte tuvo la ocasión de evocar esta resolución en su opinión consultiva de 21 de junio de 1971 mencionada supra. A propósito de la evolución del derecho internacional relativo a los territorios no autónomos, la Corte se expresó así:

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

"Otra etapa importante de esta evolución ha sido la declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales (resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1960) aplicable a todos los pueblos y a todos los territorios 'que no han accedido todavía a la independencia'" (CIJ Recueil 1971, p. 31).

La Corte prosiguió en estos términos:

"la Corte debe tomar en consideración los cambios que se han producido en el medio siglo sobreviviente, y su interpretación no puede dejar de tener en cuenta la evolución ulterior del derecho, a través de la Carta de las Naciones Unidas y por medio del derecho consuetudinario" (ibid., p. 31).

Y la Corte concluía así: "En el ámbito con el que se relaciona el presente procedimiento, los últimos cincuenta años, como se indicó anteriormente, han traído una importante evolución. Esta evolución deja pocas dudas de que el objetivo último de la "misión sagrada de civilización" era la libre determinación y la independencia de los pueblos de que se trate. En este ámbito, como en otros, el corpus iuris gentium se ha enriquecido considerablemente y la Corte, si va a desempeñar fielmente sus funciones, no puede ignorarlo" (Ibid., p. 31 y 32).

La resolución 1514 (XV) de la Asamblea General ha sido la base del proceso de descolonización que se tradujo, desde 1960, en la creación de numerosos Estados, hoy Miembros de las Naciones Unidas. Es complementada en algunos aspectos por la resolución 1541 (XV), de la Asamblea General, que ha sido invocada en el presente procedimiento. Esta resolución contempla para los territorios no autónomos más de una posibilidad, a saber:

- (a) surgimiento como un Estado soberano e independiente;
- (b) libre asociación con un Estado independiente; o
- (c) integración a un Estado independiente.

Al mismo tiempo, algunas de sus disposiciones dan efecto a la característica esencial del derecho a la libre determinación según está establecido en la resolución 1514 (XV). Así, el Principio VII de la resolución 1541 (XV) declara que: "La libre asociación debe ser el resultado de la libre y voluntaria elección de los pueblos del territorio interesado expresada con conocimientos de causa y por procedimientos democráticos". A continuación, el Principio IX de la resolución 1541 (XV) declara que: "La integración debe producirse en las condiciones siguientes:

.....
.....

b) La integración debe ser el resultado de los deseos libremente expresados de los pueblos del territorio, plenamente enterados del cambio de su estatuto, con conocimiento de causa y por procedimientos democráticos, aplicados imparcialmente y fundados en el sufragio universal de los adultos». Las Naciones Unidas podrán, cuando lo juzguen necesario, vigilar esos procedimientos."

58. La resolución 2625 (XXV), "Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas" -a la que también se hizo referencia en el procedimiento- menciona otras posibilidades además de la independencia, la asociación o la integración. Pero al hacerlo reitera la necesidad básica de tener en cuenta los deseos del pueblo de que se trate: "El establecimiento de un Estado soberano e independiente, la libre asociación o

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

integración con un Estado independiente o la adquisición de cualquier otra condición política *libremente decidida por un pueblo* constituyen formas del ejercicio del derecho de libre determinación de ese pueblo" (énfasis añadido). La resolución 2625 (XXV) además dispone que: "todo Estado tiene el deber de promover, mediante acción conjunta o individual, la aplicación del principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, de conformidad con las disposiciones de la Carta, y de prestar asistencia a las Naciones Unidas en cumplimiento de las obligaciones que se le encomiendan por la Carta respecto de la aplicación de dicho principio, a fin de:

.....
.....
b) Poner fin rápidamente al colonialismo, teniendo debidamente en cuenta la voluntad libremente expresada de los pueblos de que se trate."

59. La validez del principio de libre determinación, definido como la necesidad de respetar la voluntad libremente expresada de los pueblos, no se ve afectada por el hecho de que, en ciertos casos, la Asamblea General ha dispensado de la obligación de consultar a los habitantes de un territorio determinado. Esos casos se basaban en la consideración de que una determinada población no constituía un "pueblo" con derecho a la libre determinación o en la convicción de que una consulta era totalmente innecesaria, en vista de circunstancias especiales.⁵⁰

Hemos reproducido *in extenso* la opinión de la Corte, porque consideramos muy ilustrativa la reseña de todas las normas aplicables a la cuestión.

La Corte hace un análisis bastante pormenorizado de las mismas, haciendo referencia en primer lugar a la Carta de las Naciones Unidas, cuyos Art.1.2 y 55 ubican a la libre determinación como fundamento de las relaciones de amistad entre las naciones que las Naciones Unidas deben fomentar. A continuación, la Corte destaca – recordando su anterior opinión consultiva– la importancia de la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General como base del proceso de descolonización, a la vez que caracteriza la libre determinación como "derecho de los pueblos" que supone "la expresión libre y auténtica de la voluntad de los pueblos interesados". La Corte menciona las formas del ejercicio de la libre determinación según están definidas en la resolución 1541 (XV) –independencia, asociación e integración– y las complementa con lo dispuesto en la Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas –resolución 2625 (XXV)–, cuando se refiere a "la adquisición de cualquier otra condición política libremente decidida por un pueblo",

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

⁵⁰ CIJ: *Sahara occidental, avis consultatif*; C.I.J. Recueil 1975, p. 12, para. 54-59

además de mencionar las obligaciones de los Estados en la materia según lo establece la misma Declaración.

Finalmente, la Corte define el principio de libre determinación como “la necesidad de respetar la voluntad libremente expresada de los pueblos”, haciendo una sutil pero contundente referencia sobre su titularidad, cuando señala que en ciertos casos, la Asamblea General ha dispensado de la obligación de consultar a los habitantes de un territorio determinado, entre otras causas, por considerar de que una determinada población no constituía un “pueblo” con derecho a la libre determinación. Según entendemos, la Corte está reafirmando que “todos los pueblos”, pero sólo los “pueblos” tienen derecho a la libre determinación. En otras palabras, para ser titular del derecho a la libre determinación es condición necesaria ser un “pueblo”, y no toda población de un territorio constituye un “pueblo” en ese sentido.

Creemos no exagerar si consideramos a esta opinión consultiva como la decisión más importante de la Corte en materia de libre determinación, tanto por su extensión sobre el tema como por su profundidad y variedad de aristas comprometidas.

4. Ciertas tierras fosfáticas en Nauru

En el caso de las tierras fosfáticas en Nauru (Nauru c. Australia), Nauru pidió a la Corte que dijera y fallara «*que el Estado demandado asuma la responsabilidad por las violaciones a las obligaciones jurídicas siguientes: [...] las normas internacionales generalmente reconocidas como aplicables para la implementación del principio de la libre determinación.*»⁵¹ Como se sabe, la Corte no tuvo oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión al haber sido desistido el caso por acuerdo de las partes. Sin embargo, resulta interesante recordar la forma en que este Estado había invocado el principio en su Memoria:

[L]os opositores del principio de libre determinación tienden a hacer hincapié en las dificultades en la identificación de una unidad de libre determinación. Este problema será brevemente tratado en el contexto actual. Como la mayoría de los conceptos, la aplicación del principio de libre determinación a ciertos conjuntos de hechos puede revelar una sombra de duda, pero esos problemas no tienen

LUCIANO PEZZANO: “De Namibia a Kosovo”

⁵¹ CIJ: *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1992, p. 240 Para.5

cabida en el presente procedimiento. No puede haber ninguna duda sobre la capacidad de los habitantes indígenas de Nauru como una unidad de libre determinación y también como beneficiarios del principio. Esta capacidad es reconocida en las disposiciones del Acuerdo de Administración Fiduciaria del Territorio de Nauru.

405. También ha recibido reconocimiento formal y explícito en la serie de resoluciones de la Asamblea General que precedió a la independencia de Nauru [...]

407. El principio de libre determinación ha sido confirmado por la práctica ulterior de los miembros de las Naciones Unidas como parte del derecho de la Carta. Esta práctica incluye la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales que figura en la resolución 1514 (XV), aprobada el 14 de diciembre de 1960. Esta resolución representa una interpretación autorizada de la Carta y su importancia ha sido ampliamente reconocida. El quinto párrafo de la Declaración estipula lo siguiente:

"En los territorios en fideicomiso y no autónomos y en todos los demás territorios que no han logrado aún su independencia deberán tomarse inmediatamente medidas para traspasar todos los poderes a los pueblos de esos territorios, sin condiciones ni reservas, en conformidad con su voluntad y sus deseos libremente expresados, y sin distinción de raza, credo ni color, para permitirles gozar de una libertad y una independencia absolutas".

408. Por otra parte, el artículo primero común del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobados por la Asamblea General el 16 de diciembre de 1966, disponen (párrafo 1) que: "Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural".

409. El status del principio de la libre determinación como un principio de la Carta de las Naciones Unidas se incrementó en gran medida por su inclusión en la Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, aprobada por la Asamblea General el 24 de octubre de 1970 (resolución 2625 (XXV)). El primer párrafo de la sección pertinente de la declaración de 1970 estipula lo siguiente: "En virtud del principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas, todos los pueblos tiene el derecho de determinar libremente, sin injerencia externa, su condición política y de procurar su desarrollo económico, social y cultural, y todo Estado tiene el deber de respetar este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta".

410. En todo caso, la Corte ha reconocido que el principio de autodeterminación forma parte del derecho de la Carta y del derecho internacional general: véase la opinión consultiva sobre Namibia, I.C.J. Reports, 1971, pp.31-2; y la opinión consultiva sobre el Sahara Occidental, I.C.J. Reports, 1975, pp.31-33. Es significativo que en el pasaje pertinente en la opinión de Namibia, la Corte se refiere expresamente a los territorios bajo regímenes de mandato y de administración fiduciaria en el contexto de la libre determinación (ibíd., p. 31, párrafo 52).

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

[...]

412. El status de libre determinación como un principio original de la Carta ha sido puesto a veces en duda. Sin embargo, los artículos 73 y 76 de la Carta aplican la esencia del principio respectivamente a las categorías de territorios no autónomos y territorios puestos bajo el sistema internacional de administración fiduciaria. Como consecuencia de la designación de Nauru como territorio sometido a administración fiduciaria, el principio fue reconocido expresamente como aplicable en los asuntos del pueblo de Nauru.

413. En la opinión del Estado demandante, las políticas aplicadas por el Estado demandado durante el período de administración fiduciaria en relación con la industria de fosfato involucran inevitablemente importantes violaciones del principio de libre determinación. Las circunstancias económicas y políticas involucraron la literal disposición de la base territorial de la unidad de libre determinación, acompañada de un fracaso para proporcionar un fondo amortización suficiente para cubrir los costos de rehabilitar las tierras fosfáticas. Es difícil concebir una violación más grave del principio de libre determinación. Por otra parte, la violación se agrava por la negativa a proporcionar datos económicos pertinentes a los nauruanos o al Consejo de Administración Fiduciaria de las Naciones Unidas.⁵²

Nauru, además de repasar la normativa y jurisprudencia de la Corte aplicable sobre el principio, se refiere a dos aspectos interesantes de la cuestión.

El primero de estos aspectos es el de la difícil identificación del sujeto titular del derecho a la libre determinación, que en la Memoria es llamado "unidad de libre determinación" y afirma que los habitantes indígenas de Nauru constituyen tal unidad. Sorprende que al hablar de esta "unidad de libre determinación" no utilice la palabra "pueblo" –que es la terminología utilizada en todas las normas aplicables–, pero de su argumentación surge lo que ya había adelantado la Corte: no cualquier población es un "pueblo" titular del derecho a la libre determinación.

El segundo aspecto interesante es la forma en que Nauru afirma que se produjo la violación al principio de libre determinación por parte de Australia: las graves consecuencias sobre la tierra por la actividad extractiva de fosfato, lo que configuró una afectación de la "base territorial de la unidad de libre determinación". Según Nauru, el principio no sólo se viola si se impide ejercer libremente la voluntad de los pueblos, sino también cuando se los priva de un sustrato físico sobre el cual asentarse. Habría sido muy interesante contar con la decisión de la Corte sobre este aspecto.

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

⁵² CIJ: *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie)*. Memoria de Nauru sobre el fondo. Para. 404-413.

5. Timor Oriental

En su fallo de 30 de junio de 1995 en el caso de Timor Oriental (Portugal c. Australia), la Corte, en un breve pasaje, aportó una importante caracterización de la libre determinación:

En opinión de la Corte, la afirmación de Portugal de que el derecho de los pueblos a la libre determinación, como evolucionó de la Carta y de la práctica de las Naciones Unidas, tiene carácter *erga omnes*, es irreprochable. El principio de libre determinación de los pueblos ha sido reconocido por la Carta de las Naciones Unidas y en la jurisprudencia de la Corte (véase *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1971*, pp. 31- 32, paras. 52-53 ; *Western Sahara, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1975*, pp. 31-33, paras. 54-59); es uno de los principios esenciales del derecho internacional contemporáneo.⁵³

En el pasaje citado, tan breve como contundente, la Corte afirma de manera “irreprochable” que el derecho a la libre determinación tiene carácter *erga omnes*, según ella misma lo definiera en el célebre *obiter dictum* del fallo Barcelona Traction: «debe establecerse, en particular, una distinción esencial entre las obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto y las que nacen respecto de otro Estado en el campo de la protección diplomática. Por su propia naturaleza, las primeras conciernen a todos los Estados. Dada la importancia de los derechos en cuestión, puede considerarse que todos los Estados tienen un interés jurídico en que tales derechos sean protegidos; las obligaciones de que se trata son obligaciones *erga omnes*»⁵⁴. Finalmente, la Corte ratifica la importancia del principio al considerarlo como “uno de los principios esenciales del derecho internacional contemporáneo”.

Sin embargo, es en la opinión disidente del Magistrado Weeramantry donde encontramos un mayor desarrollo del tema:

El fallo de la Corte (párr. 29) ha categóricamente reafirmado el principio de libre determinación, señalando que ha evolucionado de la Carta y de la práctica de las Naciones Unidas y observando además que el estado normativo del derecho a la libre determinación del pueblo de Timor Oriental no está en controversia. Esta opinión parte desde esa base para examinar la manera en que

LUCIANO PEZZANO: “De Namibia a Kosovo”

⁵³ CIJ: *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 90 Para.29

⁵⁴ CIJ: *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3. Para.33

puede darse efecto práctico al principio de libre determinación en las circunstancias del presente caso.

Australia ha aceptado la existencia del principio, pero coloca una visión un tanto limitada acerca de las obligaciones estatales que le siguen. Por ejemplo, ha planteado el argumento, en las audiencias orales, de que:

"no hay en la Carta de las Naciones Unidas obligación expresa sobre los Estados individualmente de promover la libre determinación en relación con los territorios sobre los que individualmente no tienen ningún control. La obligación general de solidaridad que figura en el artículo 2, párrafo 5, de la Carta se extiende sólo a la asistencia a las Naciones Unidas 'en cualquier acción que ejerza de conformidad con esta Carta'." (CR 9519, p. 64.)

En sus escritos, ha tomado tales posiciones de que no hay ninguna base independiente para un deber de no reconocimiento que impediría la conclusión del Tratado de la Falla de Timor (Contramemoria, párrs. 360-367); que no ha habido ninguna crítica de parte de la comunidad internacional de Estados (incluyendo Australia) que han reconocido o tratado con Indonesia respecto de Timor Oriental (ibíd., párrs. 368-372); y que, al concluir el Tratado de la falla de Timor, Australia no impidió ningún acto de libre determinación del pueblo de Timor Oriental que pudiera derivarse de dichas negociaciones (ibíd., párrs. 373-375). A pesar de que Timor Oriental ha sido reconocido como una provincia de Indonesia en el Tratado, Australia afirma que, "Al concluir el Tratado de la falla de Timor con Indonesia, Australia no afectó la capacidad del pueblo de Timor Oriental de hacer un acto futuro de libre determinación" (Ibíd., párr. 375.)

Todos estos argumentos hacen que sea importante señalar brevemente el carácter central de este derecho en el derecho internacional contemporáneo, el constante desarrollo del concepto y la amplia aceptación de la que ha sido beneficiado internacionalmente. En ese contexto, cualquier interpretación de ese derecho que no le de un contenido pleno y efectivo de significado necesita un escrutinio cuidadoso.

En primer lugar, el principio recibe confirmación de todas las fuentes del derecho internacional, ya sean tratados internacionales (como ocurre con los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), el derecho internacional consuetudinario, los principios generales del derecho, las decisiones judiciales o las enseñanzas de los publicistas. De cada una de estas fuentes, puede recogerse autoridad convincente en apoyo del derecho, cuyos detalles no es necesario recapitular aquí.

En segundo lugar, ocupa un lugar central en la estructura de la Carta de las Naciones Unidas, recibiendo mención de ella en más de un contexto.

Consagrado en el artículo 1.2 está el principio por el que las Naciones Unidas deben fomentar relaciones de amistad entre las naciones sobre la base de la igualdad de derechos y la libre determinación. El desarrollo de tales relaciones amistosas es uno de los propósitos de las Naciones Unidas, central para su existencia y misión.

Por lo tanto, existe un vínculo inseparable entre un propósito importante de las Naciones Unidas y el concepto de la libre determinación. Se repite la misma estructura conceptual en el artículo 55, que observa que el respeto de la

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

igualdad de derechos y la libre determinación es la base sobre la cual se construye el ideal de las relaciones pacíficas y amistosas entre las Naciones.

El artículo 55 procede a traducir esta estructura conceptual en términos prácticos. Reconoce que las relaciones pacíficas y amistosas, que aunque se basan en el principio de igualdad de derechos y la libre determinación, necesitan condiciones de estabilidad y bienestar, entre los que se especifican las condiciones de progreso económico y desarrollo.

Dado que el desarrollo de las relaciones de amistad entre las Naciones es fundamental en la Carta y dado que la igualdad de derechos y la libre determinación se exponen como la base de las relaciones de amistad, el principio de libre determinación mismo puede ser descrito como fundamental en la Carta.

La Carta señala su preocupación por la libre determinación con mayor particularidad en el capítulo XI. Tratando específicamente el aspecto económico de la libre determinación, destaca, en el artículo 55, que la estabilidad y el bienestar son necesarios para las relaciones pacíficas y amistosas, que están a su vez basadas en el respeto del principio de igualdad de derechos y libre determinación. Con miras a la creación de estas condiciones de estabilidad y bienestar, las Naciones Unidas tiene el deber de promover, entre otras cosas, "condiciones de *progreso y desarrollo económico...*" (énfasis añadido).

Esto es seguido por el artículo 56, que contiene un compromiso expreso de todos los miembros "a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el Artículo 55". Se trata de un solemne deber contractual, expresamente asumido por separado por *cada* Estado Miembro de promover condiciones de progreso y desarrollo económico, basado en el respeto al principio de libre determinación.

Con referencia específica a los territorios no autónomos, el artículo 73 de la Carta de las Naciones Unidas establece uno de los objetivos de la administración de los territorios no autónomos como:

"desarrollar el gobierno propio, a tener debidamente en cuenta las aspiraciones políticas de los pueblos, y a ayudarlos en el desenvolvimiento progresivo de sus libres instituciones políticas..." (art. 73 b).

Esta responsabilidad se impone a la Potencia administradora en virtud del principio de que los intereses de los habitantes de esos territorios son primordiales. El carácter solemne de esta responsabilidad se resalta en su descripción como un "encargo sagrado".

Por lo tanto, la importancia central del concepto y el deseo de traducirlo en términos prácticos, están incorporadas en el derecho de las Naciones Unidas. Su carta está inspirada con el espíritu de cooperación entre las naciones hacia el logro de los propósitos que se han fijado. Parte integrante de esos propósitos y proveedor de una base sobre la que éstos se erigen, es el principio de la libre determinación.

En tercer lugar, las disposiciones fundamentales de la carta han proporcionado la base sobre la cual, a través de los continuos esfuerzos de las Naciones Unidas, se ha construido una superestructura que nuevamente pretende la aplicación práctica del concepto teórico. A través de su contribución práctica a la libertad de las naciones, la comunidad mundial ha demostrado su determinación de traducir su contenido conceptual en realidad.

