

REVISTA DE
**INTERÉS
PÚBLICO**

Directora:
DRA. M. CARLOTA UCÍN

Año 7/ N° 8
ISSN 2545-8604

EXTENSIÓN



Facultad de Ciencias
**JURÍDICAS
Y SOCIALES**
Universidad Nacional de La Plata

Editor:

Adolfo Brook

Directora:

María Carlota Ucín

Consejo Asesor:

ATIENZA, Manuel, Universidad de Alicante, España

BERGALLO, Paola, CONICET, Universidad Torcuato di Tella, Argentina

BERIZONCE, Roberto, Prof. Emérito, Universidad Nacional de La Plata, Argentina

BRINKS, Daniel, University of Texas at Austin, USA

GARGARELLA, Roberto, CONICET, Universidad Torcuato di Tella, Argentina

GROSMAN, Lucas, Universidad de San Andrés, Argentina

MAURINO, Gustavo, Universidad de Palermo, Argentina

PAUTASSI, Laura, CONICET, Universidad de Buenos Aires, Argentina

PUGA, Mariela, Universidad Nacional de Córdoba y Entre Ríos, Argentina

SABA, Roberto, Universidad de Palermo, Argentina

SANTIAGO, Alfonso, Universidad Austral, Argentina

SOZZO, Gonzalo, Universidad Nacional del Litoral, Argentina

TARUFFO, Michele, Universidad de Girona, España †

Secretaría de Redacción:

CORIA HOFFMANN, Irina Candela

REDONDO, Vanina Itatí

Asistentes Secretaría de Redacción:

GARRITANO, Cecilia Soledad

VINACCIA, Carolina

Diseño gráfico:

PONTI, Marcelo J.

Año 7 N° 8

ERRATA. El apellido de la co-autora del artículo “Coordenadas ambientales para la protección jurídica del ambiente urbano. El caso del Eje NNO del Partido de La Plata” es Cosentino y no Constantino como erróneamente se consignó en la presentación del N° 7 año 6 de la ReDIP.

ÍNDICE REDIP Nº 8

| | |
|---------------------|----------|
| PRESENTACIÓN | 3 |
|---------------------|----------|

EXPERIENCIAS DE LITIGIO DE INTERÉS PÚBLICO

-Discapacidad y educación. Apuntes sobre educación inclusiva: Lo que nos hace ver la experiencia clínica jurídica

| | |
|----------------------------|----------|
| <i>José María Martocci</i> | 7 |
|----------------------------|----------|

ARTÍCULOS

-Ley Micaela. Perspectiva de género en el diseño, ejecución, monitoreo y evaluación de políticas públicas.

| | |
|--|-----------|
| <i>María José Rueda y Alexis M. Palacios</i> | 31 |
|--|-----------|

-Las reglas de exclusión de la prueba como límite a la verdad. Análisis desde un caso práctico

| | |
|---------------------------------|-----------|
| <i>Serrana Delgado Manteiga</i> | 48 |
|---------------------------------|-----------|

APÉNDICE MULTIMEDIA

-Entre la integridad territorial y la libre determinación de los pueblos

| | |
|-----------------------------|-----------|
| <i>María Belén Paoletta</i> | 67 |
|-----------------------------|-----------|

PRESENTACIÓN

Solemos identificar el final de un año con el cierre de un ciclo de trabajo. Esto es bastante claro en aquellos países cuyo ciclo lectivo se acompaña con el calendario y con las estaciones. Es el caso de Argentina, y muchos países de Sudamérica, el cierre de año y las vacaciones se acompañan con el final de un calendario y el inicio del siguiente. No voy a negar que esto me parece de un orden impecable. Comenzar el año en enero – que además es verano – y muchas veces con algunos días de receso, parece una decisión perfecta que nunca hubiese discutido hasta no encontrarme en otras latitudes como ahora. Pero la Revista de Interés Público sigue los ciclos de origen y es por eso que como cada año, al final del mismo, nos encontramos con la ocasión propicia para compartir con la comunidad el trabajo realizado durante el año, junto con los aportes de nuestras autoras y autores.

Cada número, de manera silenciosa pero constante, se orienta hacia la iluminación de un espacio de la práctica jurídica que va creciendo, a la par que consolida sus facetas fundamentales. Una de dichas características se ubica en el carácter participativo y colectivo de la práctica del litigio de interés público. Y es por ello que la esencia de la Revista de Interés Público se podría resumir en una invitación al diálogo y a la escucha a través de la lectura que inicia conversaciones con cada una de las propuestas que integran el presente número.