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

De hecho, el especial de interés la Asamblea General de traducir este concepto jurídico en términos prácticos ha sido inquebrantable y continuo [...].

Las declaraciones fundamentales de las Naciones Unidas sobre este asunto han fortalecido la aceptación por la comunidad internacional de este principio. La *Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales* (resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de 20 de diciembre de 1960) y la Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970) se encuentran entre estas declaraciones. El Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos (1966) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), constituyen una aceptación inequívoca por vía convencional de la obligación de reconocer este derecho.

La importancia acordada a este derecho por todos los sectores de la comunidad internacional también se reflejó en los debates en las Naciones Unidas que precedieron a la adopción de la declaración de las Relaciones de Amistad. Un estudio reciente de estas discusiones recoge estas impresiones en una forma que refleja la importancia central universalmente acordada a este principio. Como se observa el estudio, el principio fue diversamente caracterizado en esos debates como "uno de los más importantes principios consagrados en la Carta" (Japón); "una de las piedras fundamentales sobre las que las Naciones Unidas fueron construidas" (Birmania); "básico a la Carta de las Naciones Unidas" (Canadá); "uno de los ideales básicos que constituyen la razón de ser de la Organización" (Francia); "el ejemplo más significativo de la vitalidad de la Carta y su capacidad para responder a las cambiantes condiciones de la vida internacional" (Checoslovaquia); "un principio universalmente reconocido del derecho internacional contemporáneo" (Camerún); "una de las normas fundamentales del derecho internacional contemporáneo" (Yugoslavia); "un principio fundamental del derecho internacional contemporáneo vinculante para todos los Estados" (Polonia); "un [principio] de importancia primordial en la actual era de la descolonización" (Kenya); e "indispensable para la existencia de [la] comunidad de naciones" (Estados Unidos de América).

Por último debería hacerse referencia a la contribución de esta Corte, que ha desempeñado un significativo papel en la creación del concepto sobre una base jurídica sólida (*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16; Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975, p. 12*).

Tal es el principio central sobre el que se asienta este caso. Al juzgar entre las dos interpretaciones de este derecho presentadas ante la Corte por las dos partes, este breve estudio de su importancia para el derecho internacional contemporáneo no carece de significación.

Por un lado, hay una interpretación de este derecho que afirma que no es violado en la ausencia de violación de una disposición expresa de una resolución de las Naciones Unidas. Se señala, en este sentido, que no hay ninguna resolución de las Naciones Unidas que prohíba o critique el reconocimiento de Timor Oriental como una provincia de Indonesia. Por el otro, se argumenta que

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

el ser parte de un acuerdo que reconoce la incorporación de los territorios no autónomos en otro Estado y por el que se ocupa el principal activo no renovable de un pueblo que cuyo derecho a la libre determinación ha sido reconocido, antes de que haya ejercido su derecho a la libre determinación y sin su consentimiento, de hecho constituye una violación. La historia del derecho y de su desarrollo y aceptación universal deja en claro que la segunda interpretación está más en consonancia con el contenido y el espíritu del derecho que la primera.

En este contexto, es difícil aceptar que, en lo que se refiere a un derecho tan importante, el deber de los Estados se encuentra sólo al nivel de ayudar a las Naciones Unidas en las medidas específicas que pueda tomar, pero se encuentra inactivo en otros casos.⁵⁵

El análisis del Magistrado Weeramantry es detenido y pormenorizado. Subraya la importancia fundamental del principio en el derecho internacional contemporáneo y su carácter central en la Carta de las Naciones Unidas, particularmente como fuente de obligaciones para los Estados. Es muy interesante su desarrollo argumental para fundamentar el carácter del principio en el sistema de las Naciones Unidas, en especial, su vinculación a los objetivos del Art.55, como base para su aplicación práctica, de la mano de las resoluciones de la Asamblea General. Ello le permite sostener –cosa que compartimos– que la obligación que pesa sobre los Estados de promover la libre determinación –que está formulada en la resolución 2625 (XXV)– encuentra sustento normativo en la misma Carta, por el juego armónico de los Arts. 2.5 y 56, con relación a los Arts.1.2 y 55.

6. Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado

En su opinión consultiva de 9 de julio de 2004, sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, la Corte expresó:

88. Asimismo, la Corte señala que el principio de la libre determinación de los pueblos se consagró en la Carta de las Naciones Unidas y se reafirmó en la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General citada anteriormente, que dispone que “todo Estado tiene el deber de abstenerse de recurrir a cualquier medida de fuerza que prive de su derecho a la libre determinación ... a los pueblos aludidos en [esa resolución]”. En el artículo 1 común al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto

LUCIANO PEZZANO: “De Namibia a Kosovo”

⁵⁵ CIJ: *Timor oriental (Portugal c. Australie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 90. Opinión Disidente de Weeramantry. Pág.193-197

Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se reafirma el derecho de todos los pueblos a la libre determinación y se establece la obligación de los Estados partes de promover el ejercicio de ese derecho y de respetarlo, de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.

La Corte recuerda que en 1971 hizo hincapié en que la evolución actual del derecho internacional respecto de los territorios no autónomos, según lo consagrado en la Carta de las Naciones Unidas, extendía la aplicación del principio de la libre determinación a todos esos territorios. La Corte también declaró que esa evolución dejaba poca duda de que el objetivo ulterior de la misión sagrada mencionada en el párrafo 1 del artículo 22 del Pacto de la Sociedad de las Naciones fuese la libre determinación de los respectivos pueblos afectados (*Legal Consequences for Status of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 171*, pág. 31, párrs. 52 y 53). En su jurisprudencia, la Corte se ha referido en ese principio en diversas oportunidades (ibíd.; véase también *Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, pág. 68, párr. 162). En efecto, la Corte ha dejado en claro que el derecho de los pueblos a la libre determinación es ahora un derecho *erga omnes* (véase *East Timor (Portugal v. Australia), Judgement, I.C.J. Reports 1995*, pág. 102, párr. 29).

[...]

118. Con respecto al principio relativo al derecho de los pueblos a la libre determinación, la Corte observa que la existencia de un "pueblo palestino" ya no se cuestiona. Esa existencia ha sido además reconocida por Israel en el intercambio de correspondencia de 9 de septiembre de 1993 entre el Sr. Yasser Arafat, Presidente de la Organización de Liberación de Palestina (OLP) y el Sr. Yitzhak Rabin, Primer Ministro de Israel. En esa correspondencia, el Presidente de la OLP reconoció "el derecho del Estado de Israel a existir en paz y seguridad" y asumió varios otros compromisos. En respuesta, el Primer Ministro de Israel informó al Sr. Arafat de que, a la luz de esos compromisos, "el Gobierno de Israel ha decidido reconocer a la OLP como representante del pueblo palestino". En el Acuerdo Provisional Israelí Palestino sobre la Ribera Occidental y la Faja de Gaza de 28 de septiembre de 1995 se hace también referencia en varias oportunidades al pueblo palestino y a sus "legítimos derechos" (Preámbulo, párrs. 4, 7 y 8; artículo II, párr. 2; artículo III, párrs. 1 y 3; artículo XXII, párr. 2). La Corte considera que esos derechos incluyen el derecho a la libre determinación, como lo ha reconocido la Asamblea General, por otra parte, en varias oportunidades (véase por ejemplo, la resolución 58/163 de 22 de diciembre de 2003).

[...]

122. [...] En otras palabras, el trazado elegido para el muro da expresión *in loco* a las medidas ilegales adoptadas por Israel con respecto a Jerusalén y los asentamientos, que deploró el Consejo de Seguridad (véanse los párrafos 75 y 120 *supra*). Existe también el riesgo de nuevas alteraciones de la composición demográfica del territorio palestino ocupado resultantes de la construcción del muro, en la medida en que, como se explica con más detalle en el párrafo 133 *infra*, contribuye a la partida de poblaciones palestinas de algunas zonas. Esa construcción, junto con las medidas tomadas anteriormente, menoscaba así

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

gravemente el ejercicio por el pueblo palestino de su derecho a la libre determinación y constituye en consecuencia una violación de la obligación de Israel de respetar ese derecho.

[...]

155. La Corte observa que las obligaciones violadas por Israel comprenden algunas obligaciones *erga omnes*. Como indicó la Corte en el asunto de la Barcelona Traction, esas obligaciones son por su propia naturaleza materia de "interés para todos los Estados" y, "Habida cuenta de la importancia de los derechos involucrados, puede entenderse que todos los Estados tienen un interés jurídico en su protección". (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, pág. 32, párr. 33.) Las obligaciones *erga omnes* violadas por Israel son la obligación de respetar el derecho del pueblo palestino a la libre determinación, y algunas de sus obligaciones con arreglo al derecho internacional humanitario.

156. En lo tocante a la primera de dichas obligaciones, la Corte ya ha observado (párrafo 88 *supra*) que en el asunto de *Timor Oriental*, describió como "irreprochable" la afirmación de que "el derecho de los pueblos a la libre determinación, tal como ha surgido de la Carta y de la práctica de las Naciones Unidas, tiene un carácter *erga omnes*" (*I.C.J. Reports 1995*, pág. 102, párr. 29). La Corte recuerda asimismo que, con arreglo a la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, ya mencionada *supra* (véase el párrafo 88), "Todo Estado tiene el deber de promover, mediante acción conjunta o individual, la realización del principio de la igualdad de derechos y la libre determinación de los pueblos, de conformidad con las disposiciones de la Carta, y de prestar asistencia a las Naciones Unidas en el cumplimiento de las obligaciones que se le encomiendan por la Carta respecto de la aplicación de dicho principio..."⁵⁶

Esta opinión consultiva constituye un gran avance en materia de libre determinación, ya que, además de ratificar la jurisprudencia anterior en la materia presenta como rasgo significativo que por primera vez la Corte trata una cuestión de aplicación del principio de libre determinación en un territorio que no está bajo mandato, ni administración fiduciaria, ni es un territorio no autónomo en el sentido del Art.73 de la Carta. En efecto, la Corte recuerda el Art.1 común a ambos Pactos Internacionales de Derechos Humanos cuando reafirman que *todos* los pueblos tienen derecho a la libre determinación. La Corte se introduce también en la delicada cuestión de la titularidad del derecho cuando observa que la existencia de un "pueblo palestino" ya no se cuestiona, reafirmando tácitamente lo que diera a entender en su opinión consultiva sobre el Sahara Occidental, de que para ser titular del derecho, se debe tratar de un "pueblo".

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

⁵⁶ CIJ: *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado. Opinión consultiva.* Documento A/ES-10/273, para. 88, Pág.34

Pero la Corte va más allá, y aborda la libre determinación no sólo desde la titularidad de su ejercicio por los pueblos, sino también desde las obligaciones que el principio genera para los Estados, según aparecen formuladas en la resolución 2625 (XXV), en particular, la de promover la realización de la libre determinación, y la de abstenerse de recurrir a cualquier medida de fuerza que prive de su derecho a la libre determinación, obligaciones sobre las que reafirmó su naturaleza de *erga omnes*, que señalara en el fallo de Timor Oriental.

III. El caso “Kosovo” (Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia con respecto a Kosovo)

Consideramos innecesario, a los efectos de este análisis, efectuar una reseña de los hechos del caso, que son por demás complejos, pero que creemos no afectan la naturaleza del estudio, que es estrictamente jurídico. Comenzaremos, entonces, por los argumentos que en torno a la libre determinación han planteado los Estados que intervinieron en el procedimiento, así como los autores de la declaración de independencia de Kosovo, la opinión de la Corte, y algunas declaraciones y opiniones separadas y disidentes de los magistrados de la Corte. Señalamos desde ya que el análisis jurídico de la cuestión sólo se basará desde la perspectiva de la libre determinación, sin tener en cuenta la aplicación de la *lex specialis* que emana de la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad y las normas dictadas en su consecuencia.

1. Argumentos de los intervinientes en el procedimiento⁵⁷

Tanto a favor como en contra de la independencia de Kosovo, los argumentos vertidos a lo largo del procedimiento han sido muy variados. Resumiremos aquí las

LUCIANO PEZZANO: “De Namibia a Kosovo”

⁵⁷ El resumen está tomado de las exposiciones escritas presentadas por los Estados Miembros y la contribución escrita presentada por los autores de la declaración de independencia, de acuerdo a la providencia de la Corte de 17 de octubre de 2008, disponibles en <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=21&case=141&code=kos&p3=1>

principales posturas, aclarando desde ya que sólo reseñamos aquéllas que se refieran de uno u otro modo a la libre determinación y su aplicabilidad o no a la cuestión.

a. Argumentos a favor de la independencia de Kosovo

Para los autores de la declaración unilateral de independencia de Kosovo, la Corte no está obligada a alcanzar la cuestión de si la Declaración de Independencia refleja un ejercicio del derecho de libre determinación. Sin embargo, afirman que pueden identificarse los dos componentes clave que permiten el ejercicio del derecho: la existencia de un "pueblo"; y la demostrada incapacidad de ese pueblo de ser protegido dentro de un Estado particular, dados los abusos previos y la opresión por el gobierno de ese Estado. El pueblo de Kosovo es distinto, al tratarse de un grupo del cual el 90% son albanos kosovares, que hablan albanés y quienes en su mayoría comparten una identidad religiosa musulmana. Además, la previa perpetración de masivos abusos de los derechos humanos y crímenes contra la humanidad por las autoridades serbias sobre el pueblo de Kosovo son bien conocidas y bien documentadas, y han sido condenados por la Asamblea General, el Consejo de Seguridad y muchos otros órganos internacionales. La negación continua por parte de Serbia de un gobierno representativo para Kosovo fue demostrada al no invitar a representantes albanokosovares a la redacción de la Constitución de 2006, ni darles una oportunidad de expresarse sobre la misma (sólo a los serbios de Kosovo se les permitió participar en el referéndum). En esas circunstancias no caben dudas de que el pueblo de Kosovo es titular del derecho a la libre determinación.

Por su parte, entre los Estados que apoyan la Declaración de Independencia de Kosovo encontramos distintos argumentos.

En opinión de Alemania, el principio de libre determinación tiene el mismo nivel y no está subordinado a los principios de soberanía, igualdad soberana e integridad territorial de los Estados. La libre determinación puede ser ejercida interna y externamente. La libre determinación interna significa el disfrute de un grado de autonomía dentro de una entidad mayor, sin abandonarla por completo, pero, por regla, decidiendo cuestiones de relevancia local a ese nivel. La libre determinación externa significa el derecho de un grupo a determinar libremente su propio status político y constitucional a nivel internacional. Esto puede incluir el derecho a abandonar

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

una entidad constitucional mayor por completo. Algunos académicos dicen que fuera de un contexto colonial, nunca existe un derecho de secesión. Esto, sin embargo, podría volver al derecho a la libre determinación interna carente de significado en la práctica. Mientras la libre determinación puede, por el bien de la estabilidad del sistema internacional, normalmente ser disfrutada y ejercida dentro del marco de los Estados, puede excepcionalmente legitimar la secesión si esta aparece como el único remedio contra un prolongado y riguroso rechazo de la libre determinación interna. Este tipo de derecho de secesión como remedio no pondría en peligro la estabilidad internacional, si se ejerciera sólo bajo las circunstancias en que la situación dentro de un Estado se ha deteriorado al punto que puede ser considerada como una amenaza a la paz y la estabilidad internacionales. Para ello, según Alemania, deben darse dos condiciones, que se cumplen en el caso: primero, un rechazo excepcionalmente severo y duradero de la libre determinación interna por el Estado en cual un grupo está viviendo; segundo, que no exista otro medio para resolver el conflicto resultante, que se deriva de la naturaleza de *ultima ratio* de la libre determinación externa.

Dinamarca afirma que, aunque hay aspectos del derecho a la libre determinación que no han sido desarrolladas por completo en la práctica internacional, no ve razón de por qué la privación de una plena libre determinación interna, como de la que Kosovo fue objeto al menos desde 1990, pudiera ser irrelevante en relación con un legítimo reclamo de independencia.

Estonia considera que, aunque el derecho de libre determinación consagrado en la Carta fue entendido predominantemente para su aplicación en el proceso de descolonización, los titulares del derecho son también las minorías que viven dentro del territorio de un Estado y la población de un Estado soberano, si el Estado entero cae bajo dominación extranjera. La libre determinación puede excepcionalmente legitimar la secesión, cuando la secesión sea el único remedio contra un prolongado y riguroso rechazo de la libre determinación interna, que es lo que entiende sucedió en el caso de Kosovo.

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Mayo de 2011- A1.V1.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

Finlandia apunta a una distinción entre las situaciones “normales” y aquellas de anomalía o ruptura: situaciones de revoluciones, guerra, dominación extranjera o la ausencia de una perspectiva cierta de un régimen funcional de libre determinación interna. En tales situaciones, el principio de “estabilidad y finalidad de las fronteras”

deviene inaplicable, por no haber estabilidad de fronteras que proteger, y, dado que su delimitación ha devenido parte de la controversia, no puede ser utilizado como un criterio para resolverla. Esta es la situación en la que se encontró Kosovo en el desmembramiento de Yugoslavia. Los actos de Serbia demostraron la falta de voluntad o poder del Estado de aplicar garantías justas y efectivas garantías para que Kosovo disfrutara de una libre determinación interna plena como parte de la Serbia. En vista de la continua supresión de su derecho a la libre determinación, la única solución realista era realizarlo mediante la declaración de independencia.

Irlanda es de la opinión que, fuera del contexto colonial, el derecho de libre determinación no otorga un derecho unilateral a la secesión de las partes de Estados existentes. Sin embargo, considera que tal derecho puede excepcionalmente surgir, como último recurso, sólo en el caso de abusos masivos de derechos humanos fundamentales, y además, cuando esté involucrado un elemento de discriminación, donde las autoridades centrales excluyan un grupo definido del pleno ejercicio de la libre determinación interna.

Los Países Bajos consideran que los titulares del derecho a la libre determinación son los “pueblos”. Los Acuerdos de Rambouillet se refieren a “la voluntad del pueblo” de Kosovo, al que también se hace referencia en varios párrafos de la Declaración de Independencia. La proclamación de la independencia por un pueblo es sólo un método de ejercer el derecho a la libre determinación política, que involucra un cambio de límites internacionales y así constituye una instancia del ejercicio de la libre determinación externa. Se ha sostenido que –fuera del contexto de los territorios no autónomos, ocupación extranjera y acuerdo consensual– un pueblo debe, en principio, buscar el ejercicio del derecho de libre determinación política con respeto al principio de integridad territorial y así ejercer su derecho dentro de los límites internacionales

LUCIANO PEZZANO: “De Namibia a Kosovo”

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Mayo de 2011- A1.V1.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

existentes. El derecho de libre determinación política puede evolucionar en un derecho a la libre determinación externa en circunstancias excepcionales. Esto es una excepción a la regla y debe ser interpretada de modo restrictivo. El recurso a la libre determinación externa es un *ultimum remedium*. Puede encontrarse un apoyo al derecho de libre determinación externa, aunque *a contrario*, en la resolución 2625 (XXV). De la misma surge que el principio de integridad territorial no puede prevalecer, al menos en todas las circunstancias, si los Estados no se conducen “de conformidad con el principio de igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de raza, credo o color”. El ejercicio del derecho de libre determinación externa está sujeto al cumplimiento de condiciones sustantivas y procedimentales que se aplican acumulativamente. Tal derecho sólo surge en caso de una “violación grave” de: a) la obligación de respetar y promover el derecho de libre determinación o b) la obligación de abstenerse de recurrir a cualquier medida de fuerza que prive a los pueblos de su derecho (condición sustantiva). Existe una violación de la obligación de respetar y promover el derecho a la libre determinación en caso de: i) la negación de derechos humanos fundamentales o ii) la existencia de un gobierno que no represente la totalidad del pueblo perteneciente a un territorio. Además, se deben haber agotados todas las medidas efectivas para lograr un arreglo (condición procedimental). Concluye que la situación de Kosovo cumple las condiciones establecidas para el ejercicio del derecho de libre determinación externa.

Para Polonia, hay cuatro casos de aplicación del derecho de libre determinación: a) un pueblo bajo dependencia colonial u otra forma de dominación; b) un pueblo bajo ocupación extranjera; c) un pueblo que habita un Estado que viola el derecho de libre determinación y, por lo tanto, es impedido del efectivo ejercicio de ese derecho; d) un pueblo que habita un Estado que respeta el principio de libre determinación y, en consecuencia, ese pueblo está representado adecuadamente en el gobierno de ese Estado. En la situación d), el pueblo de un territorio dado no está autorizado a ejercer su derecho de libre determinación, a menos que tal derecho sea garantizado por un acto constitucional y se cumplan las condiciones que en el mismo se establezcan. En la categoría c), por otro lado, el derecho de libre determinación no puede ser ejercido

LUCIANO PEZZANO: “De Namibia a Kosovo”

efectivamente por el pueblo dentro de un país dado y, en consecuencia, ese derecho puede bajo ciertas circunstancias autorizar la secesión y lograrse por todos los medios legales. El derecho de secesión como remedio está basado en la premisa de que un Estado viola gravemente los derechos humanos y el derecho internacional humanitario contra los pueblos que habitan su territorio. Así, este derecho de secesión como remedio sólo puede plantearse como último recurso cuando es necesario para proteger a los habitantes de los territorios de actos ilegales de sus Estados. Concluye que Kosovo es titular del derecho a la secesión como remedio.

Para Suiza, la Declaración sobre las Relaciones de Amistad estipula que el derecho de los pueblos a la libre determinación no puede ser interpretado en el sentido de que autoriza la secesión si el Estado involucrado se conduce de conformidad con el principio de igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos y si el gobierno representa a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de raza, credo o color. Esto significa que el derecho internacional expresamente protege la integridad territorial de un Estado en detrimento del derecho de los pueblos a la libre determinación si su gobierno representa la totalidad de la población sin ninguna forma de discriminación. En este caso, la población está ejerciendo su derecho a la libre determinación a través de sus representantes dentro del gobierno. Por el contrario, la integridad territorial de un Estado no está protegida ilimitadamente si su gobierno no representa a la totalidad de la población, practica arbitrariamente discriminación contra ciertos grupos y así claramente viola el derecho de los pueblos a la libre determinación. En tal caso, la declaración de independencia de un pueblo que forma parte de una población nacional mayor podría estar de acuerdo con el derecho internacional y el principio de la integridad territorial. Un derecho de secesión basado en el derecho de los pueblos a la libre determinación puede existir, pero sólo puede ser ejercido en circunstancias excepcionales, cuando todos los otros medios de ejercicio de la libre determinación han fracasado o pueden considerarse fútiles debido a graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos. En otras palabras, la proclamación de un Estado independiente distinto del anterior debe permanecer como una solución de último recurso en orden de permitir a una población ejercer su derecho a la libre determinación interna, y disfrutar de los derechos humanos y de las minorías garantizados por el derecho internacional. Para Suiza, es

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

posible afirmar que se han cumplido las condiciones estrictas para el ejercicio del derecho de libre determinación de Kosovo: que el pueblo de Kosovo puede ejercer su derecho a la libre determinación, que ha sido objeto de graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos y de los miembros de las minorías, y que para el pueblo de Kosovo la declaración de la independencia de hecho constituyó una solución de último recurso (*ultima ratio*).

b. Argumentos en contra de la independencia de Kosovo

También entre quienes se oponen a la independencia de Kosovo encontramos diferentes argumentos.

Serbia, en una extensa exposición, considera que no todos los "pueblos" definidos en un sentido político-sociológico son aceptados por el derecho internacional para determinar libremente su status político. De hecho, la práctica muestra que el derecho ha sido reconocido a "pueblos" en circunstancias estrictamente definidas. En particular, se ha establecido una diferencia crítica entre pueblos y minorías. Según Serbia, la libre determinación se aplica a los territorios bajo mandato y administración fiduciaria, a los territorios coloniales de imperios europeos, y a las ocupaciones extranjeras. Sólo a estos confiere el derecho de determinar libremente su condición política y perseguir la independencia (libre determinación externa). Se aplica también como principio de derechos humanos dentro de Estados independientes, pero limitado a la llamada libre determinación interna. Bajo ningún concepto se aplica como una regla general que legitime la secesión de Estados independientes, ni que confiera derechos de secesión a grupos, entidades o pueblos dentro de tales Estados. Luego de analizar en profundidad cada uno de estos supuestos, afirma que Kosovo no constituye una unidad de libre determinación en virtud del Derecho Internacional, y que los albanos-kosovares no constituyen un "pueblo" titular de la libre determinación. Finalmente, analiza pormenorizadamente la "cláusula de salvaguardia" de la resolución 2625 (XXV), afirma que su objeto es garantizar la preservación de la unidad política y la integridad territorial de los Estados independientes; que una interpretación *a contrario* de la cláusula en orden a admitir un derecho a la "secesión como remedio" no está apoyada por sus términos, su contexto, su objeto y fin, los trabajos preparatorios y la práctica subsiguiente; que la resolución 2625 (XXV) no transforma una minoría

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

que sufre violaciones de derechos humanos en un pueblo que tenga derecho a la libre determinación; y que, incluso si existiera el llamado derecho a la "secesión como remedio", no se aplica al caso de Kosovo. Concluye, naturalmente, que la Declaración de Independencia es contraria al derecho internacional.

Para la Argentina, una premisa básica para la aplicación del principio de libre determinación es la calificación del titular de ese derecho como un "pueblo". Esta es una calificación jurídica en el contexto del derecho internacional y no una mera calificación sociológica o étnica. Los órganos de las Naciones Unidas han jugado un rol clave en la aplicación de la libre determinación y han adoptado un gran número de resoluciones con respecto a situaciones generales y particulares. En todos los casos en los cuales los órganos han reconocido la existencia de un "pueblo" en el sentido jurídico y consecuentemente su derecho a la libre determinación, lo han expresamente indicado. Nada de esto ha ocurrido con respecto a Kosovo. Por otra parte, la distinción entre pueblos titulares del derecho a la libre determinación y minorías o poblaciones indígenas es de particular importancia. En cualquier caso, el reconocimiento del derecho de libre determinación no implica automáticamente el derecho a la independencia. La distinción entre libre determinación interna y externa es relevante aquí. En el caso de Kosovo, ni dentro de la ONU ni dentro de un contexto regional, existe un reconocimiento de la aplicabilidad del derecho de libre determinación a un denominado "pueblo kosovar". También afirma que la cláusula de salvaguardia de la resolución 2625 (XXV) no ha sido interpretada *a contrario* por ningún órgano competente, y ni los trabajos preparatorios ni la práctica subsiguiente permiten tal interpretación. Concluye que el principio de libre determinación no puede ser considerado como una base jurídica para establecer la conformidad de la declaración unilateral de independencia con el derecho internacional.

China sostiene que el principio de libre determinación se aplica dentro de límites específicos, restringidos a situaciones de dominio colonial u ocupación extranjera, y que su ejercicio no debe menoscabar la soberanía y la integridad territorial de los Estados.

Chipre considera que el derecho de libre determinación reflejado en la práctica de las Naciones Unidas es esencialmente un derecho de descolonización y de liberación de la ocupación militar extranjera. Las minorías dentro de un Estado no están cubiertas

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

por esta práctica, y no se incluyen dentro del concepto de libre determinación. Reconoce que los Pactos de derechos humanos hacen referencia a "pueblos" y no a minorías dentro de un Estado, y que su aplicación no se limita a situaciones coloniales, pero dice que se refiere sólo a la libre determinación "interna". La libre determinación interna es un derecho de los pueblos más allá del contexto de la descolonización, y se aplica entre el Estado y toda su población, dando al pueblo el derecho de escoger la forma de gobierno y acceder a los derechos constitucionales. Concluye que Kosovo no es un pueblo con derecho a la libre determinación externa.

Para Egipto, el derecho a la libre determinación dentro del contexto de la dominación colonial está reconocido por el derecho internacional. A su vez, puede establecerse un derecho a la libre determinación en ciertas circunstancias en línea con las normas de derechos humanos. Nada, hasta ahora, permite claramente en el derecho internacional dar cabida a argumentos que sostengan que el derecho a la libre determinación puede ser ejercido solo externamente, en la medida de una protección adecuada contra la discriminación.

Para Rumania, aunque se habla de él mayormente en el contexto del proceso de descolonización, el principio del derecho de los pueblos a la libre determinación tiene una aplicación general y amplia. La regla establecida por el principio de libre determinación es que los pueblos ejercen ese derecho dentro de los Estados existentes. Dado que no había, a la fecha de la declaración de Independencia, ningún acuerdo en vigor (ni en la forma de un tratado ni en la forma de un documento vinculante de la ONU) disponiendo la aplicación del derecho de libre determinación a Kosovo, Kosovo no era en ese momento, y no lo es ahora, una entidad titular del derecho de libre determinación que implique su secesión unilateral de Serbia; al momento de la Declaración de Independencia, los habitantes de Kosovo eran titulares, y lo son ahora, junto con el resto de la población de Serbia, del derecho de perseguir libremente su desarrollo político, económico, social y cultural dentro del Estado de Serbia. De la regla general, la doctrina formuló una posible excepción: la aplicación del principio a partes de Estados existentes en circunstancias excepcionales, en caso de que a esas partes específicas se les niegue el ejercicio pleno del derecho de libre determinación. Teniendo en cuenta lo establecido en la resolución 2625 (XXV), puede argumentarse que en casos donde los Estados no se conduzcan de conformidad al

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

principio de libre determinación de los pueblos y excluyan discriminatoriamente del ejercicio de este derecho a partes o grupos de su pueblo, los grupos oprimidos pueden invocar, como remedio, un derecho de libre determinación propio. Sólo si el pueblo de una entidad es abusivamente privado del ejercicio pleno de su derecho a la libre determinación interna dentro de su Estado, surge la posibilidad del remedio, con la secesión como el último recurso. Rumania concluye que, al momento de la Declaración de Independencia, estas condiciones no se cumplen, por lo que Kosovo no es una entidad titular del derecho a la libre determinación externa. Rumania también afirma que la población de Kosovo no es un pueblo, sino que está conformado por varias etnias, que representan minorías nacionales, minorías étnicas o son parte de la mayoría serbia. Es generalmente admitido que el derecho internacional no reconoce un derecho de libre determinación a las minorías nacionales distinto del derecho de libre determinación de la totalidad del "pueblo" de su Estado y que implique su secesión. Las personas pertenecientes a minorías nacionales tienen derecho a ejercer la libre determinación interna, junto a todos los otros habitantes de los Estados existentes, dentro de esos Estados, pero no la libre determinación externa.

Para Rusia, el principio es ahora universalmente reconocido como aplicable a todos los pueblos. El derecho de libre determinación se ejerce a través de la libre elección por el pueblo involucrado sin interferencia exterior; puede ser ejercido a través del establecimiento de un Estado independiente, o a través de la adquisición de un status político particular dentro de un Estado existente. Distingue entre libre determinación interna y externa, y, con referencia a la "cláusula de salvaguardia" de la integridad territorial que aparece en la Declaración de Principios de 1970, es de la opinión de que su principal propósito es servir de garantía a la integridad territorial de los Estados, pero que es también cierto que la cláusula puede ser interpretada como una autorización a la secesión bajo ciertas condiciones. Sin embargo, esas condiciones deben ser limitadas a circunstancias verdaderamente extremas, tales como un ataque armado por parte del Estado, o severas formas de opresión que amenacen la existencia misma del pueblo en cuestión. Además, se deben tomar todos los esfuerzos en orden de arreglar la tensión entre el Estado y la comunidad étnica involucrada dentro del marco del Estado existente. Rusia entiende que, al momento de la Declaración de

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Mayo de 2011- A1.V1.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

Independencia, estas circunstancias no se daban y que por lo tanto, la población de Kosovo no es titular del derecho de libre determinación.

2. Opinión consultiva de 22 de julio de 2010

En su opinión consultiva de 22 de julio de 2010 sobre la conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo, la Corte se refirió a la libre determinación en los siguientes términos:

79. En los siglos XVIII y XIX y a comienzos del siglo XX se realizaron muchas declaraciones de independencia que, con frecuencia, suscitaron la enérgica oposición del Estado respecto del cual se declaraba la independencia. Esas declaraciones a veces dieron lugar a la creación de un nuevo Estado, y otras no. Sin embargo, en conjunto la práctica de los Estados no sugiere en ningún caso que el hecho de promulgar la declaración se considerara contrario al derecho internacional.

Por el contrario, de la práctica de los Estados en ese período se desprende claramente que el derecho internacional no prohibía las declaraciones de independencia. En la segunda mitad del siglo XX, el derecho internacional en materia de libre determinación evolucionó hasta dar lugar a un derecho a la independencia de los pueblos de los territorios no autónomos y de los pueblos sometidos a la subyugación, dominación y explotación extranjeras (véase *Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental)*, no obstante lo dispuesto en la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, opinión consultiva, I.C.J. Reports 1971, págs. 31 y 32, párrs. 52 y 53; *Timor Oriental (Portugal c. Australia)*, fallo, I.C.J. Reports 1995, pág. 102, párr. 29; *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, opinión consultiva, I.C.J. Reports 2004 (I), págs. 171 y 172, párr. 88). Han surgido muchos Estados nuevos a raíz del ejercicio de este derecho. Sin embargo, también ha habido casos de declaraciones de independencia fuera de este contexto. La práctica de los Estados en estos últimos casos no revela la aparición en el derecho internacional de una nueva norma que prohíba la adopción de una declaración de independencia en tales casos.

80. Varios participantes en el procedimiento ante la Corte sostuvieron que el principio de integridad territorial contenía una prohibición implícita de las declaraciones de independencia unilaterales.

La Corte recuerda que el principio de integridad territorial es un elemento importante del ordenamiento jurídico internacional y está consagrado en la Carta de las Naciones Unidas, en particular en el Artículo 2, párrafo 4, a tenor del cual: "Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas."

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

En su resolución 2625 (XXV), titulada "Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas", que refleja el derecho internacional consuetudinario (*Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América) (Fondo)*, fallo, *I.C.J. Reports 1986*, págs. 101 a 103, párrs. 191 a 193), la Asamblea General reiteró "el principio de que los Estados, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado". Esa resolución enumeraba a continuación distintas obligaciones de los Estados de no violar la integridad territorial de otros Estados soberanos. En ese mismo sentido, el Acta Final de la Conferencia de Helsinki sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa, de 1 de agosto de 1975 (la Conferencia de Helsinki), estableció que "los Estados participantes respetarán la integridad territorial de cada uno de los Estados participantes" (art. IV). Así pues, el alcance del principio de integridad territorial se circunscribe al ámbito de las relaciones entre Estados.

81. Varios participantes invocaron resoluciones del Consejo de Seguridad por las que se condenaban determinadas declaraciones de independencia: véanse, entre otras, las resoluciones del Consejo de Seguridad 216 (1965) y 217 (1965), relativas a Rhodesia del Sur, 541 (1983), relativa a Chipre septentrional, y 787 (1992), relativa a la República Srpska.

La Corte observa, no obstante, que en todos esos casos el Consejo de Seguridad se pronunció sobre la situación concreta que existía en el momento en que se realizaron las declaraciones de independencia: la ilegalidad de tales declaraciones no se derivaba, por tanto, de su carácter unilateral, sino del hecho de que iban o habrían ido acompañadas de un uso ilícito de la fuerza o de otras infracciones graves de las normas del derecho internacional general, en particular las de carácter imperativo (*jus cogens*). En el contexto de Kosovo, el Consejo de Seguridad nunca ha adoptado esa posición. En opinión de la Corte, el carácter excepcional de las resoluciones antes mencionadas parece confirmar que no cabe inferir ninguna prohibición general de las declaraciones unilaterales de independencia de la práctica del Consejo de Seguridad.

82. Varios participantes en el presente procedimiento sostuvieron, si bien casi siempre como argumento secundario, que la población de Kosovo tenía derecho a crear un Estado independiente, bien como manifestación de un derecho a la libre determinación o bien en virtud de lo que describieron como un derecho de "secesión como remedio" habida cuenta de la situación de Kosovo.

La Corte ya ha señalado (véase párr. 79 *supra*) que uno de los principales desarrollos del derecho internacional en la segunda mitad del siglo XX fue la evolución del derecho a la libre determinación. No obstante, la cuestión de si, fuera del contexto de los territorios no autónomos y de los pueblos sometidos a la subyugación, dominación y explotación extranjeras, el derecho internacional en materia de libre determinación confiere a una parte de la población de un Estado existente un derecho a separarse de ese Estado suscitó opiniones radicalmente distintas en los participantes en el procedimiento que se pronunciaron al respecto.

También se plantearon divergencias similares respecto de la cuestión de si el derecho internacional contemplaba un derecho a la "secesión como remedio" y,

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

en tal caso, en qué circunstancias. También hubo gran divergencia de opiniones sobre si en Kosovo concurrían efectivamente las circunstancias que, según algunos participantes, daban lugar a un derecho a la "secesión como remedio".

83. La Corte considera que en el presente caso no es necesario pronunciarse sobre esas cuestiones. La Asamblea General únicamente ha solicitado la opinión de la Corte sobre la conformidad o no de la declaración de independencia con el derecho internacional, mientras que el debate sobre el alcance del derecho a la libre determinación y la existencia de un eventual derecho a la "secesión como remedio" se refiere al derecho a separarse de un Estado. Como ya señaló la Corte (véanse párrs. 49 a 56 *supra*), y como admitieron casi todos los participantes, ese aspecto excede el marco de la cuestión planteada por la Asamblea General. Para responder a esta última, la Corte solo necesita determinar si la declaración de independencia vulneró el derecho internacional general o la *lex specialis* creada por la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad.⁵⁸

En la opinión disidente del magistrado Koroma leemos:

22. Ni siquiera los principios de igualdad de derechos y la libre determinación de los pueblos como preceptos de derecho internacional permiten el desmembramiento de un estado existente sin su consentimiento. De acuerdo con la mencionada Declaración, "[t]odo Estado se abstendrá de cualquier acción dirigida al quebrantamiento parcial o total de la unidad nacional e integridad territorial de cualquier otro Estado o país." La declaración, además, enfatiza: "Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta *cualquier acción* encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes." (énfasis añadido)

La declaración, por tanto, no deja dudas sobre que los principios de la soberanía y la integridad territorial de los Estados prevalecen sobre el principio de la libre determinación.⁵⁹

En la declaración del Magistrado Simma, encontramos:

6. Además, muchos de los participantes, incluyendo a los autores de la declaración de independencia, invocaron argumentos sobre el derecho a la libre determinación y la cuestión de la "secesión como remedio" en sus escritos (véase la opinión consultiva, párrafo 82). La Corte podría haber abordado estos argumentos sobre el fondo; en su lugar, su interpretación restrictiva del alcance de la cuestión excluye por completo el examen de estos argumentos. La pertinencia de la libre determinación o secesión como remedio sigue siendo una cuestión importante en términos de resolver la controversia más amplia en Kosovo y en abordar exhaustivamente todos los aspectos de la conformidad con

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

⁵⁸ CIJ: *Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. Opinión consultiva.* Documento A/64/881, para. 79-83. Pág.34-35

⁵⁹ <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15991.pdf>

el derecho internacional de la declaración de independencia. Ni más ni menos que los autores de la declaración de independencia hacen referencia a la "voluntad de [su] pueblo" en el párrafo 1, que es una bastante clara referencia a su presunto ejercicio de la libre determinación (véase el párrafo 75 de la opinión, donde se cita la declaración de independencia en su totalidad). Además, el examen de estos puntos habría venido muy bien dentro del ámbito de la cuestión como es entendida por los kosovares, entre varios participantes, que hacen referencia al derecho de la libre determinación externa que se basa en la libre determinación y "secesión como remedio" como un pueblo. El tratamiento – o, mejor dicho, el no tratamiento– de estos argumentos por la Corte, en mi opinión, no parece ser judicialmente razonable, habida cuenta de que la Corte no se ha negado a dar la opinión solicitada a ella por la Asamblea General.