En esta oportunidad en la primera sección de la revista, dedicada a las *Experiencias de Litigio de Interés Público*, se ubica la colaboración de José María Martocci titulada: *Discapacidad y educación. Apuntes sobre educación inclusiva. Lo que nos hace ver la experiencia clínica jurídica*. Desde una óptica sensible y con firme convicción, el autor nos propone repensar los derechos reconocidos a las personas con algún tipo de discapacidad. En particular, el autor subraya la importancia de superar las barreras para la efectiva integración e igualdad de este colectivo de personas. La mirada del autor, se encuentra enriquecida por la experiencia que como Director de la Clínica Jurídica en Derechos Humanos y Discapacidad ha podido obtener de manera directa, la que comparte en una pluma sencilla que se dirige de manera directa al corazón de quien lo lee.

En la segunda sección dedicada a los *Artículos*, se encuentra la contribución de María José Rueda y Alexis M. Palacios. En su artículo titulado: *Ley Micaela. Perspectiva de género en el diseño, ejecución, monitoreo y evaluación de políticas públicas*, los autores analizan la ley que estableció la capacitación obligatoria en materia de género en todos los poderes del Estado, a la luz del enfoque de derechos humanos. Los autores revisan los elementos que integran el ciclo de dicha política pública como una forma de dar cumplimiento a una de las obligaciones asumidas por el Estado en la defensa y protección de los derechos humanos, en especial, procurando la erradicación de toda forma de discriminación y violencia de género. En la misma sección, puede leerse el

artículo de Serrana Delgado Manteiga titulado: *Las reglas de exclusión de la prueba como límite a la verdad. Análisis desde un caso práctico*. En su trabajo, la autora revisita problemas fundamentales como el de la verdad en el marco del proceso judicial, las reglas de exclusión y su vinculación posible con el litigio de interés público, a partir del análisis de un caso de la jurisprudencia uruguaya.

En la sección tercera, correspondiente al *Apéndice Multimedia*, ubicamos una subsección que hemos denominado: *Materiales para el Litigio de Interés Público*. En dicho espacio, contamos con la contribución de María Belén Paoletta, cuyo trabajo se titula: *Entre la integridad territorial y la libre determinación de los pueblos*. En el mismo, la autora revisa los alcances – y la eventual compatibilidad – de los principios de libre determinación de los pueblos y de integridad territorial, ambos aplicados a la difícil cuestión de la determinación de la soberanía sobre las Islas Malvinas. La investigación desarrollada por la autora se propone como una mirada constructiva para el tratamiento de esta cuestión y es por ese motivo que se añade a la subsección de los materiales para el litigio de interés público, esperando pueda contribuir a la elaboración de acciones orientadas por el diálogo también en esa esfera tan sensible para la historia de nuestro país.

Junto al equipo de la Secretaría de Redacción hemos dado el primer paso, brindamos junto a nuestras autoras y autores un contenido que espera ser leído y pensado. Un estímulo que invita a recorrer nuevas esferas de comunicación por las diversas vías que las hayan de canalizar. Continuamos además como hasta ahora, con nuestros canales de comunicación en redes sociales, a través de las cuentas de Facebook e Instagram, las que nos permiten mantener una proximidad en el diálogo a lo largo del año.

Antes de cerrar estas líneas, como cada año, quiero agradecer en nombre del equipo que conforma la ReDIP, a la Secretaría de Extensión Universitaria de la FCJS, en la persona de su Secretario Adolfo Brook, por darnos el espacio para desarrollar esta idea. Apreciamos especialmente la labor concreta de todo el equipo de la Secretaría y en particular de Marcelo Ponti, a cargo de la edición gráfica de la revista. Personalmente, quiero agradecer el trabajo comprometido y profesional de Irina Coria Hoffmann y Vanina I. Redondo, miembros de la Secretaría de Redacción y pilares fundamentales de la ReDIP. También agradecer a Cecilia Soledad Garritano y Carolina Vinaccia, quienes se han sumado a este equipo en la segunda mitad de este año. Por último, y no menos importante, agradecemos a cada autor/a que nos ha confiado su trabajo para ser parte de la ReDIP y a los evaluadores, quienes con su labor silenciosa nos ayudan a lograr la mejor calidad académica.

María Carlota **Ucín**

Directora

Experiencias de litigio de Interés Público

Discapacidad y educación.