7. En este punto de vista, creo que la solicitud de la Asamblea General merece una respuesta más completa, evaluando tanto las normas permisivas como prohibitivas del derecho internacional. Esto habría incluido un análisis más profundo de si el principio de la libre determinación o cualquier otra norma (quizás expresamente mencionando la secesión como remedio) permite o incluso garantiza la independencia (a través de la secesión) de ciertos pueblos/territorios. Dicho esto, no considero un ejercicio adecuado de mi papel judicial examinar *in extenso* estos argumentos; por lo tanto, en este punto, me doy por satisfecho simplemente con declarar que la Corte podría haber emitido una opinión más satisfactoria intelectualmente, y con una mayor relevancia en cuanto al orden jurídico internacional como ha evolucionado en su forma actual, que no interpreta el alcance de la cuestión tan restrictivamente. Tratar estas cuestiones más extensamente habría demostrado el conocimiento de la Corte de la arquitectura actual del derecho internacional.⁶⁰

3. Algunas reflexiones

Antes de proceder al análisis –limitado, como dijimos– a la forma en que la Corte considera –o, mejor dicho, no considera– el principio de libre determinación y su aplicación a este caso, debemos dejar en claro que, toda vez que no negamos el derecho del pueblo kosovar a la libre determinación, y así, a su independencia, estamos de acuerdo con las conclusiones de la Corte, mas no podemos decir lo mismo de sus argumentos. En ese sentido, compartimos la afirmación del Magistrado Simma de que la Corte podría haber emitido una opinión mucho más fundada, y que demostrara su conocimiento sobre la evolución del derecho internacional en materia de libre determinación.

A los efectos de la exposición, comenzaremos nuestro análisis sobre si era posible para la Corte considerar la cuestión en el marco del derecho a la libre determinación, habida cuenta de que se trató de una declaración de independencia –

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

⁶⁰ <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15993.pdf>

una de las formas de su ejercicio–, para luego centrarnos en los siguientes aspectos: el ámbito de aplicación del principio de libre determinación; la existencia de un “pueblo” titular del derecho a la libre determinación; y la relación entre la libre determinación y la integridad territorial de un Estado.

a. La declaración de independencia como forma de ejercicio del derecho a la libre determinación

De las opiniones reseñadas, sólo los Países Bajos se refieren en forma expresa a la independencia como una de las formas de ejercicio de la libre determinación. Llama la atención que los demás Estados participantes –particularmente los que apoyaban la independencia de Kosovo a la luz de la libre determinación– no hicieran hincapié en este punto. Sin embargo, el aspecto nos parece dirimente, sobre todo dado el giro que adopta la Corte al no analizar la legalidad de la Declaración de Independencia según el principio de la libre determinación.

En nuestra opinión nos parece inconcebible, a la luz del desarrollo actual del derecho internacional, y de la propia jurisprudencia de la Corte, considerar la legalidad de una declaración de independencia por fuera del principio de libre determinación.

Es que si, de acuerdo a lo establecido en las resoluciones 1514 (XV) y 2625 (XXV), así como en el Art.1 de ambos pactos internacionales de derechos humanos – que no cesaremos de citar–, «*todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho determinan libremente su condición política...*», ¿cómo es posible sostener la posibilidad de una declaración de independencia *por fuera* del ejercicio de este derecho, cuando esta es una –por no decir la suprema– de sus expresiones? En otros términos: ¿puede, en el derecho internacional actual, considerarse una declaración de independencia separada del ejercicio del derecho a la libre determinación?

Recordemos aquí que la resolución 1541 (XV) de la Asamblea General determinó que «*Puede considerarse que un territorio no autónomo ha alcanzado la plenitud del gobierno propio: a) Cuando pasa a ser un Estado independiente y soberano; b) Cuando establece una libre asociación con un Estado independiente; o c) Cuando se integra a un Estado independiente.*» Estas formas de ejercicio de la libre determinación son aplicables sólo a los territorios no autónomos en el sentido del Art.73 de la Carta, pero

LUCIANO PEZZANO: “De Namibia a Kosovo”

la resolución 2625 (XXV) las amplió a todos los pueblos al disponer: «*El establecimiento de un Estado soberano e independiente, la libre asociación o integración con un Estado independiente o la adquisición de cualquier otra condición política libremente decidida por un pueblo constituyen formas del ejercicio del derecho de libre determinación de ese pueblo.*» Como se advierte, las “formas del ejercicio del derecho de libre determinación”, según esta resolución, ya no son aplicables a los territorios no autónomos, sino a “un pueblo”, lo cual debe entenderse en el sentido amplio con el que comienza la enunciación del principio: “todos los pueblos”. Como vimos, la propia Corte reconoció la validez de estas formas de ejercicio del derecho de libre determinación en su opinión consultiva del Sahara Occidental.

Sin embargo, la Corte, yendo –en nuestra interpretación– en contra de sus propios precedentes, se limitó a afirmar lacónicamente: «*Han surgido muchos Estados nuevos a raíz del ejercicio de este derecho. Sin embargo, también ha habido casos de declaraciones de independencia fuera de este contexto.*» La Corte no menciona a cuáles casos se refiere, ni mucho menos explica por qué han de entenderse fuera del contexto de la libre determinación.

Además, aunque reconozcamos que las declaraciones de independencia efectuadas a finales del siglo XVIII y durante todo el siglo XIX lógicamente se encuentren fuera del marco de la libre determinación –toda vez que la misma aún no había sido formulada–, insistimos en que no puede sostenerse que en la actualidad exista un “derecho a la independencia” por fuera de la libre determinación, menos considerando que la propia Corte ha reconocido en este y otros precedentes, la evolución operada en el derecho internacional en la materia.

Si, de acuerdo a la formulación del principio –de conformidad a las resoluciones citadas–, en virtud de la libre determinación los pueblos determinan libremente su condición política, entendemos que, en el derecho internacional actual, la posibilidad de una declaración de independencia –una determinación de la condición política de un pueblo–, expresamente reconocida como una de las formas de ejercicio del derecho a la libre determinación, sólo puede caber en el contexto de este derecho. En el caso de Kosovo, basta con leer la Declaración de Independencia: «*Nosotros, los dirigentes democráticamente elegidos de nuestro pueblo, por la presente declaramos que Kosovo es un Estado independiente y soberano. Esta declaración refleja la voluntad de nuestro*

LUCIANO PEZZANO: “De Namibia a Kosovo”

pueblo». Recordemos que la Corte había afirmado en su opinión consultiva sobre el Sahara Occidental que la libre determinación supone “la expresión libre y auténtica de la voluntad de los pueblos interesados”. En el caso de Kosovo, según surge del pasaje citado: a) se trata de una “expresión libre y auténtica”, tomada por los “dirigentes democráticamente elegidos” del pueblo de Kosovo; b) supone la voluntad del pueblo interesado (“refleja la voluntad de nuestro pueblo”); y c) adopta la forma de una declaración de independencia, prevista tanto en la resolución 1541 (XV) como 2625 (XXV) como modo de ejercicio de la libre determinación. ¿Ante qué nos encontramos si no es el ejercicio del derecho a la libre determinación? No vemos otra explicación posible: la Declaración de Independencia de Kosovo fue tomada en ejercicio –o bien, en el pretendido ejercicio– del derecho a la libre determinación

Por lo tanto, la Corte podría –y, entendemos, debería– haber considerado la declaración de independencia de Kosovo dentro del derecho a la libre determinación, debiendo analizar, a nuestro entender, los aspectos que veremos a continuación.

b. Ámbito de aplicación del principio de libre determinación

Varios Estados (China, Chipre, Egipto y Serbia) plantearon que el ámbito de la libre determinación está limitado a los pueblos bajo dominio colonial u ocupación extranjera (y en el pasado, también a los territorios bajo mandato y bajo administración fiduciaria). Por su parte, la Corte declara que «*el derecho internacional en materia de libre determinación evolucionó hasta dar lugar a un derecho a la independencia de los pueblos de los territorios no autónomos y de los pueblos sometidos a la subyugación, dominación y explotación extranjeras*». Sin embargo, considera que no necesita analizar la cuestión de si puede aplicarse el principio fuera de estas situaciones.

Debemos decir que compartimos en cierto modo esta consideración de la Corte, puesto que, en nuestra opinión, no era “necesario” que la Corte se pronunciara sobre el particular, porque *ya se había pronunciado*. Como surge de dos de los precedentes que reseñamos más arriba, las opiniones consultivas sobre el Sahara Occidental y sobre las consecuencias jurídicas de la construcción del muro en los territorios palestinos ocupados, la Corte –aun cuando se tratara de contextos diferentes– había ratificado, al recordar los términos de la resolución 1514 (XV) y del Art.1 común a

LUCIANO PEZZANO: “De Namibia a Kosovo”

ambos Pactos Internacionales de derechos humanos, que “*todos los pueblos*” tienen el derecho de libre determinación.

Por nuestra parte, no tenemos ninguna duda: “*todos*” significa todos. Pretender introducir alguna distinción sería por demás arbitrario y conspiraría contra el principio de igualdad de derechos que la Carta reconoce junto a la libre determinación en su Art.1.2. Aunque reconocemos que del contexto de la resolución 1514 (XV) –aunque no de sus términos por demás claros– podría interpretarse que sólo se refiere a los pueblos bajo dominación colonial, tal interpretación no tiene cabida en los Pactos de derechos humanos.

La libre determinación, como lo entiende la mayoría de los Estados que concurrieron al procedimiento –incluso algunos, como Rumania y Rusia, que se oponen a la legalidad de la independencia de Kosovo–, se aplica en la actualidad a todos los pueblos. Ello no implica negar que en el pasado la libre determinación pudo estar acotada a ciertos supuestos, pero la jurisprudencia de la Corte, tal cual la hemos reseñado aquí, se ha referido a la evolución del derecho internacional en la materia, habiendo la misma jurisprudencia contribuido a esa evolución, que nos lleva a reconocer el amplio alcance de la libre determinación en nuestros días.

La Corte, entonces, pudo y debió haberse pronunciado sobre este aspecto. De acuerdo a nuestra interpretación, tal pronunciamiento debió ser favorable a la aplicación al caso de Kosovo del principio de libre determinación.

c. La existencia de un “pueblo” titular del derecho a la libre determinación

Una de los aspectos más complejos y controversiales del derecho a la libre determinación es la identificación de su titular, o en palabras de la Memoria de Nauru que mencionáramos más arriba, y que también utiliza Serbia en su exposición escrita, la “unidad de libre determinación”.

De acuerdo a lo que ya ha sido expuesto, y como lo ha reconocido la misma Corte en sus opiniones consultivas de 1975 y 2004 ya citadas, “*todos los pueblos*”, pero sólo los “*pueblos*” tienen derecho de libre determinación. Se hace necesario, entonces, saber si la población de Kosovo constituye un “*pueblo*” titular del derecho a la libre determinación.

LUCIANO PEZZANO: “De Namibia a Kosovo”

En base a ello, para algunos de los participantes del procedimiento –Países Bajos, Suiza y los autores de la Declaración de Independencia–, los albanokosovares son un “pueblo” titular del derecho a la libre determinación. Para otros –la Argentina, Chipre, Rumania y Serbia–, la población de Kosovo no constituye un “pueblo”. Por otra parte, sorprende que varios de los Estados que se pronunciaron a favor de la Declaración de Independencia (como Alemania e Irlanda) como manifestación del derecho a libre determinación, no se refirieran a Kosovo como un “pueblo”, sino como un “grupo”. De todas estas posturas, sólo la Argentina aporta un criterio general para identificar a un “pueblo”: siendo este un concepto jurídico, “pueblo” es aquél que es reconocido como tal por decisión de un órgano internacional competente.

La Corte guarda silencio sobre este aspecto. Frente a ello, nos preguntamos: ¿por qué la Corte no considera la cuestión de la titularidad del derecho a la libre determinación cuando en su opinión consultiva de 2004 ya se había pronunciado sobre la existencia de un “pueblo” palestino? Recordemos que, como lo destacamos oportunamente, en la opinión de 1975 también había insinuado la cuestión de la titularidad del derecho. No se trata, entonces, de un punto novedoso para la Corte.

Es verdad que la cuestión de definir qué es un pueblo es hartamente compleja, y también es verdad que no existe una definición de “pueblo” aceptada internacionalmente. Afirmaba Aureliu Cristescu, Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías en su estudio sobre la libre determinación: *«La cuestión de una definición del término “pueblo” es de la mayor importancia, ya que puede afectar las medidas a tomar con respecto a determinados aspectos de la cuestión, por ejemplo, el aspecto político del ejercicio del derecho a la libre determinación, es decir, el derecho de los pueblos a elegir su condición política internacional. Por lo tanto, dado que no se ha formulado ninguna definición, las Naciones Unidas han procedido con cautela en los casos de libre determinación política, a pesar de que han actuado con firmeza en la cuestión de la eliminación del colonialismo. Esta actitud es comprensible en vista de las posibles consecuencias de las decisiones en este ámbito. Por lo tanto, sería prematuro e incluso presuntuoso intentar establecer aquí y ahora una definición que podría ser utilizada en todas partes del mundo y que abarque todas las situaciones. Sin embargo, los elementos de una definición que han surgido de los debates sobre este tema en las Naciones Unidas no*

LUCIANO PEZZANO: “De Namibia a Kosovo”

pueden ni deben ignorarse. Estos elementos pueden tomarse en consideración en situaciones específicas en las que es necesario decidir si una entidad constituye o no un pueblo apto para disfrutar y ejercer el derecho a la libre determinación: a) el término "pueblo" denota una entidad social que posee una identidad clara y sus características propias; b) implica una relación con un territorio, incluso si el pueblo en cuestión ha sido injustamente expulsado y artificialmente sustituido por otra población; c) un pueblo no debe confundirse con las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, cuya existencia y derechos son reconocidos en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.»⁶¹

Si aceptamos estos elementos propuestos por el Relator Especial, y los aplicamos al caso *sub examine*, no nos quedan muchas dudas de que la población de Kosovo reúne las condiciones establecidas para ser un pueblo, como lo destacaron sus representantes en su contribución escrita: los albanos kosovares son ciertamente una entidad social con una clara identidad común y con características étnicas, lingüísticas y religiosas propias diferentes a la población serbia, y están vinculados históricamente al territorio en el que se encuentran.

Aún recurriendo a la postura argentina (que nos parece en extremo restrictiva, a la vez que hace depender la existencia de un pueblo –y, en consecuencia, la titularidad del derecho a la libre determinación– a actos de naturaleza eminentemente política, como lo sería el reconocimiento por órganos internacionales), podemos encontrar en documentos internacionales el reconocimiento de la calidad de "pueblo" para la población de Kosovo. Así, la resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad, fijó como objeto de la administración internacional, que «*Kosovo tenga una administración provisional bajo la cual su pueblo pueda gozar de una autonomía sustancial*» dentro de Yugoslavia (subrayado añadido). Aunque lo limita claramente, no deja de reconocer que Kosovo tiene un "pueblo", y esa autonomía tampoco deja de ser una forma de ejercicio del derecho de libre determinación. Por otra parte, el Capítulo 8 de los Acuerdos de Rambouillet (S/1999/648), se refiere a que el mecanismo de solución final para Kosovo se definirá «*sobre la base de la voluntad del pueblo*», sin ningún tipo de limitación, no obstante la forzada interpretación que la Argentina propone al respecto.

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

⁶¹ CRISTESCU, Aureliu: "The right to self-determination. Historical and current development on the basis of United Nations instruments". Naciones Unidas, Nueva York, 1981. Párr.279. Pág.40-41

La Corte, entonces, también pudo pronunciarse sobre esta cuestión, y tenía –de acuerdo a su propia jurisprudencia y a los hechos del caso– elementos suficientes para afirmar que la población de Kosovo constituye un “pueblo” titular del derecho a la libre determinación.

d. La libre determinación y la integridad territorial de los Estados: la “secesión como remedio”

Párrafo aparte merece la denominada “secesión como remedio”, probablemente el más polémico de los aspectos de la cuestión, y que fue invocada por varios de los Estados participantes en el procedimiento, inclusive por algunos que no reconocen la legalidad de la independencia de Kosovo. De los argumentos vertidos, podemos reunir las siguientes características: a) está fundado en el derecho a la libre determinación; b) parte de la distinción entre la libre determinación “interna” y “externa”; c) tiene que cumplir con las siguientes condiciones, de manera acumulativa: i) el pueblo de que se trata debe haberse visto privado del ejercicio de la libre determinación interna por parte del Estado en el que se encuentra, o debe haber sufrido graves y masivas violaciones a los derechos humanos, y ii) deben haberse agotado todos los medios para el ejercicio de la libre determinación interna; d) encuentra fundamento normativo en el séptimo párrafo del principio de igualdad de derechos y libre determinación de la Declaración sobre relaciones de amistad de 1970; e) es absolutamente excepcional y de interpretación restrictiva. Analizaremos a continuación estas características.

En primer lugar, queremos señalar que estamos de acuerdo con la idea de que no existe en el derecho internacional actual un “derecho a la secesión” como tal, pero destacamos que de lo que aquí se trata no es de tal derecho, sino de una declaración de independencia, una forma de ejercicio del derecho a la libre determinación, que, dadas las particularidades del caso y desde el punto de vista de la integridad territorial del Estado –reconocemos–, trae como consecuencia una secesión. Queda claro, entonces, que esta particular declaración de independencia cuyo efecto es una secesión es una manifestación del derecho a la libre determinación y en él se funda.

Por lo que respecta a la distinción entre libre determinación interna y externa, ha sido claramente efectuada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: «*En lo que atañe a la libre determinación, es necesario distinguir entre dos*

LUCIANO PEZZANO: “De Namibia a Kosovo”

aspectos. El derecho a la libre determinación de los pueblos tiene un aspecto interno, es decir, el derecho de todos los pueblos a llevar adelante su desarrollo económico, social y cultural sin injerencias del exterior. [...] Por consiguiente, los gobiernos deben representar a toda la población sin distinción alguna por motivos de raza, color, ascendencia o nacionalidad u origen étnico. El aspecto externo de la libre determinación significa que todos los pueblos tienen derecho a determinar libremente su condición política y el lugar que deben ocupar en la comunidad internacional sobre la base del principio de igualdad de derechos y tomando como ejemplo la liberación de los pueblos del colonialismo y la prohibición de someter a los pueblos a toda sujeción, dominio y explotación del extranjero.»⁶² Queda claro, tal como lo destaca el Comité, que no se trata de dos derechos distintos, sino de uno solo con dos aspectos, que lógicamente están íntimamente relacionados, de modo tal que no es posible afirmar – como lo pretenden algunos Estados– que algunos pueblos gozan de ambos aspectos, y otros de uno solo. Ello, además de ir contra el tantas veces mencionado principio de que todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación, atentaría contra la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos.

Íntimamente vinculado con lo anterior están las condiciones que deben reunirse para esta excepcional forma de independencia. Sobre la primera de ellas se merecen algunas consideraciones. A nuestro entender, sólo una constante negación⁶³ del aspecto interno del derecho a la libre determinación de un pueblo por parte del gobierno del Estado donde se encuentra puede justificar el ejercicio del aspecto externo de su derecho. Aunque varios Estados que participaron en el procedimiento lo justificaron también cuando se dan graves y masivas violaciones a los derechos humanos de una población, creemos que ello no tiene cabida en el derecho internacional. Si el grupo no constituye un “pueblo”, o si entre los derechos violados no se encuentra la libre determinación, tales violaciones justificarán la intervención de la

LUCIANO PEZZANO: “De Namibia a Kosovo”

⁶² Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Recomendación general N° XXI relativa al derecho a la libre determinación. En NACIONES UNIDAS: “Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos.” Nota de la Secretaría – Volumen II. Documento HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.II). Ginebra, 2008. Pág.24

⁶³ Que se pondría de manifiesto, como lo expresan claramente los Países Bajos, en la violación grave por parte del Estado de dos de sus obligaciones con respecto a la libre determinación: a) su obligación de promover, mediante acción la aplicación del principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, de conformidad con las disposiciones de la Carta, y b) su obligación de abstenerse de recurrir a cualquier medida de fuerza que prive a los pueblos de su derecho a la libre determinación.

comunidad internacional a través de los mecanismos previstos en la Carta de las Naciones Unidas, mas no la independencia que implique una "secesión". En ese sentido, creemos que es correcto el planteo de Serbia en cuanto afirma que una violación de derechos humanos –por más grave y masiva que sea– no transforma en "pueblo" a una población que no lo es. La segunda condición, que como dijimos es acumulativa a la primera, es que el pueblo de que se trate debe haber agotado todos los medios a su alcance para lograr el pleno disfrute del aspecto interno de su derecho a la libre determinación antes de proceder al ejercicio del aspecto externo, es decir, la independencia.

Como decíamos, el fundamento normativo invocado es el séptimo párrafo del quinto principio –igualdad de derechos y libre determinación de los pueblos– contenido en la Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, aprobada por la resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, que textualmente reza: *«Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta cualquier acción encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos antes descrito y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de raza, credo o color»* (similares términos encontramos en la Declaración y Programa de Acción de Viena⁶⁴ y en la Declaración con motivo del Cincuentenario de las Naciones Unidas⁶⁵). El párrafo

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

⁶⁴ «Con arreglo a la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, nada de lo anterior se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción alguna.» (NACIONES UNIDAS: Declaración y Programa de Acción de Viena. Nota de la Secretaría. Documento A/CONF.157/23. Ginebra, 1993)

⁶⁵ «Nada de lo anterior se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción alguna.» (NACIONES UNIDAS: Declaración con motivo del cincuentenario de las Naciones Unidas. Resolución de la Asamblea General 50/6. Nueva York, 1995)

es citado parcialmente por el Magistrado Koroma, privándolo, a nuestro entender, de gran parte de su sentido.

Algunos Estados, como Suiza, han interpretado claramente el sentido de este párrafo, denominado "cláusula de salvaguardia" de la integridad territorial de los Estados: la libre determinación no debe afectar la integridad territorial de los Estados soberanos e independientes, pero en la medida en *que se conduzcan de conformidad con el principio de igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de raza, credo o color*⁶⁶. Una interpretación *a contrario* sugiere que un Estado que no se conduzca de conformidad con el principio de libre determinación, es decir, que carezca de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo del territorio, sin discriminación alguna, no está alcanzado por esta garantía. En tal caso, la libre determinación de los pueblos primará sobre su integridad territorial, justificándose el ejercicio de la independencia con efecto de secesión.

No obstante los esfuerzos desplegados por Serbia para demostrarlo, no encontramos por nuestra parte ningún elemento que permita sostener que no es posible interpretar *a contrario* el párrafo. De hecho, creemos que si no se permitiera tal interpretación *a contrario*, se privaría a la cláusula de gran parte de su sentido, ya que de poco valdría la aclaración final si todos los Estados fueran a ver protegida su integridad territorial, incluso aquellos que violan el derecho de los pueblos a la libre determinación. De tal forma, una mera reafirmación del principio de la integridad territorial –sin aclaración alguna– habría bastado.

Así, creemos que el ejercicio de la libre determinación en la forma de una declaración de independencia, no obstante su efecto de secesión, halla fundamento normativo bastante en la norma señalada.

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

⁶⁶ Se ha hecho notar –incluso por varios de los participantes en el procedimiento– que el derecho de un pueblo a separarse de un Estado como *ultima ratio* ya había sido reconocido por la segunda Comisión de la Sociedad de Naciones en conexión con el caso de las Islas Aaland: «*La separación de una minoría del Estado del cual forma parte y su incorporación a otro Estado solo puede ser considerada como una solución por completo excepcional, un último recurso cuando el Estado carece de la voluntad o del poder para sancionar y aplicar garantías justas y efectivas*» (*Report of the Commission of Rapporteurs Presented to the Council of the League*, Documento B.7.21/68/106, 16 de abril de 1921). Las "garantías" a las que se refiere, son, según la propia Comisión, las vinculadas a la preservación del carácter social, étnico y religioso del pueblo de que se trate.

Se ha pretendido que el siguiente pasaje de la Recomendación General del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial citada contradice lo afirmado: *«El Comité subraya que, de conformidad con la Declaración sobre las relaciones de amistad, ninguna de las medidas que adopte deberá entenderse en el sentido de que autoriza o promueve la realización de acción alguna encaminada a quebrantar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes que se comporten de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, y cuenten con un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin discriminación por motivos de raza, creencia o color. A juicio del Comité, el derecho internacional no ha reconocido el derecho general de los pueblos a declarar unilateralmente su secesión de un Estado. A este respecto, el Comité sigue los principios expresados en Un Programa de Paz (párrs. 17 y ss.), a saber, que toda fragmentación de los Estados iría en detrimento de la protección de los derechos humanos y del mantenimiento de la paz y la seguridad. Esto no excluye, sin embargo, la posibilidad de llegar a arreglos concertados libremente por todas las partes interesadas»*.⁶⁷ Creemos que no es así, el Comité solo reafirma lo establecido en la resolución 2625 (XXV) y comparte nuestra opinión de que el derecho internacional no reconoce un “derecho general” de los pueblos a la secesión. Por lo tanto, en nada se opone a la interpretación que aquí propiciamos.

Al respecto, conviene recordar lo que afirmara en su momento el Relator Especial Aureliu Cristescu, también citado, aunque no obstante, y por las razones ya apuntadas, no compartamos la terminología utilizada –por cuanto se refiere a un limitado y excepcional “derecho de secesión”–, creemos que sus argumentos se aplican a la independencia con efecto de secesión que aquí proponemos: *«El principio de libre determinación, como está enunciado en la Carta de las Naciones Unidas, no concede un derecho ilimitado de secesión a las poblaciones que viven en el territorio de un Estado soberano independiente y tal derecho no puede ser considerado como una disposición de lex lata. Un derecho de secesión apoyado o alentado por Estados*

LUCIANO PEZZANO: “De Namibia a Kosovo”

⁶⁷ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Recomendación general N° XXI relativa al derecho a la libre determinación. En NACIONES UNIDAS: “Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos.” Nota de la Secretaría – Volumen II. Documento HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.II). Ginebra, 2008. Pág.25

extranjeros estaría claramente en contradicción con el respeto de la integridad territorial sobre el cual se basa el principio de la igualdad soberana de los Estados. Sería peligroso reconocer en el derecho internacional un derecho de secesión general e ilimitado, cuando los derechos de una población que vive en el territorio de un Estado dado están gobernados por el derecho constitucional nacional de ese Estado. El derecho de secesión incuestionablemente existe, sin embargo, en un caso especial, pero muy importante: el de los pueblos, territorios y entidades subyugados en violación del derecho internacional. En tales casos, los pueblos involucrados tienen el derecho de recuperar su libertad y constituirse ellos mismos en Estados soberanos independientes. Además, la comunidad internacional es lo suficientemente madura en la actualidad como para poder distinguir entre la genuina libre determinación y la libre determinación usada para disfrazar un acto de secesión.»⁶⁸

Finalmente, insistimos, se trata de un supuesto excepcional, sujeto a condiciones muy particulares como las apuntadas, y debe ser interpretado en forma restrictiva, toda vez que constituye una excepción a un principio firmemente establecido como lo es el del respeto por la integridad territorial de los Estados.

Aunque debemos reconocer que este aspecto de la cuestión carecía de antecedentes en la jurisprudencia de la Corte, no podemos negar que constituye una derivación lógica de los anteriores: si el derecho a la libre determinación se aplica a todos los pueblos sin distinción, si existe un "pueblo" titular de ese derecho, y si la declaración de independencia es una forma de ejercicio de ese derecho –tres aspectos que como vimos habían sido reconocidos con anterioridad por la Corte–, no vemos razones para que el máximo tribunal internacional diera tan solo un paso más y considerara también este aspecto.

Por nuestra parte, pensamos que las condiciones requeridas para que la independencia con efecto de secesión, como forma de ejercicio del derecho a la libre determinación se reúnen en el caso de Kosovo: la población de Kosovo es un "pueblo", titular del derecho a la libre determinación en sus aspectos interno y externo; el ejercicio del aspecto interno del derecho le fue negado por la mayoría serbia –sólo basta con repasar los trágicos hechos de la década del '90–; y claramente resultaron agotados todos los medios para alcanzar un disfrute pleno de su derecho. En tales

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

⁶⁸ CRISTESCU, Aureliu: op. cit. Párr.173, Pág.26

condiciones, no vemos obstáculo alguno para negarle a este pueblo el ejercicio de su derecho a la libre determinación.

En nuestra opinión, entonces, la Corte Internacional de Justicia se encontró válidamente en condiciones de declarar que la Declaración de Independencia de Kosovo fue legítima a la luz del principio de la libre determinación de los pueblos.

V. Consideraciones finales

La jurisprudencia de la Corte en la materia, aquí reseñada, muestra una clara evolución de la interpretación judicial del principio de libre determinación, que acompañó la evolución normativa que recibió el mismo: desde su caracterización como objetivo último del régimen de mandatos, su ampliación a todos los territorios no autónomos, su definición como derecho *erga omnes*, a su aplicación a pueblos que no están sometidos a dominación colonial, cada nueva decisión fue un paso hacia adelante que expandió y profundizó el principio. Esta evolución, que –insistimos– la Corte acompañó en todos sus pasos, parecía llevar a una situación como la planteada, en la que la Corte se pronunciara claramente sobre algunos de los aspectos más controvertidos de la libre determinación.

Lamentablemente, no puede predicarse lo mismo de la opinión consultiva sobre Kosovo. Pareciera que un sólido edificio construido por más de cuarenta años de jurisprudencia fue dejado completamente de lado, en un dictamen que muchos esperábamos con ansias porque pensábamos –quizás desde la ingenuidad o la ignorancia– se trataba de “un obvio caso de libre determinación”.

Al respecto, debemos confesar que esperábamos con muchas –tal vez demasiadas– expectativas la opinión consultiva de la Corte, precisamente porque se trataría de una excelente oportunidad de profundizar sobre el alcance y el contenido del principio de libre determinación, y su relación con el principio del respeto a la integridad territorial de los Estados.

A lo largo de estas páginas, creemos haber demostrado –con mayor o menor éxito– que la Corte Internacional de Justicia no sólo contaba con elementos suficientes en el derecho internacional para analizar las cuestiones planteadas sobre el derecho de

LUCIANO PEZZANO: “De Namibia a Kosovo”

libre determinación de los pueblos, sino que la mayoría de esos elementos se encontraba en su propia jurisprudencia: la aplicación del principio a todos los pueblos, la definición de "pueblo", la declaración de independencia como forma de su ejercicio... Sólo restaba que se pronunciara sobre la importante cuestión de su relación con la integridad territorial de los Estados. Lamentablemente, no fue así. Esperamos que la Corte no vuelva a dejar pasar una oportunidad semejante.

BIBLIOGRAFÍA

- CIJ: *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt, C.I.J. Recueil 1970*, p. 3.
- CIJ: *Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1992*, p. 240
- CIJ: *Conformidad con el derecho internacional de la declaración unilateral de independencia relativa a Kosovo. Opinión consultiva*. Documento A/64/881
- CIJ: *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado. Opinión consultiva*. Documento A/ES-10/273
- CIJ: *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif C.I.J. Recueil 1971*, p. 16
- CIJ: *Sahara occidental, avis consultatif; C.I.J. Recueil 1975*, p. 12
- CIJ: *Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1966*, p. 6
- CIJ: *Timor oriental (Portugal c. Australie), arrêt, C.I.J. Recueil 1995*, p. 90
- CRISTESCU, Aureliu: "The right to self-determination. Historical and current development on the basis of United Nations instruments". Naciones Unidas, Nueva York, 1981.
- DIEZ DE VELASCO VALLEJO, Manuel: "Las organizaciones Internacionales". Editorial Tecnos, Madrid, 2003.
- DIEZ DE VELASCO, Manuel: "Instituciones de Derecho Internacional Público". Decimosexta edición. Tecnos. Madrid, 2007

LUCIANO PEZZANO: "De Namibia a Kosovo"

- NACIONES UNIDAS: "Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos." Nota de la Secretaría – Volumen II. Documento HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.II). Ginebra, 2008.
- NACIONES UNIDAS: Declaración con motivo del cincuentenario de las Naciones Unidas. Resolución de la Asamblea General 50/6. Nueva York, 1995
- NACIONES UNIDAS: Declaración y Programa de Acción de Viena. Nota de la Secretaría. Documento A/CONF.157/23. Ginebra, 1993
- PEZZANO, Luciano: "Carta de las Naciones Unidas comentada, concordada y anotada". Inédita.

Cita de este artículo:

PEZZANO, L, E (2011) "De Namibia a Kosovo". *Revista IN IURE [en línea] 1 de Mayo de 2011, Año 1, Vol. 1.* pp.75-121. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

In Iure
Revista Científica de
Ciencias Jurídicas y Notariales

Revista IN IURE, Año 1. Vol. 1. La Rioja (Argentina) 2011.
 María Noé Torres: "La discriminación laboral y la mujer. pp. 122-143
 Recibido 10/04/2011 Aprobado 16/04/2011

Año 1. Volumen 1.

ISSN 1853-6239

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Mayo de 2011- A1.V1.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

LA DISCRIMINACIÓN LABORAL Y LA MUJER: UN ANÁLISIS DE LA LEY Y LA JURISPRUDENCIA.

Ab. María Noé Torres

Palabras Clave:

discriminación, acoso laboral, mobbing, legislación

Key Words:

discrimination, harassment, mobbing, legislation.

RESUMEN:

La discriminación es un flagelo actual que afecta a todos en algún momento de nuestra vida. Este trabajo se realizó en el ámbito de un Congreso de Derecho del Trabajo. El mismo tuvo por objeto, realizar un análisis de la legislación y la jurisprudencia de nuestro país, sobre este problema del mundo globalizado. Además se realizó un análisis del derecho comparado, principalmente con lo establecido por el amigo país de Chile.

ABSTRAC:

The current discrimination is a scourge that affects everyone at some point in our lives. This work was carried out in the field of Labour Law Conference. The same was intended to undertake an analysis of legislation and jurisprudence of our country on this issue of the globalized world. You can conduct an analysis of comparative law, mainly with the provisions of the friend country of Chile.

MARÍA NOÉ TORRES: "La discriminación laboral y la mujer"

1. DEFINICION Y ALGUNOS CONCEPTOS BASICOS

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Mayo de 2011- A1.V1.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

1.a ¿Qué significa discriminar? Según la Real academia española proviene del latín y significa separa, distinguir, o separa una cosa de otra. Este ultimo significado le corresponde al termino discernir también pero con la sutileza de hacerlo a partir de comprender la diferencia.

Utilizando el termino en forma positiva, discriminar significa reconocimiento o diferenciación; en un sentido negativo, significa una situación en la que una persona o un grupo de personas es tratada de forma diferente a causa de prejuicios.

Este trato diferencial se puede dar en diversos ámbitos y en la distintas relaciones entre persona, instituciones y hasta entre estados. Existen distintas características que dan fundamento a este trato discriminatorio, como por ejemplo color de piel, sexo, ideología política, edad, religión y cualquier otro motivo que haga a dos personas diferentes.

Este término "discriminar", en general significa acción y efecto de separar , de distinguir una cosa de otra, en Derecho el mismo tiene una connotación diferente, ya que el mismo hace referencia a un trato de inferioridad dado a una persona o grupo, por motivos raciales, religiosos, culturales, de sexo, filiación, políticos o ideológicos entre otros.

Variadas son las clases de discriminación, entre ellas encontramos las siguientes:

-Discriminación Sexual: esta clase de discriminación arbitraria originada en el sexo de la persona no solo incluye hoy las posibles diferenciaciones arbitrarias que se puedan por ser un hombre o una mujer, si no las acciones que puedan generarse en hipótesis de homosexualidad. Este acto discriminación es injusto, cuando en lugar de tener en cuenta elementos objetivos como son el desempeño, la eficiencia, la contracción a las

MARÍA NOÉ TORRES: "La discriminación laboral y la mujer"

tareas u otros factores, se elija a una persona en desmedro de otra por causa de su

sexo.⁶⁹

- Discriminación racial: la Convención internacional sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación Racial, su artículo primero define: como toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

Discriminación laboral: esta clase de discriminación se da en el lugar de trabajo, y sus causales generalmente no tienen que ver con las aptitudes o capacidades que el sujeto posee para desempeñar sus tareas, si no que son ajenas a ellas.

Discriminación religiosa: esta se produce debido a no compartir con con determinadas personas las creencias o religiones ajenas, provocando así alejamientos o recelos contra aquellas personas que poseen estas creencias distintas.

2. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL Y NACIONAL EN MATERIA DE DISCRIMINACIÓN

Los diferentes tratados firmados en materias internacionales ratifican la no discriminación como un derecho universal e inherente al ser humano. Así, podemos mencionar a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, adoptado y proclamado por la ONU, que en su artículo 7 dice: todos son iguales ante la ley y tienen sin distinción derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

MARÍA NOÉ TORRES: "La discriminación laboral y la mujer"

⁶⁹ DE DIEGO, JULIAN ARTURO, "MANUAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL", quinta edición actualizada, editorial LexisNexis Abeledo-Perrot; año 2002; pág. 121.

También se encuentra proclamada dicha protección en La Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre, que en su artículo segundo proclama el derecho a la igualdad ante la ley. El enunciado dice así: todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.

El artículo 24 del Pacto de San José de Costa Rica dice lo siguiente: todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

La Organización Internacional del Trabajo, en su convenio 111, expresa en su artículo primero que: 1. a los efectos de este convenio, el termino discriminación comprende:

A) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o trato en el empleo y la ocupación;

B) cualquier otra distinción , exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados .

2. las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.

3. A los efectos de este convenio, los términos empleo y ocupación incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo.

En nuestro país, el principio general de igualdad ante la ley está consagrado en la Constitución Nacional en el artículo 16, el cual establece que todos los habitantes son

MARÍA NOÉ TORRES: "La discriminación laboral y la mujer"

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Mayo de 2011- A1.V1.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

iguales ante la ley y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. A su vez, el artículo 14 bis incluye el principio de igual remuneración por igual tarea que el legislador de la ley de Contrato de Trabajo transformo, siguiendo así lo establecido por la Organización Internacional del trabajo, que dice, igual remuneración por tarea de igual valor. Este principio antidiscriminatorio frente al salario tiene muy importantes alcances prácticos. A su vez la ley de Contrato de Trabajo en su artículo 17 establece la prohibición de todo tipo de actos de discriminación entre los trabajadores por motivos de raza, sexo, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad. Esta norma tiene numerosas referencias en igual sentido, dentro del cuerpo de la ley, directas e indirectas.⁷⁰

La historia nos cuenta como las personas han tenido que luchar por los derechos que les corresponden. Con frecuencia el deseo ardiente de las personas de ser libres y disfrutar de sus derechos fue lo que inició la lucha. Después, mucho más tarde, sobre la base de los logros populares, se realizó la formalización, legalización e institucionalización de esos derechos.

El Informe sobre desarrollo humano del año 2000 realizado por el Programa de la Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) comienza con las siete libertades, que a su entender, son pilares para la comisión de los Derecho Humanos. La primera de estas libertades es: "Libertad de la discriminación por motivos de género, raza, origen étnico, origen nacional o religión".

La relevancia del principio de no discriminación, escapa al ámbito del derecho laboral, ya que el mismo es un derecho fundamental e inherente a todo ser humano. Es así que este derecho adquiere reconocimiento supranacional, encontrándose consagrado en diversos instrumentos internacionales.

3. LA DISCRIMINACION LABORAL: DISTINTAS CAUSALES

La discriminación laboral abarca el trato de inferioridad dado a personas por motivos ajenos a su capacidad dentro del ámbito de la libertad al trabajo y derecho al mismo.

MARÍA NOÉ TORRES: "La discriminación laboral y la mujer"

⁷⁰ DE DIEGO, JULIAN ARTURO, "MANUAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL", quinta edición actualizada, editorial LexisNexis Abeledo-Perrot; año 2002, pág. 119

La Organización Internacional del Trabajo, da una definición muy precisa sobre los que significa discriminación laboral, la misma reza así:...el termino discriminación comprende, cualquier exclusión, distinción o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.⁷¹

Las principales causales de discriminación laboral son las siguientes:

Discriminación por motivos de sexo: es la forma más común y las mujeres la que en mayor medida padecen este flagelo. La misma abarca distintos ámbitos y situaciones desde menores salarios hasta la segregación por causales de maternidad.

Discriminación por edad: esta modalidad, es una de las que más en boga en nuestra sociedad, ya que, se imponen límites de edad para la contratación o bien se alega un exceso de experiencia.

Discriminación por motivos religiosos: esta forma se refiere a faltas de respeto a las costumbres religiosas, obligaciones de trabajar en los días considerados sagrados, la denegación de permisos para actividades empresariales, entre otras.