Apuntes sobre educación inclusiva:

Lo que nos hace ver la experiencia clínica jurídica

Disability and education. Notes about inclusive education:

What legal clinical experience makes us see

José María **Martocci** ¹

“¿Quién forma parte y quién no forma parte? Esta es la pregunta fundamental a la que toda comunidad política debe responder”

Michael **Walzer** ²

“... amigo piedra necesito que / me ayudes con mi auto otra vez / para viajar a ese lugar nuevo”

Amigo piedra – **El mató a un policía motorizado** ³

Resumen: A partir de la experiencia clínica intentamos registrar la relación problemática entre discapacidad y educación inclusiva a la luz de la vigencia constitucional de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de su art. 24 y de la actividad desplegada por el Comité de la Convención en desarrollar el contenido del derecho, su carácter vinculante y los alcances de los deberes del Estado, de acuerdo con la variedad de consultas e intervenciones que hemos recibido a lo largo de los años, intentando iluminar el espacio que se abre para una vida digna e independiente

Palabras clave: Discapacidad; Educación Inclusiva; Deberes del Estado

Abstract: Based on the clinical experience, we attempt to document the problematic relationship between disability and inclusive education in light of the International Convention on the Rights of

¹ Director de la Clínica Jurídica en Derechos Humanos y Discapacidad y Director del Seminario en Derechos Humanos FCSJ-UNLP; jmmartocci@estudiomartocci.com.ar

² WALZER Michael: Exclusión, Injusticia y Estado Democrático, en Pluralismo y equidad. La justicia social en las democracias; pp. 31/48, Nueva Visión 1997.

³ Segundo track del álbum UN MILLON DE EUROS, 2006

Persons with Disabilities, its Article 24, and the activities undertaken by the Convention's Committee to develop the content of this right, its binding nature, and the extent of the State's responsibilities. This is in accordance with the various inquiries and interventions we have received over the years, aiming to shed light on the opportunities that arise for a dignified and independent life.

Keywords: Disability; Inclusive education; State's responsibilities

Introducción

1.

La Clínica Jurídica en Discapacidad, abierta en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP en el año 2010, ha recibido desde sus comienzos consultas en torno a la educación inclusiva de personas con discapacidad (PCD), de parte de familias atravesadas angustiosamente por el deseo de que sus niñas, niños y jóvenes puedan acceder sin discriminación a una educación de calidad en establecimientos comunes, tal como lo reclama la Constitución Nacional a los Estados y a todo operador educativo, sea de gestión pública como privada, desde que aprobó y adoptó la *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, aprobada por las Naciones Unidas.

Al tiempo en que estas consultas empezaron a crecer en el espacio de Clínica, el marco normativo en la Argentina comenzaba a transformarse en materia de discapacidad; esto a partir de la incorporación de la citada *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (en adelante la “*Convención*”) como parte integrante del plexo constitucional.

Desde su adopción por Naciones Unidas, donde Argentina participó junto con los Estados, PCD y ONG de todo el mundo, la *Convención* ingresó en nuestro sistema, primero con rango supra legal y luego con jerarquía constitucional. Vale decir, con máxima fuerza normativa.

Esto equivale a decir que la *Convención* y el despliegue de su campo semántico (sus principios, sus reglas hermenéuticas, sus derechos y las observaciones generales de su Comité de seguimiento) se imponen sobre las leyes y normas nacionales, tanto como sobre las prácticas institucionales, políticas públicas y decisiones de la autoridad política, que deben ser compatibles.

2.

La perspectiva que funda la *Convención* en torno a la dignidad eminente de la persona con discapacidad y a su condición de sujeto de derecho, enfatiza que la discapacidad se expresa como una relación social de opresión encarnada en barreras (de todo tipo) que interrumpen el camino hacia los derechos y la vida independiente, poniendo en tela de juicio –en sospecha y presunción de invalidez- a toda norma que desafíe esos valores, que no los facilite, obstruya o haga posibles.

Pese a semejante rango de recepción, la *Convención* en ese tiempo no se conocía y tanto menos el modelo social que la sustenta. Claro que tampoco llegaba a las prácticas escolares concretas y a las políticas públicas sobre educación y discapacidad, como si semejante norma siguiera la suerte de olvido y exclusión del colectivo que protege.

Nos tentamos en decir, con dudas, que pese a que crece el conocimiento de este nuevo modelo mucho no ha cambiado la realidad cotidiana del colectivo con discapacidad y que el sistema educativo sigue siendo expulsivo. Sin embargo suspenderemos semejante afirmación por el tiempo de escritura y la haremos pregunta, a desplegar, pensar y tratar de responder en lo que sigue, a nuestro modo provisorio y tentativo.

Diremos también que el desarrollo que presentamos parte de la *praxis* clínica, es decir, del hacer con lo que sabemos y no sabemos y de lo que se activa en y entre nosotrxs cuando las personas y los colectivos vulnerados intervienen con sus derechos en realidades olvidadas o invisibles.

Iremos tras las huellas de esta experiencia grupal, sensible y abierta a lo nuevo. Y lo que aprendimos haciéndolo.

Si la imaginación precede a la acción, imaginemos, entonces, una escuela inclusiva.

UNO

Modelo social de la discapacidad

1.

Si nos proponemos viajar al núcleo del cambio que operó la *Convención* en la comprensión de la discapacidad, es necesario alertarnos sobre las siguientes reglas, que asaltan nuestra credulidad, nuestro sentido común -nuestro modo superficial y rutinario de interpretar el mundo-,

la forma en que la sociedad mira la discapacidad y al mirarla la clasifica, externaliza y ubica dentro de un mapa de la normalidad y de todo aquello que no lo es, ni será.

Trabajaremos sobre esta frontera que separa lo normal (supuesto) de su afuera.

Entonces, proponemos las siguientes líneas para pensar.

2.

La discapacidad es producida socialmente.

No es una enfermedad, no es falta de salud, no es un mal que aqueja a la persona con discapacidad, no es una subjetividad incompleta, una anomalía, un desperfecto.

La discapacidad es un hecho social (RINESI: 2020:37) por cuanto la construcción de lo “normal” y su contrario tiene una factura social, simbólica, culturalmente producida. Se trata de un imaginario extendido, hegemónico, que se hace materia en su expresión social.

La discapacidad es, en su expresión cotidiana, una relación intersubjetiva, con sentidos asignados, naturalizados, con mérito y desmérito, jerarquías, exclusión y opresión.

La discapacidad sucede entre la persona y las barreras que se interponen en el goce de sus derechos, barreras creadas y sostenidas por un imaginario sobre lo normal. La niña y niño normales para una escuela normal; una escuela estandarizada sobre esta idea, a las que todas las diversidades deben ajustarse.

Lo normal es lo correcto, lo socialmente valioso, lo ya codificado (Pal Pelbart, 2011, p. 103; Guattari, 2021). Aquello fuera de norma es excluido por desconfianza, porque da miedo o porque es improductivo, ocioso, desafiante, costoso.

Las barreras son construcciones sociales a identificar y desarmar, muchas de ellas naturalizadas (es decir, inconcebibles de otra forma).

Las barreras son externas y palpables –son experiencia empírica y sensible- pero se sostienen en nuestro imaginario hegemónico; de manera que venimos significados por criterios de

normalidad, de aquello que se puede y aquello que no, en un mundo ya diseñado, irreductible y supuestamente invariable, territorio ya cartografiado (Pal Pelbart, citado).

Uniéndolo estas premisas vemos que la discapacidad es un hecho social, la materialidad que habitamos (desde la ausencia de rampa para ingresar a una escuela, hasta, como veremos, la concepción normalizadora de sus autoridades que se plasma en distintos niveles y momentos de exclusión de lo diverso).

En tanto tratado de derechos humanos la *Convención* trae exigencias de dignidad, no discriminación e igualdad verdadera; y de su mano la reflexión ineludible y urgente acerca de cómo vivir juntos, con lugar para absolutamente toda persona, sin exclusión y con dignidad.

Toda discapacidad es política.

Es política porque la pregunta por la discapacidad y sus causas remite al reparto y circulación de poder social, al lugar asignado a unos/as y otros/as, a quién tiene o no derechos en la realidad efectiva.

Desde el modelo social la discapacidad no es biológica sino política pues encuentra sus raíces en la distribución del poder: poder de decir, poder de nombrar, poder de dar o quitar, poder de categorizar y jerarquizar, de establecer la línea de lo aceptable, de lo productivo y racional.

Detectar la barrera allí donde es ejercida, donde se manifiesta, donde emerge como hecho social, sin buscar fundamentos o explicaciones. Identificar e impugnar allí donde es materia (Foucault, 2012, p. 41).

Para evitar la interrogación política acudimos al acercamiento piadoso, sensible, humanitario. Así evitamos la responsabilidad de sostener las barreras en las que sin duda participamos.

No se trata de la piedad, que nadie en discapacidad pide, sino de derechos y de cómo su goce es negado a las PCD por barreras sociales.

3.

Desde el modelo social que nutre la *Convención*, es la sociedad la responsable de edificar y sostener arquetipos invalidantes, que “justifican” la postergación de las PCD en la excusa de su diferencia con los patrones de normalidad, y en naturalizar su exclusión al no dar la talla para encontrar un lugar dentro del mapa cultural, productivo, laboral, comunitario, familiar.