Discriminación a personas portadoras de HIV: esta adopta variadas formas, desde las molestias ocasionadas por los compañeros hasta los despidos sin causales de justificación y arbitrarios, provocando así serios daños al sujeto que padece la enfermedad, ya que se vería así privado de la cobertura médica que le da la obra social.

Discriminación por causal de maternidad: esta causal afecta solo a las mujeres, ya que las mismas se ven excluida de acceder a un trabajo determinado por ser las mismas madres. Las razones que los empleadores dan para fundar dicha causal, son inconsistentes y sin sustento ya que alegar que dicha condición afectaría la **MARÍA**

NOÉ TORRES: "La discriminación laboral y la mujer"

⁷¹ Organización Internacional del Trabajo, Convenio 111, artículo primero.

productividad laboral de la trabajadora, porque tendría preocupaciones que un hombre no tiene.

Discriminación sindical: esta se lleva a cabo cuando un trabajador o un grupo de ellos, dentro de la empresa, se afilian o desean realizar actividades gremiales. En este supuesto, el trabajador se ve a veces amenazado o acosado, la gran mayoría de las veces, por el empleador, que recurre a imponer su poder de imperio y a generar algún tipo de terrorismo o temor sobre el trabajador para que abandone o desista de seguir en esa actividad gremial o sindical.

Discriminación racial: es una de las clases más comunes y generales de discriminación. La misma se genera por ser el trabajador de raza, color o etnia distinta. Es frecuente observar estos actos de discriminación en la industria de la construcción o el servicio domestico.

Discriminación por aspecto físico: nacida esta causal en el derecho comparado, esta clase de discriminación se refiere a excluir a los trabajadores por su aspecto físico, como es el caso de que se utilice una indumentaria específico o por ser extremadamente delgado o por ser obeso. Estos casos no se encuentran contemplados en la legislación argentina, pero los mismos podrían ser incluidos en el principio genérico de no discriminación del artículo 17 de la ley de Contrato de Trabajo.⁷²

4. ¿CUÁNDO COMIENZA LA DISCRIMINACIÓN EN EL ÁMBITO LABORAR?

Podemos decir, que una relación laboral, se lleva a cabo y concluye, luego de haberse superado tres momentos específicos y necesarios para que, un contrato de trabajo nazca, se perfecciones y se extinga. Un primer momento es aquel que comienza con la búsqueda, que es acto que inicia el proceso de acercamiento entre las partes, con miras a la celebración de un contrato de trabajo, es una búsqueda de eventuales

MARÍA NOÉ TORRES: "La discriminación laboral y la mujer"

⁷² DE DIEGO, JULIAN ARTURO, "MANUAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL", quinta edición actualizada, editorial LexisNexis Abeledo-Perrot; año 2002, pág. 122

candidatos. La misma es llevada a cabo por un empleador que debe cubrir uno o más puestos de trabajo en base a la determinación de un perfil.⁷³

Durante este momento, es posible que surja algún tipo de discriminación, por ejemplo cuando los anuncios requieren del aspirante medio de movilidad propio, o una determinada apariencia, son las mismas características que no están relacionadas, a veces, con las aptitudes necesarias para realizar el trabajo. Los análisis de embarazos o de sida, pueden ser considerados también discriminatorios, ya que los mismos no resultan obligatorios en el examen de ingreso ni en los exámenes periódicos, según nuestra legislación vigente. Una vez superado este momento, el contrato se perfecciona y pone en marcha la relación laboral. Durante el desarrollo de la misma, el trabajador puede sufrir diferentes formas de discriminación, ya sea por parte de sus compañeros o por la propia empleadora. Las mismas surgen de variadas causales, como intolerancia a características personales de la víctima de discriminación, como ser el sexo, el color, la religión, entre otras, de las que ya he hecho mención. Por último y concluida la relación laboral la discriminación se puede encontrar presente, al ser la misma, causal por la cual la relación concluyo.

5. LA DISCRIMINACION LABORAL FEMENINA Y EL ACOSO SEXUAL

Todas las mujeres, en alguna medida, siempre han sufrido algún tipo de discriminación en el ámbito laboral, ya sea recibiendo menores salarios, en igualdad de condiciones en relación con los hombres, o cuando las mismas son excluidas de ciertas labores porque las mismas no son para mujeres, o porque es más caro contratarlas (debido a los permisos por maternidad) o simplemente ubicándolas en puestos de trabajos de inferior nivel, o mediante algún tipo de impedimento para ser ascendidas a puestos mejores, aunque las mismas se encuentren mejores capacitadas. Además de estas formas de discriminación, algunas prácticas pueden atentar contra la maternidad, al obligar a las trabajadoras a realizarse test de embarazos o exigiendo el uso de algún

MARÍA NOÉ TORRES: "La discriminación laboral y la mujer"

⁷³ DE DIEGO, JULIAN ARTURO, "MANUAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL", quinta edición actualizada, editorial LexisNexis Abeledo-Perrot; año 2002, pág. 158

método anticonceptivo.⁷⁴ Según el artículo guía de la OIT "El ABC de los derechos de las trabajadoras y la igualdad de género": la protección y promoción de la igualdad entre las mujeres y los hombres son, de manera semejante, conceptos básicos que se fundamentan en los derechos humanos internacionales, reconocidos en instrumentos de las Naciones Unidas tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979; la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989; la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares y la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, de 1995. Sus disposiciones vinculan jurídicamente también a los Estados que no han ratificado los instrumentos específicos de la OIT, pero que si han ratificado estas normas internacionales de carácter más general.⁷⁵ A pesar de los esfuerzos sociales y legislativos para frenar esto, la brecha de salarios y de oportunidades no se ha visto afectada en los últimos años. No obstante los fuertes progresos en la educación femenina, dos terceras partes de los analfabetos del mundo son mujeres. La integración de la mujer al trabajo se está haciendo con activas tendencias a formar parte de posiciones menores y a tener una gran presencia en la economía informal.

La discriminación en materia de salarios sigue siendo muy activa. En la industria en 27 de 39 países con datos disponibles, la remuneración de las mujeres eran un 20% a un 50% menor de la de los hombres.

Bernardo Kliksberg realizó un trabajo titulado "La discriminación de la mujer en el mundo globalizado y en América Latina: un tema crucial para las políticas públicas"⁷⁶, en el mismo expresaba que esta era una época llena de oportunidades y riesgos para la mujer. En la actualidad la mujer tiene mayores posibilidades de estudiar y

MARÍA NOÉ TORRES: "La discriminación laboral y la mujer"

⁷⁴ CARMONA MARTIN, KARLA Y. - VELIZ FUENZALIDA, HUGO F. "DISCRIMINACION LABORAL- ASPECTOS DOCTRINARIOS Y SITUACION EN CHILE"; Seminario de Titulo para otra al Título de Ingeniero Comercial, Mención Administración; Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas, Escuela de Economía y Administración; <http://www.archivochile.com>.

⁷⁵ ABC de los derechos de las trabajadoras y la igualdad de género, oficina internacional del trabajo. Ginebra, marzo de 2000, revisión del documento original emitido en 1994.

⁷⁶ KLIKSBERG, BERNARDO; "La discriminación de la mujer en el mundo globalizado y en América Latina: un tema crucial para las políticas públicas"; Panel de la división de economía y administración pública de las Naciones Unidas.

capacitarse, lo que aumenta la autoestima de la mujer, democratiza, cambia estereotipos marcados por siglos, cambiando así las perspectivas que se tenían del género femenino, pero esto no cambia los siguientes problemas: "la incorporación de la mujer se está haciendo en muchos casos, bajo patrones que abren nuevos interrogantes y ello es muy intenso en América Latina. En los estratos medios y altos, donde la mujer accedido vigorosamente a la educación universitaria, existen preguntas sobre la calidad de su avances en relación a las características del mundo globalizado. Se presenta una tendencia definitiva en términos del tipo de carreras que terminan. Tienen gran presencia en las carreras humanísticas y ciencias sociales, pero muy limitadas pero muy limitada en las profesiones estratégicas para la globalización como las ingenierías y las ciencias naturales. Allí hay una fuerte brecha entre hombres y mujeres".

Esta ausentismo en las carreras estratégicas también se ve en las posiciones estratégicas, ya que el porcentaje de mujeres que está al mando de empresas es mucho menor que el de hombres y lo mismo pasa en la política, donde a nivel mundial se ve que los presidentes y ministros en su gran mayoría son hombres.

Estados Unidos se ha preocupado de promover una legislación rica en contenidos ad hoc para eliminar el tema de la discriminación laboral de la que tanto se habló durante los años sesenta, ello gracias a la Ley de igualdad de salarios de 1963, la Ley de derechos civiles de 1964 y así otras normativas que propenden a la regularización de los derechos que cada persona tiene como trabajador frente a irregularidades públicas y privadas. Algunas de las principales normativas legales federales que existen para evitar y condenar la discriminación laboral son:

- Título IV de la Ley de derechos civiles que impide pueda discriminarse a las personas por su raza, color, religión, sexo y nacionalidad, actuando en concordancia además con las libertades individuales garantizadas por la constitución
- Ley de igualdad de salarios de 1963, que impide pueda remunerarse de distinta manera a los trabajadores de acuerdo a su sexo en un mismo tipo de trabajo.

MARÍA NOÉ TORRES: "La discriminación laboral y la mujer"

- Ley contra la discriminación laboral por edad de 1967, la que protege a aquellas personas que desarrollan un trabajo y tienen 40 años de edad o más
- Título I y V de la ley para estadounidenses con discapacidad, que impide pueda discriminarse a quienes posean una discapacidad calificada tanto en el sector privado, como en sector público, sea éste local o estatal
- Secciones 501 y 505 de la ley de rehabilitación de 1973, la cual impide que pueda discriminarse a aquellas personas que presenten una discapacidad calificada y trabajen en el gobierno federal
- equidad que afectaban al personal federal

Quien se encarga de la aplicación de estas leyes es la *Comisión para la igualdad de oportunidades en el empleo en los Estados Unidos*, también conocida como EEOC. Este organismo también está encargado de supervigilar la aplicación de todas las normativas que impiden se pueda poner en práctica cualquier tipo de decisión arbitraria contra los trabajadores por un tema de discriminación laboral.

Quien sienta que ha sido afectado y/o perjudicado por una decisión laboral injusta basada en la discriminación, puede acudir libremente a la EEOC y presentar los cargos que se estimen necesarios, así como también hacerlo ante la *agencia estatal* que corresponda para que investigue los cargos interpuestos.

6. SITUACION ACTUAL EN ARGENTINA. ANALISIS DE ALGUNOS CASOS JURISPRUDENCIALES.

Según un informe del Instituto para el Desarrollo Social de Argentino (IDESIA), la discriminación laboral de las mujeres está más relacionada a la maternidad. El documento agrega que esto no solo sucede en nuestro país, sino que también hay evidencia de que sucede lo mismo en países avanzados o del primer mundo. Las diferencias de remuneraciones entre varones y mujeres sin hijos, tienden a desaparecer, mientras que son las mujeres con hijos las que sufren situaciones

MARÍA NOÉ TORRES: "La discriminación laboral y la mujer"

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
 ISSN 1853-5690 - Mayo de 2011- A1.V1.-
 Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

más desventajosas. En Argentina, la maternidad es un obstáculo en algunos casos para la inserción y el desarrollo laboral de la mujer. La gran cantidad de responsabilidades que traen consigo la maternidad, incide necesariamente en la posibilidad de las mujeres de competir en el ámbito laboral por puestos más altos, más si la competencia es contra varones y mujeres sin hijos. Frente a esto, países más desarrollados, están abordando políticas que ayuden a disminuir el conflicto entre los roles reproductivos y las exigencias laborales. Surgen de esta forma, cambios en la legislación laboral y de la seguridad social, y los programas asistenciales. Sin embargo, sobre nuestro país no podemos decir lo mismo, ya que pareciera que Argentina va en sentido contrario, limitándose sólo a promover intervenciones de "discriminación positiva". De esta forma, se intensifican reglas que conspiran contra el empleo femenino.⁷⁷

La Ley de Contrato de Trabajo n° 20.744, en su artículo 17 establece el principio de Prohibición de hacer discriminaciones, el cual reza de la siguiente forma: "Por esta ley se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad".

Además de estos principios, la Ley de Contrato de Trabajo, a partir del Título VII, enuncia los artículos que protegen el trabajo de la mujer. El capítulo II, titulado De la protección de la maternidad, el cual establece las prohibiciones de trabajar durante los últimos 45 días antes del parto y los 45 días posteriores. Además de enunciar la obligación del empleador de garantizarle la estabilidad en el empleo a la trabajadora durante el periodo de gestación. Además de la obligación que le corresponde a la trabajadora de comunicar fehacientemente su embarazo al trabajador. Junto a estos artículos se establece la presunción del despido por razones de maternidad o embarazo. Respecto a esto, en el fallo *GUISADO DE JAKOBS Paula c/ KB SERVICIOS S.S. s/ despido Sala III*, de fecha 5 de Marzo de 1998, Exp. N° 75928, el Tribunal dijo:

MARÍA NOÉ TORRES: "La discriminación laboral y la mujer"

⁷⁷ Datos extraídos de informe y noticia publicada en www.noticiauno.com.ar, titulado "La discriminación laboral de la mujer está vinculada a la maternidad"; viernes 20 de Agosto de 2010.

Aun tratándose de un contrato a prueba (art. 92 bis de la LCT), rige la protección consagrada por los arts 177 y 178 de dicho ordenamiento legal. En tal caso la trabajadora afectada deberá probar que la cesantía constituye una práctica discriminatoria, que fue la maternidad el motivo determinante del despido dispuesto por el empresario, sin dejar dudas acerca de que se configuró un acto de discriminación. Por su parte el empresario deberá demostrar que no discriminó o que ha mediado una razón objetiva no discriminatoria para extinguir el vínculo. Es así que, es importante contar con los medios de pruebas suficientes, para demostrar que el empleador hizo uso de su facultad de poder despedir a la trabajadora, a causa del embarazo. Es importante que la trabajadora haya realizado los trámites correspondientes para la notificación necesaria, que dé a conocer su estado de embarazo. De no ser así, la misma no contaría con un medio de prueba tan importante como la notificación al empleador de su estado. Además deja claro una regla necesaria para su defensa, el empleador debe demostrar que no discrimino o que la razón de despido es a causa de una razón objetiva no discriminatoria. En el caso en cuestión el embarazo se produce durante el periodo de prueba, la sala sienta el principio que, durante el mismo, rige en pleno la presunción del despido por razones de maternidad o embarazo.

6. a EL ACOSO SEXUAL Y EL MOBBING

Algo a lo que se tiene que enfrentar en el ámbito laboral, algunas veces la mujer, es a lo denominado "acoso sexual". Este se puede definir como aquellas conductas de naturaleza sexual o con algún contenido de esa índole. Estos comportamientos afectan la dignidad de la mujer, pero esta situación no solo afecta a la mujer si no que también puede ser sufrida por un hombre. Estos comportamientos se pueden observar que no solo son físicos, si no que pueden observarse situaciones en que los mismos son de carácter verbal. Estos comportamientos afectan tanto la dignidad de la persona como la igualdad de oportunidades.

MARÍA NOÉ TORRES: "La discriminación laboral y la mujer"

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Mayo de 2011- A1.V1.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

La Primera Corte Suprema en pronunciarse contra el acoso sexual fue la de EE.UU en el año 1986, considerándola una conducta discriminatoria por sexo y que violaba el titulo VII de la Ley de Derechos Civiles. Siguiendo esta motivación, Europa creo la recomendación nº 92/321 y sugirió a los miembros de la Unión Europea adoptar políticas contra el acoso sexual. En nuestro país esta conducta no está legislada aun. No existe ni en el derecho penal ni en el derecho laboral la figura del acoso sexual. La ley de "Violencia Laboral" a nivel nacional se halla postergada en su promulgación por el Congreso Nacional, el proyecto aprobado por la Cámara de Diputados en el año 2007 perdió estado parlamentario a principios del año 2008 por falta de tratamiento en el Senado, causando un daño de consideración a todos aquéllos que se hallan en un estado de acoso laboral y postergación en sus derechos elementales en el ámbito laboral en la Argentina.

El acoso sexual a sido definido por la Organización Internacional del Trabajo como un comportamiento de carácter sexual no deseado por la persona afectada que incide negativamente su situación laboral, provocándole un perjuicio.⁷⁸ También podemos definir esta situación como una amenaza repetida e indeseada que puede incluir gestos, comentarios o contactos físicos de naturaleza sexual.⁷⁹ La doctrina científica a definido dos clases de acoso sexual: el chantaje sexual y el acoso ambiental.

El chantaje sexual o de intercambio se da en los casos en que existe una relación de jerarquía y por lo tanto de esta manera se condiciona el acceso a algún trabajo o la perdida de algún derecho laboral; también se considera cuando se proponen mejoras laborales, aumentos de sueldo, ascensos, en estos casos hay un abuso de poder evidente.

La otra forma, el acoso ambiental se da cuando el sujeto activo del acoso, crea un ambiente laboral intimidatorio, hostil o humillante para el trabajador. En esta clase de acoso no es necesario que el acosador sea necesariamente un superior jerárquico, si

⁷⁸ WALTER, E. FRANCISCO; "Derecho de las relaciones laborales"; editorial Universitaria; primera edición; Santiago , Chile; 2003; pág. 285

⁷⁹ FARIAS, A. PAMELA; GOMEZ, A, MARCELA. "Aportes al debate laboral nº 7, Acoso Sexual en el trabajo: de la impunidad a la acción". Dirección del Trabajo, Departamentos de estudios; Chile.

no que puede ser un compañero de trabajo del mismo rango o hasta de un rango inferior. Es lo que en la actualidad por la doctrina se denomina "mobbing". Ya la jurisprudencia ha hecho referencia a esta clase de acoso, en el fallo "D., R. B. C/ ENTRETENIMIENTO PATAGONIA S.A. S/SUMARIO S/ INAPLICABILIDAD DE LEY" (Expte. Nº 17505/02 - STJ). Los jueces en este fallo dijeron lo siguiente: con relación a los protagonistas del mobbing se ha dicho: "Se debe destacar que el mobbing puede ser ejercido en forma vertical y horizontal. El primero de ellos es el que ejecuta el empleador o un superior jerárquico contra el trabajador y mediante el cual se pretende el retiro del obrero de la empresa, por resultar su presencia incómoda. Dicha 'incomodidad' puede obedecer, entre muchas otras causas, a la eficiencia del atacado, a su elevado nivel intelectual, a una posibilidad de ascenso o por contar con una lucidez que a las claras excede a la del mobber. La segunda hipótesis es la que se genera entre pares, es decir, entre trabajadores, pues ven en la víctima un probable y futuro rival laboral, con mejores condiciones de ascenso y progreso que las propias" (Sandra Assad: "La reparación de los daños laborales. Discriminación en la Ley de Contrato de Trabajo: el mobbing" L. L. 04-04-05). El mobbing es un nuevo y creciente fenómeno que está desarrollándose en Argentina, el término "mobbing" proviene del verbo inglés "to mob" que significa "atropellar", utilizada como sinónimo de "violencia psicológica laboral" o "psicoterror laboral", es un fenómeno que se está presentando con reclamos legales desde el año 2002 aproximadamente. Su desarrollo como objeto de estudio y de análisis legal, comenzó en Europa en la década del noventa y hasta la fecha.

En 1990 Heinz Leymann lo aplicó a la psicología laboral en el "Congreso sobre Higiene y Seguridad en el Trabajo de Hamburgo", dándole un nuevo significado, que ha hecho fortuna desde entonces. La definición que da Leymann de este término es la siguiente: El mobbing o terror psicológico en el ámbito laboral consiste en la comunicación hostil y sin ética, dirigida de manera sistemática por uno o varios individuos contra otro, que es así arrastrado a una posición de indefensión y desvalimiento, y activamente mantenido en ella. Estas actividades tienen lugar de manera frecuente (como criterio

estadístico, por lo menos una vez a la semana) y durante largo tiempo (por lo menos seis meses). A causa de la elevada frecuencia y duración de la conducta hostil, este maltrato acaba por resultar en considerable miseria mental, psicosomática y social. Son muchas las posibilidades de actuación hostil en el terreno de la comunicación. No sólo hacen daño los insultos directos, que son agresiones demasiado obvias, sino también las insinuaciones, comentarios y "puntas" mal intencionadas (una "punta" es un comentario deliberado, aparentemente inocente, pero que activa por asociación una experiencia traumática o conflictiva). Tanto o más dolorosos son los actos de no-comunicación, como ignorar un saludo, no responder a una pregunta, actuar como si determinada persona no estuviera presente, etc.

Si bien, no existe un criterio jurisprudencial unánime para establecer cuándo se está en presencia de la figura del acoso moral o mobbing, los tribunales han ido definiendo su alcance y podría decirse que aquélla se da cuando el trabajador es objeto repetido de abuso por parte de sus superiores y, en particular, víctima de prácticas destinadas a aislarlo del ambiente de trabajo y, en los casos más graves, de repelerlo, prácticas cuyo efecto es atacar gravemente el equilibrio psíquico del trabajador.⁸⁰

En un caso, la cámara del trabajo rechazó el planteo de una trabajadora por el que pretendió que su empleador le indemnice el "daño psicológico" que le causó una supuesta persecución moral previa a su despido. En concreto, la Sala X del tribunal estimó que la empleada no pudo demostrar que fue víctima de *mobbing* y así frenó las aspiraciones de la trabajadora de cobrar una suma más abultada como indemnización por ser declarada cesante.

El caso "Tomás, Adriana c/ Aerolíneas", trató de una empleada de Aerolíneas Argentinas que planteó haber sufrido "persecución tanto moral como psicológica (mobbing)" por la vinculación afectiva que mantuvo con un representante sindical, enfrentado con los directivos de la empresa.

⁸⁰ ARIGANELLO Claudio Alberto c/ Banco Macro Bansud S.A. s/ despido *Sala/Juzgado: V*
Fecha: 14-02-2008

Así, adujo que durante el último tiempo de la relación laboral fue víctima de "hostigamiento, desacreditación, desprestigio, denostación, destrucción de su imagen pública y acoso psicológico".

Además, afirmó que se vio sujeta a cambios continuos de los programas de vuelos y la negativa a sus pedidos de participar en determinados viajes.

Para los jueces, no existieron pruebas que permita inferir que la relación que unía a la trabajadora con el líder gremial hubiere sido motivo de "represalias" por parte de la compañía.

En tanto, aseguraron que los cambios "repentinos o de último momento" en la asignación de viajes constituían una política habitual de la empresa, circunstancia que "no puede ser esgrimida como fundamento de un trato discriminatorio o de una actitud de hostigamiento".

Incluso, descartó que la incapacidad psicológica del 10%, acreditada por un perito médico, pudiese ser consecuencia de aquel supuesto padecimiento.

En particular, y en mayo último, la Sala VII hizo lugar al reclamo por daño moral que hizo una empleada de un estudio jurídico que denunció ser víctima de acoso laboral. Allí, el tribunal condenó al bufete a indemnizar a la secretaria de uno de los socios que fue despedida por haber enviado a la firma una nota donde describía una situación de "psicoterror laboral".

Para llegar a esa conclusión, la cámara se basó solamente en aquella documentación y por la falta de investigación del estudio de la situación denunciada por la trabajadora.

En ese marco, la situación del "mobbing" es muy particular. Ocurre que, pese a que avanza en el Congreso una serie de iniciativas que intentan crear un marco legal a la figura, el acoso moral no tiene regulación en nuestro país.

Y ese vacío normativo, que se suma a la vaguedad del término, hace que los tribunales admitan reclamos ya sea como causal de despido indirecto, como acto discriminatorio y hasta como un riesgo laboral.

De manera que el fallo "Tomás" ha sido bien recibido por las empresas, a partir del profundo análisis que hicieron los jueces de la prueba presentada en la causa.⁸¹

Para cerrar este tema, existe un fallo que podría tomarse como prueba, de que la discriminación por ser mujer existe en muchos ámbitos laborales y por diversas situaciones. El fallo es el resuelto por la presentación de un amparo realizado por una fundación. A continuación una transcripción de los ítems más importantes

1- La discriminación no se encuentra en las normas sino en los hechos, en la conducta desplegada durante años al preferir la empresa la contratación de empleados del sexo masculino, en una proporción tan considerable que torna irrazonable el margen de discrecionalidad que cabe concederle al empleador en la selección de su personal. Más aún, si se tiene presente la presunción de discriminación que se produce cuando quienes se encuentran en la situación desigual -las mujeres- pertenecen a grupos que históricamente se encontraron en desventaja. 2- Debe asegurarse a las mujeres no ser discriminadas en el acceso a los puestos de trabajo y a los de mayor jerarquía por su condición, hechos que suelen ocurrir en la práctica. A la vez, también debe garantizarse que no sean despedidas por tal razón, que las condiciones de trabajo sean semejantes y, por último, que perciban la misma remuneración que un hombre que realiza una tarea similar. 3- Al limitarse a la mujer, por la sola razón de su sexo, la posibilidad de emplearse en determinadas tareas y condiciones de trabajo, se restringe su derecho a elegir una ocupación adecuada a sus aptitudes y necesidades, derecho que, en rigor, no es sino una manifestación del ejercicio de libertad. Posibilidad de elección que no se limita ni condiciona al trabajador varón, de modo que la prohibición pone en evidencia un inequívoco contenido discriminatorio. (En el caso encontrándose acreditada la discriminación sexual en la contratación de personal, sin encontrarse

⁸¹ Información obtenida de www.infobaeprofesional.com/interior/index.php

aquella justificada, se condenó a la empresa a que, en el futuro, sólo contrate personal femenino hasta compensar en forma equitativa y razonable la desigualdad producida). (Sumario Nº15144 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín Nº1/2003).

Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/Freddo SA s/amparo. - Nº Sent.: Fallo completo publicado en: diariojudicial.com del 17/2/2003.

7. ULTIMOS CRITERIOS DE LA JURISPRUDENCIA

Un nuevo cambio se está viendo a la hora de dictar sentencia por los jueces. El marco de discrecionalidad que poseían los empleadores a la hora de elegir sus empleados, se ve ahora limitado y hasta podríamos decir condicionado por la justicia. Desde el principio uno de los derechos por así decirlo, que le correspondía al empleador, era el denominado *ius variandi*, entendido este como la potestad del empleador de modificar las condiciones de trabajo en forma unilateral, en la medida que estos cambios no afecten modalidades esenciales del contrato, se ejerza con razonabilidad y no generen daño moral o material al trabajador.⁸² Un fallo reciente de la justicia condiciona este ámbito de discrecionalidad, obligando al empleador a reincorporar a un trabajador que había sido despedido, utilizando la figura de discriminación laboral. Se advierte de esta manera la aparición de un nuevo agujero negro en el sistema, ya que a partir de ahora, se podría utilizar este argumento prácticamente sin límites por cualquier empleado que pretenda el mismo resultado.

7.1 El caso

Se trata del caso de una ex trabajadora de Telefónica de Argentina SA que en 2001 había reenviado un correo electrónico "en apoyo" al conflicto que por entonces afrontaban empleados de Aerolíneas Argentinas y así instó a sus compañeros a llevar a cabo acciones colectivas, hecho que motivó a la compañía disponer la cesantía.

⁸² DE DIEGO, JULIAN ARTURO, "MANUAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL", quinta edición actualizada, editorial LexisNexis Abeledo-Perrot; año 2002, pág. 226

En "Greppi", en primera instancia –medida confirmada por la cámara-, el juez dijo que la demandada persiguió a la empleada "por expresar su pensamiento" y que la cesantía fue una represalia frente a un accionar lícito. Así, obligó a la compañía al pago de los salarios no percibidos desde el despido y a reincorporar al trabajador.

La medida, dispuesta el pasado 31 de mayo, aún no está firme, en virtud de que Telefónica interpuso un recurso de queja ante el máximo tribunal, quien todavía no se expidió sobre el mismo.

Para los especialistas, el fallo "afecta uno de los derechos fundamentales del empleador: el de disponer la resolución del contrato de trabajo sin necesidad de invocar causa". La resolución genera una serie de incertidumbres que afectan legítimos derechos constitucionales del empleador, dado que según la sentencia la empleada gozaría de un beneficio extraordinario respecto de sus compañeros de trabajo en virtud de que ya no podría ser despedida. Así, se alertó sobre lo cuestionable que puede resultar la aplicación descuidada y ligera de la ley 23.592 en los casos en que "no son consecuencia de la plena convicción judicial, resultante de prueba concluyente de que el empleador avasalló los derechos que protege la ley antidiscriminación". Para la cámara, el despido permite activar el dispositivo previsto por la ley 23.592 dirigido a penalizar el avasallamiento de las garantías individuales y derechos humanos, debido a la restricción impuesta por la empleadora al pleno ejercicio del derecho constitucional a propagar sus ideas". La solución de la cámara podría ser cuestionada sobre la base de la doctrina de la Corte, desde que la reincorporación de un trabajador al que el empleador inequívocamente desvinculó, el pago de una multa diaria para forzar su ingreso o el abono de salarios indefinidamente con el mismo propósito, "lucen lesivos de las cláusulas constitucionales que en cada caso se indicaran".

El alto tribunal, en casos como "Figuroa c/ Loma Negra", consideró que es irrazonable la estabilidad absoluta que fijan algunos convenios colectivos, en tanto suprime el poder discrecional que es imprescindible reconocer a los empleadores en lo concerniente a la integración de su personal.

El fallo limita las facultades legítimas que tienen los empleadores de efectuar despidos

y que viola el artículo 14 de la Constitución Nacional, pues impide el ejercicio de "industria lícita", que incluye la facultad de contratar y despedir empleados. Casi no hay antecedentes de este tipo en la Justicia Nacional ya que la reincorporación es el castigo judicial más grave que se pueda disponer frente a un despido legítimo. A partir de este caso, el panorama se presenta complicado para las empresas que verían endebladas sus posibilidades de despedir a sus empleados. La Corte Suprema de Justicia ya se pronunció en situaciones similares y dijo que atenta contra la Constitución Nacional la aplicación de una cláusula en un convenio colectivo que exija la reincorporación, tal como lo contemplan los estatutos del sector bancario, de las cementeras y de la Unión de Trabajadores de Entidades Deportivas y Civiles. La legislación dispone para los casos de discriminación laboral el deber de reparar mediante el pago de una indemnización, "pero no de reincorporar al trabajador".⁸³

CONCLUSION

La discriminación, como un mal constante en la sociedad, se ve creciente y constante en todos los ámbitos y estratos sociales. En primer lugar corresponde precisar el concepto de discriminación al que García Martínez definió como el rompimiento voluntario o doloso del principio de igualdad.⁸⁴ Por otro lado, también es pertinente conceptualizar al mobbing. Así, Francisco J. Abajo Olivares señaló que: Cuando se habla de mobbing, de acoso laboral, más genéricamente, de violencia laboral, los expertos coinciden en señalar el ámbito de la Administración Pública como uno de los más proclives a generar ambientes en los cuales, por uno u otro motivo, las diferentes violencias laborales -y los violentos- encuentran un terreno especialmente abonado.⁸⁵ Por su parte la jurisprudencia también entendió que "El "mobbing" ha sido definido como situaciones de hostigamiento a un trabajador frente al que se desarrollan

MARÍA NOÉ TORRES: "La discriminación laboral y la mujer"

⁸³ Información obtenida de www.infobae.com

⁸⁴ GARCIA MARTINEZ; "La igualdad de trato y la discriminación en el derecho del trabajo", DT 1997 A-891

⁸⁵ FRANCISCO JAVIER ABAJO OLIVARES; "Mobbing: Acoso psicológico en el ámbito laboral", 2da Ampl. Buenos Aires, Argentina Lexis Nexis- 2006)

actitudes de violencia psicológica de forma prolongada y que conducen a su extrañamiento social en el marco laboral, le causan alteraciones psicosomáticas de ansiedad, y en ocasiones consiguen que el trabajador abandone el empleo al no poder soportar el stress al que se encuentra sometido (Juzg. De lo Social N^o 33, Madrid, 18-6-01; Juzg. De lo social N^o 1, Santander, 17-1-03)

Ahora bien, a su vez, diferentes normas de orden legal y supralegal vedan la comisión de conductas que importen la discriminación. De las consideraciones transcriptas se puede concluir en forma clara que la discriminación importa un trato desigual en igualdad de condiciones. En consecuencia, el empleador tiene el deber de tratar con equidad e igualdad a sus dependientes, salvo que existan razones objetivas que justifiquen cierta diferenciación, como podría ser la mayor jerarquía funcional, mayor productividad o capacidad de trabajo. Lo contrario viola el deber fundamental del empleador a no discriminar, lo que se encuentra vedado por el art.17 y 81 de la LCT, art. 43 CN y las Declaraciones y Convenciones internacionales a las que el art. 75 , inc. 22 de la CN otorga jerarquía constitucional. Todas ellas llevan implícita la necesidad de adoptar mecanismos tendientes a que cesen los efectos del acto discriminatorio y a sancionar el daño que éste provoca. Falta mucho por avanzar en cuanto a discriminación, pero la legislación tiende a mejorar en lo que se refiere a protección de los derechos de los trabajadores. Falta todavía eliminar los prejuicios más importantes en nuestra sociedad, de esta manera podremos vivir en un ambiente más grato, donde las personas sean valoradas a nivel laboral por sus habilidades y a nivel ciudadano por sus valores. Este será el paso más difícil y el fundamental para que el cambio sea total y permanente.

Cita de este artículo:

TORRES, M. N. (2011) "La discriminación laboral y la mujer".
Revista IN IURE [en línea] 1 de Mayo de 2011, Año 1, Vol. 1.
pp. 122-143. Recuperado (Fecha de acceso), de
<http://iniure.unlar.edu.ar>

**"EL NOTARIO COMO GARANTE DE LOS
DERECHOS DE LAS PERSONAS:
REFLEXIONES SOBRE LOS BENEFICIOS
DE LA FUNCIÓN NOTARIAL EN EL
ÁMBITO DE LAS PERSONAS COMO ENTES
SUJETOS DE DERECHOS Y
OBLIGACIONES."**

Esc. Juana Soledad Flores

Profesora de Ética y Práctica Notarial,
Práctica Notarial II, Filosofía y Política Educacional
y Legislación de la Educación de La Universidad
Nacional de La Rioja.

Palabras Clave:

Seguridad jurídica-
imparcialidad- asesoramiento

Key Words:

Security legal-impartiality-
advising.

RESUMEN:

El presente trabajo busca presentar a la función del notario latino como un componente indispensable para garantizar los derechos de las personas y la seguridad jurídica del Estado.

ABSTRACT:

The present work looks for to present/display to the function of the Latin notary like an indispensable component to guarantee the rights of the people and the legal security of the State.

INTRODUCCIÓN

En un mundo signado por la crisis y la incertidumbre, la función notarial, en el marco del sistema del tipo latino, ha crecido en importancia debido a su indudable aporte a la paz social y por su trascendental contribución en la dimensión económica y social. Se constituye así, en un pilar esencial para la *seguridad del tráfico jurídico* y en una garantía fundamental para *asegurar los derechos de las personas*.

Desde siempre ha existido una estrecha relación entre la actuación notarial y los derechos de las personas.

Tanto es así que la Comisión de Derechos Humanos de la Unión Internacional del Notariado Latino señala entre sus obligaciones.

- Fomentar el desarrollo y la promoción de la imagen del notario-garante de los derechos de la persona humana
- Reconocer que los notarios tienen por misión la prevención de conflictos y la defensa del equilibrio contractual y hacer respetar los derechos de la persona humana.

Todo ello para contribuir a la paz social y al respeto por la persona humana.

Reafirma la Comisión el apego de los notarios a los derechos de las personas, de los que se constituye en defensor natural, y ello mediante la prevención de los conflictos y en su diaria actividad; en tanto en la misma se encuentran comprometidos numerosos derechos reconocidos en las Convenciones Internacionales, tales como el respeto a la dignidad humana desde el nacimiento hasta la muerte, la libertad contractual, el matrimonio, la familia, el derecho a la propiedad, a la herencia, la participación en el desarrollo social y económico.

Por éste motivo, el notariado se constituye *en un componente indispensable para el funcionamiento de cada Estado*, pues donde existe un notariado del tipo latino los costos de administración de justicia son inferiores a aquellos donde no existe, lo cual garantiza un mejor ejercicio de los derechos.⁸⁶

JUANA SOLEDAD FLORES: “El notario como garante de

⁸⁶ CRESPO, Agueda, “El notario y los derechos humanos”, Especial para Revista “El Notariado”

SEGURIDAD JURÍDICA

Es así que, en la era de la globalización donde el mundo ha crecido, los negocios son cada vez más complejos y no basta la palabra del ciudadano común para asegurar el cumplimiento de un contrato, *se hace necesario un documento que, a través de la intervención del escribano genere seguridad y certeza.*

En este sentido, la sociedad de hoy requiere del **notario** que no sea sólo un fedatario público sino también un profesional cuya intervención brinde **seguridad jurídica, valor y permanencia a las convenciones particulares**, de modo que balancee el derecho de los contratantes, en especial cuando una de las partes tiene mayor fuerza que la otra, convirtiéndose en garante de los derechos en juego.

El desarrollo de la globalización ha dado paso a una nueva configuración cultural, con consecuencias positivas y negativas; y en base a ello, se ha sostenido que “el notario es la seguridad en una época en que todos los valores fundamentales están desquiciados”⁸⁷

En efecto, el notario del tipo latino tiene como fin último el logro de la seguridad jurídica, relacionada con la certeza del derecho y el amparo que ello proporciona a las personas. La seguridad jurídica, en un sentido objetivo, supone la existencia de leyes claras y suficientes, y en un sentido subjetivo, consiste en la posibilidad de los ciudadanos de conocer la ley y en la libertad de actuar con arreglo a aquella.

Señala Highton que la seguridad jurídica comprende tres fases básicas⁸⁸

1. Seguridad por medio del derecho: significa que el ordenamiento garantiza que los terceros no avasallarán derechos ajenos y que el Estado sancionará a quien lo haga, el opuesto contradictorio de esto es la impunidad, es decir la falta de sanción para quien transgredió las normas del sistema;
2. Seguridad como certidumbre de derecho: supone la existencia de normas jurídicas ciertas de las que resultan los derechos de los que es titular la persona y su consiguiente convicción fundada acerca de que estos derechos serán respetados.

JUANA SOLEDAD FLORES: “El notario como garante de

⁸⁷ HIGHTON, Elena. (2008). *La función notarial en la comunidad globalizada*. Editorial Rubinzal-Culzoni, pag. 87.

⁸⁸ HIGHTON, E. Op. Cit. 2

3. Seguridad como estabilidad del derecho: comprende la estrecha vinculación entre el derecho y la economía, como dos disciplinas sociales que se correlacionan y que deben mantenerse sin avasallar una a la otra”.

Wolfgang⁸⁹, señaló a la función notarial como garante de la seguridad jurídica en la economía de mercado y en especial como protectora de los derechos del consumidor, no como freno de la economía sino como impulsora de la misma.

La función del notario será entonces, en tanto depositario de la fe pública, la de garantizar la **seguridad jurídica** en la economía de mercado.

De este modo, cumple un rol fundamental en los estados de derecho: velar por la veracidad, la transparencia y la legalidad de los contratos y de los actos jurídicos. Y esta transparencia y esta legalidad de los actos jurídicos es imprescindible para asentar la seguridad en el marco del imperio de la ley.

En el actual modelo de economía de mercado, donde el concepto clásico de contrato ha sufrido modificaciones, la seguridad jurídica preventiva que brinda la función notarial, con su sentido de anticipación y de preservación, la dota de un renovado valor, pues el notario como profesional que interviene en todas las etapas del negocio, equilibra las fuerzas de la convención y asegura la consolidación de los derechos.

La seguridad jurídica requiere que el ejercicio de la fe pública vaya acompañado del ejercicio de las otras funciones, como el asesoramiento legal, la información y la imparcialidad.

ASESORAMIENTO

En la era posmoderna se advierte la situación de inferioridad en que se encuentra el consumidor frente al empresario, proveedor o profesional, quedándole como única alternativa adherirse o no, contratar o no, aceptar o no.

JUANA SOLEDAD FLORES: “El notario como garante de los derechos de las personas”

⁸⁹ WOLFGANG, O., (1998), Congreso Internacional del Notariado Latino, Buenos Aires

Se hace necesario entonces para preservar la justicia y la equidad del contrato, proteger la libertad del contratación y en este aspecto la función notarial tiene como finalidad garantizar la efectividad del derecho de asesoramiento y adecuada información y conseguir que el consumidor preste un consentimiento informado al momento de la celebración y ejecución del contrato.

La función notarial está a cargo de un tercero calificado que interviene como expresión de una necesidad social para equilibrar las fuerzas de las partes y poner equidad entre las contraprestaciones.

Los ciudadanos recurren al notario buscando asesoramiento para una mayor protección de sus derechos.

Por lo tanto, la actuación notarial produce un valor extra que está dado por la actividad previa, asesora, de consejo, preventiva de posibles litigios, que procura la seguridad jurídica en beneficio de las personas y protege sus intereses legítimos.

Como se advierte, el notario cumple también un importante rol social, cuando quienes no se encuentran habitualmente preparados para desenvolverse en el ámbito legal y económico, recurren a él con el propósito de recibir la información y el asesoramiento que necesitan para realizar una operación, sin poner en riesgo sus derechos.

Por ello el escribano **es una garantía, una persona de confianza** para el ciudadano común.

El incremento de la contratación celebrada en masa, que muchas veces incluye cláusulas abusivas, exige profundizar en los mecanismos para que la función notarial pueda garantizar el equilibrio en los derechos de las partes contratantes.

El sistema de seguridad jurídica preventiva que brinda la función notarial a las personas como sujetos de derechos, es eficaz si se sustenta en el asesoramiento prestado con absoluto respeto a las normas reglamentarias y en una completa información adecuada a las necesidades de cada requirente.

Se ha dicho entonces, que el notario tiene como función la de actuar como **mediador y consejero, lo cual comprende** el deber de ilustrar a las partes sobre el

JUANA SOLEDAD FLORES: "El notario como garante de los derechos de las personas"

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Mayo de 2011- A1.V1.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

contenido de los documentos a otorgar y asegurar la comprensión de sus alcances y consecuencias.⁹⁰

En nuestra sociedad se va afianzando la costumbre, por parte de los requirentes, de consultar para asesorarse, depositando su confianza en el notario, a quien ven como un mediador imparcial y objetivo.

Como profesional del derecho, el notario tiene la *misión de asesorar* a quienes requieren de su servicio y aconsejarles los medios más adecuados para el logro de los fines que se proponen alcanzar con el acto o negocio jurídico a realizar.

Suele ocurrir que las partes llegan a la consulta con una idea errónea, por ignorancia de hecho o de derecho, de la situación preexistente y solo la labor asesora del notario puede guiarlos hacia la consecución de los efectos que buscan.

El notario cumple con su deber *de asesorar* a las partes que lo requieren mediante:

- La "información" a los otorgantes de la trascendencia, alcance y consecuencias o efectos de los actos o contratos que pretenden documentar; si advirtiera un desequilibrio entre las partes, la información estará destinada a conseguir una posición equilibrada al momento de la prestación del consentimiento, y
- El "consejo" a quienes reclaman su ministerio, de los medios más adecuados para el logro de sus fines. Esto va más allá del mero asesoramiento, sino que supone comprometerse con la decisión de las partes. Se cree y se confía en que el notario va a recomendar lo más conveniente para las personas.

Cumpliendo con la función de asesorar, el notario colabora con la seguridad jurídica preventiva, asegurando los derechos de las personas intervinientes en las operaciones que instrumenta.

JUANA SOLEDAD FLORES: "El notario como garante de los derechos de las personas"

⁹⁰ CABULLI, Ezequiel, "La nueva función en el mundo globalizado", Revista DIPr Argentina

IMPARCIALIDAD

Pero el efectivo cumplimiento de la función notarial como garante de los derechos de las personas, requiere además del asesoramiento, que el notario sea **imparcial**.

La imparcialidad es el principio rector de la actividad notarial y constituye un rasgo constitutivo de identidad de la misma, por la cual nace en las personas la certeza de que los actos que produzca el notario serán una verdad legal.

El notario es un tercero imparcial frente a las partes, ya que no está involucrado ni interviene en los actos jurídicos de los que debe dar fe. Implica no comprometerse con los intereses en juego.

La imparcialidad supone la obligación del notario de procurar que, con su asesoramiento técnico, se alcance el nivel de igualdad que debe existir entre los otorgantes de un instrumento público.

Pero la imparcialidad no es obstáculo para que el notario proporcione la información, asesoramiento o consejo de modo distinto, de acuerdo a lo que cada compareciente necesite, ni puede impedir que le preste asistencia a la parte contratante más débil, procurando con ello restablecer el equilibrio contractual.

EL NOTARIO ANTE LOS NUEVOS DERECHOS

Se advierte claramente que la actividad notarial es amplia y compleja y cubre campos muy variados, asesora, aconseja, asiste a la formación de voluntad de las partes; su función es de vital importancia para la sociedad, pues tiene a su cargo que las relaciones entre los particulares se realicen dentro de un marco de legalidad y de legitimación.

Como consecuencia de los procesos de globalización económica y de la revolución tecnológica de las comunicaciones, la sociedad en constante desarrollo demanda al derecho nuevas soluciones compatibles con el ordenamiento jurídico

JUANA SOLEDAD FLORES: "El notario como garante de los derechos de las personas"

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Mayo de 2011- A1.V1.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

tradicional, es así como el escribano público y su función debe mutar y adaptarse a los cambios que impone una sociedad en constante movimiento.

En derecho, los sistemas se agotan, consecuentemente, nuevas formas y modelos irrumpen constantemente en la organización de nuestras vidas y las conductas regidas por el conjunto de normas jurídicas mutan, se transforman, readaptándose a las nuevas exigencias emanadas de la sociedad y es en éste contexto que deberá actuar el notario, conforme a las bases de confianza que generó durante siglos su investidura.

Hoy, nuevos derechos han irrumpido en el mundo, así los Derechos Personalísimos, el Derecho del Consumidor, el Derecho a la privacidad, el Medio Ambiente, el Derecho Informático y los Delitos Cibernéticos y en todos ellos el papel del notario garantiza la seguridad y el cumplimiento de los derechos y de las obligaciones de las personas.⁹¹

La función notarial, en relación con la **protección del consumidor**, tiene como finalidad garantizar la efectividad del derecho de asesoramiento y adecuada información y procurar que el consumidor preste un consentimiento informado en el momento de la celebración y ejecución del contrato. Y es la posición institucional del notario la que garantiza que el consumidor tenga una protección adecuada de sus derechos.

Frente a las condiciones generales de contratación y las cláusulas abusivas, la función notarial tendiente a asegurar los derechos del consumidor, consistirá en "indagar" si hay un verdadero acuerdo de voluntades, imprescindible para la existencia misma del contrato; "informar" a una de las partes respecto de las cláusulas propuestas por la otra y "denegar" su actuación cuando esas cláusulas sean patentemente ilegales.

JUANA SOLEDAD FLORES: "El notario como garante de los derechos de las personas"

⁹¹ HIGHTON, E., op cit

PRIVACIDAD Y RESERVA

El surgimiento en la sociedad de la información globalizada determinó la existencia de dos derechos en pugna, el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la privacidad, sea genéricamente el **derecho a la información** y sobre la información.

En virtud de este panorama internacional, la **protección de datos personales** y la obligación de guardar secreto profesional, es otro de los nuevos fenómenos que debe enfrentar el notariado.

El notario maneja datos que están necesariamente relacionados con su labor diaria, relacionados con la instrumentación de los distintos actos jurídicos que se plasman en su protocolo, los cuales quedan inmovilizados y son también usados para las consultas sobre todo en los estudios de títulos, además conoce no solo el patrimonio de sus clientes sino las operaciones que este realiza habitualmente, lo que hace que la base de datos que obra en su computadora importa un derecho personalísimo nuevo tutelado por la Constitución Nacional.

La función notarial es la más indicada para velar por el **derecho a la intimidad**, a través del deber de guardar el "secreto profesional" y mantener la seguridad en sus archivos.

BENEFICIOS DE LA FUNCION NOTARIAL

En razón de los diferentes aspectos de la labor que desarrolla el notario a que nos venimos refiriendo, es que los beneficios de su función justifican y hacen necesaria la existencia del sistema notarial.

Se considera que la intervención del notario garantiza el respeto a los derechos de las personas, al generar más beneficios que costes y al brindar seguridad jurídica.⁹²

JUANA SOLEDAD FLORES: "El notario como garante de los derechos de las personas"

⁹² ORTIZ, Lucila, "El deber de asesoramiento del notario y los derechos del consumidor"

Como se advierte, el notario cumple hoy un rol fundamental entre el avance del mercantilismo sobre los derechos de las personas y la equidad en las relaciones jurídicas.

Vemos que los temas de éste tiempo *obligan a un cambio de mentalidad*, pues ya no existen fronteras claras entre el Derecho Público y el Derecho Privado y la comunidad en general se ha convertido en titular de derechos fundamentales. Hoy más que nunca debemos tener presente la universalidad e indivisibilidad de los derechos humanos, que precisamente tienen como sujeto a todo ser humano.

Desde diferentes ámbitos y especialmente desde el terreno económico, se ataca la existencia misma del notariado. Sin embargo, las personas, como sujetos de derechos y obligaciones, confían en la protección que brinda a su dignidad y valores.

Se cuestiona la presunta lentitud y burocracia que la intervención notarial ocasiona en el tráfico negocial, lo cual no es cierto, desconociendo los beneficios que acarrea con respecto a la seguridad jurídica y a la protección de los derechos de las personas.

Quienes aseguran que la función notarial solo entorpece la rápida concreción de los negocios y encarece sus costos, se olvidan que el notario es un transportador de verdad, pero sobre todo, es un soporte de tradición entre las generaciones pasadas y las futuras, es el elemento humano que amalgama y une a la sociedad en un marco de paz y seguridad jurídica.

Las personas que acuden al notario cuentan con un andamiaje de asesoramiento jurídico integral, acompañado de la fe pública, lo que contribuye a la fluidez y seguridad de las transacciones en particulares.

Como vimos, la seguridad jurídica que proporciona el notario supone la reducción del coste de transacción o reducción de la incertidumbre. Su intervención produce un "valor añadido" que consiste no sólo en la eficacia del documento que autoriza, sino también en la actividad previa de asesoramiento, asistencial, consejera, es decir, la función facilitadora.⁹³

JUANA SOLEDAD FLORES: "El notario como garante de los derechos de las personas"

⁹³ HIGHTON, E., op cit

El notario se ha convertido no solo en un redactor del documento sino en un consejero legal de las partes, cuyo principal objetivo es velar por los intereses públicos y de los particulares.

La función notarial importa claros beneficios para los ciudadanos, ya que por un lado reduce los costes de información y asesoramiento a la hora de efectuar transacciones, y por otro, al reducir los riesgos de litigios, proporciona un ahorro de costes a largo plazo, derivado de su efecto preventivo.

En los países donde existe el notariado de tipo latino es unánime la idea de que la fe pública constituye una garantía para los particulares, a quienes la función notarial beneficia y protege.

En los tiempos que corren, al notario le es confiada la competencia de ser custodios ya no solo de la vida patrimonial de cada uno de los ciudadanos y de ser fedatarios públicos, sino de ser custodios de los nuevos derechos que han irrumpido en el mundo jurídico y que no solo tienen como titular al sujeto en forma individual, sino también a la sociedad en su conjunto.

El notario se ha afianzado en la profesión y se ha convertido en el "garante" que tutela y resguarda los intereses y los derechos de las personas.

Conclusiones

De acuerdo con lo expresado podemos concluir que:

- El notario desempeña un papel sobresaliente en nuestro modelo jurídico y social, caracterizado por brindar seguridad jurídica. La naturaleza preventiva de la función notarial es una valiosa contribución a la satisfacción de la justicia y la paz social.
- La función notarial protege la confianza de los ciudadanos que ajustan su conducta jurídica y económica a la ley vigente, reportando innegables beneficios para aquellos y para la defensa de sus derechos.

JUANA SOLEDAD FLORES: "El notario como garante de los derechos de las personas"

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Mayo de 2011- A1.V1.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

- La función notarial comprende el asesoramiento a las partes para guiarlas por los cauces jurídicos más adecuados, poniendo a su servicio la experiencia que ha adquirido en su ejercicio profesional, respondiendo con ello a la confianza que los ciudadanos depositan en el notario como garante de sus derechos.
- La función notarial reduce la litigiosidad debido al asesoramiento previo que reciben las partes, garantizando con ello el equilibrio contractual y previniendo los conflictos.
- La seguridad jurídica preventiva que ofrece la función notarial tiene como misión actuar en protección y beneficio de los titulares de los derechos subjetivos, que significa proteger su disfrute y estabilidad en el tiempo.
- Frente a condiciones generales de contratación y cláusulas que resulten abusivas, el notario deberá extremar las condiciones de asesoramiento e información, en defensa de los derechos de la parte más débil de la operación en la que interviene.
- Mediante el ejercicio de la función notarial, el notario se ha consolidado como una institución salvaguarda del equilibrio necesario entre la garantía de la seguridad jurídica y el respeto a los derechos subjetivos y los intereses individuales que a ellos subyacen.

Finalizamos señalando que las personas encuentran en el notario al profesional idóneo para depositar su confianza y en su manera de actuar, la certeza y la seguridad que requieren para el ejercicio de sus derechos. Sin dudas la función notarial garantiza, dentro de su competencia, una protección adecuada de los derechos de todas las personas.

Ponencia

El objetivo del presente trabajo es brindar algunas de las muchas razones del porque en éste mundo globalizado, marcado por la economía de mercado, la crisis y la incertidumbre, la relación entre los derechos de las personas y el notario sigue

JUANA SOLEDAD FLORES: "El notario como garante de los derechos de las personas"

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Mayo de 2011- A1.V1.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

plenamente vigente, justificando la existencia de la función notarial ante una aparente falta de necesidad dentro de los países que toman el sistema de notariado latino.

La figura del notario se ha convertido en un pilar esencial para asegurar los derechos de las personas, convirtiéndose en su defensor natural. La sociedad actual le requiere que sea el profesional que garantice el equilibrio en las relaciones jurídicas, brindando seguridad jurídica, valor y permanencia a las mismas.

Se advierte que el ciudadano común acude al notario en busca de seguridad y ésta se ha convertido en el fin último de la función notarial.

En éste trabajo abordamos como beneficio de la función notarial a la "seguridad jurídica" y específicamente a la seguridad jurídica preventiva, relacionada con la certeza del derecho y el amparo que ello proporciona a las personas.

Consideramos como tarea fundamental para el logro de la seguridad jurídica la labor asesora del notario, la que implica la "información" a los otorgantes de las implicancias de los actos que pretenden documentar y el "consejo" de los medios más adecuados para el logro de sus fines.

Pero entendemos que el efectivo cumplimiento de la función notarial como garante de los derechos de las personas, requiere además, que el notario sea "imparcial". La imparcialidad supone la obligación del notario de procurar alcanzar el nivel de igualdad que debe existir entre los otorgantes; protegiendo así no solo a los intervinientes en el acto sino también a los terceros.

Se advierte entonces que la función notarial es amplia y en razón de los diferentes aspectos de la labor que desarrolla el notario, es que los beneficios justifican y hacen necesaria su existencia.

En los países donde existe el notariado de tipo latino, la figura del notario se ha afianzado y se ha convertido en el garante de los derechos de las personas, como garantía de seguridad jurídica y de respeto a los derechos subjetivos.

Para finalizar, señalamos que los notarios debemos estar convencidos de que nuestra función es una necesidad y que es la seguridad jurídica que brindamos, la que hace que sigamos vigentes en éste mundo globalizado. Y somos nosotros los que tenemos que transmitir cual es nuestra función en la sociedad, verdadera receptora de nuestra labor.

JUANA SOLEDAD FLORES: "El notario como garante de los derechos de las personas"

In Iure Revista Científica de Ciencias Jurídicas y Notariales
ISSN 1853-5690 - Mayo de 2011- A1.V1.-
Av. Luis M. de la Fuente s/n. La Rioja. Arg. /
<http://iniure.unlar.edu.ar>

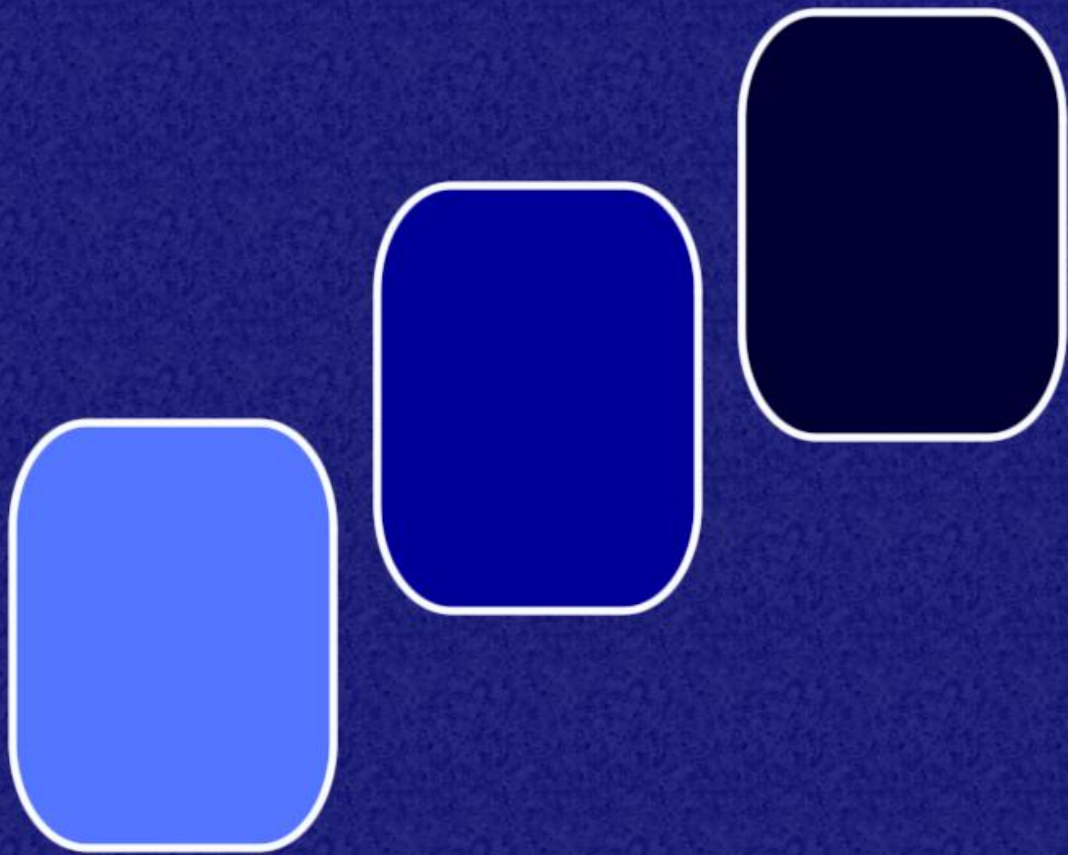
Bibliografía

- CABULLI, Ezequiel, "La nueva función en el mundo globalizado, en Revista DIPr Argentina.
- COSOLI, Sebastián, "Los deberes éticos notariales", Editorial Ad Hoc.
- CRESPO, Agueda, "El notario y los derechos humanos", en Especial para Revista del Notario.
- DODDA, Zulma, "La seguridad jurídica y el notario", Conferencia Pronunciada en la Reunión Plenaria de la Comisión de Asuntos Americanos.
- GARCÍA COLLANTES, José, "Valor económico de la seguridad jurídica".
- HIGHTON, Elena, "La función notarial en la comunidad jurídica globalizada", Editorial Rubinzal-Culzoni.
- ORTIZ, Lucila, "El deber de asesoramiento del notario y los derechos del consumidor. Análisis de la legislación española y argentina.

Cita de este artículo:

FLORES, J. S. (2011) "El notario como garante de los derechos de las personas". *Revista IN IURE [en línea] 1 de Mayo de 2011, Año 1, Vol. 1.* pp.144-157. Recuperado (Fecha de acceso), de <http://iniure.unlar.edu.ar>

Universidad Nacional de La Rioja



In lure

ISSN 1853-6239