En tanto tratado de derechos humanos, la *Convención* obliga al Estado a visibilizar barreras para eliminarlas progresivamente, y a diseñar políticas de inclusión en todos los ámbitos vedados a PCD (laborales, educativos, productivos, culturales, de vida comunitaria e independiente). Y sobra recordar que en materia de derechos humanos es el Estado el principal obligado.

Como hemos dicho, desde el modelo médico normalizador -que el modelo social viene a recusar y remover- el problema está en la PCD; es ella la responsable de no hacer méritos suficientes para entrar y acercarse al *estándar*; de no tener una actitud valiente, heroica, para asumir ese *plus* de trabajo y gasto vital que le puede abrir las puertas de sus derechos.

Ello, a tono con el mito moderno de la autonomía y del individuo meritorio (Hunt, 2010, p. 28; Sibilia, 2013, pp. 27, 100, 153), que compite, que se supera, que enfrenta las contingencias de la vida, los rigores del mercado, las exigencias del rendimiento.

Para el modelo social, en cambio, la discapacidad emerge en la barrera, cuando la persona con alguna deficiencia (o diferencia funcional) se encuentra con ella. Es en la barrera que hace obstáculo, donde la PCD empieza a ser postergada, discriminada, excluida; condenada a una vida sin dignidad e independencia.

Es en la barrera que interrumpe el circuito vital donde la persona ingresa en situación de discapacidad; es allí donde se queda sin derechos, donde se queda sola, a merced.

Hagamos el trabajo de identificar barreras sociales, simbólicas, materiales, urbanas, actitudinales. Son cientos. Iluminan el mapa social y comunitario a modo de frontera entre el adentro y el afuera. Es una cartografía de la exclusión.

Allí es donde nos espera la tarea común de identificación y derrumbe.

4.

Si hablamos de barreras en materia educativa diremos que las escuelas, en sí mismas, por lo general lo son, pues están pensadas desde la normalidad, desde un biotipo de estudiante que tributa al modelo homogéneo, capacitista y productivo, dentro del marco de un desarrollo previsible y gradual.

La experiencia clínica nos dice que en el mejor de los casos nuestras escuelas comunes integran, esto es, dejan entrar y nada más. Luego, la escuela sigue siendo la misma, no cambia frente a la singularidad nueva que se presenta con luz propia, no se conmueve, no se siente responsable

de hacerlo, no se interroga sobre los cambios que debe producir para ser un espacio inclusivo, que aloje, que no expulse.

Bajo el halo edificante que la rodea no se advierte que la escuela constituye, lo admita o no, una barrera al derecho a la educación de niños y niñas con discapacidad, un dispositivo de poder normalizador, una tecnología de producción de cuerpos y almas (Sibilia, 2013, p. 100) que, por supuesto, debe cambiar.

DOS

Discapacidad y educación: modelos

1.

El art. 24 de la *Convención* introduce el derecho a la educación inclusiva de PCD.

Con esto decreta el fin de la educación especial y dispone que todo niño o niña con discapacidad desarrolle su escolaridad en establecimientos generales y sin discriminación.

Su antecedente directo es la *Declaración de Salamanca* donde la comunidad internacional empezó a concebir una educación centrada en el niño/niña con discapacidad y no en prejuicios normalizadores e invalidantes acerca de su educabilidad. En torno al interés superior del niño/ña gira el proceso educativo.

En lo esencial, el art. 24 nos dice que los Estados Partes deben asegurar:

Que “...las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad ...” ni los “niños y niñas con discapacidad ... de la enseñanza primaria gratuita y obligatoria ni de la enseñanza secundaria por motivos de discapacidad.”

Que la “... educación primaria y secundaria (sea) inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás, en la comunidad en la que vivan”;

Que se “hagan ajustes razonables en función de las necesidades individuales” y se “preste el apoyo necesario a las personas con discapacidad, en el marco del sistema general de educación, para facilitar su formación efectiva”

Y que se “*faciliten medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social ... con el objetivo de la plena inclusión*”.

2.

Tal como se desprende del texto explícito de la *Convención*, no queda duda alguna de que el espacio educativo para PCD es el espacio común, general, y no las escuelas especiales.

Así, todo niño/niña con discapacidad tiene el derecho a la educación en espacios comunes, inclusivos, adaptados, con apoyos y ajustes apropiados que faciliten y aseguren ese tránsito, con eje en el propio/a niño/a, en su interés prevalente.

Como en todo tratado de derechos humanos es el Estado el que tiene el deber de diseñar, financiar y sostener políticas públicas destinadas al cumplimiento de los derechos. No hacerlo, o hacerlo de modo deficiente, incompleto o errado, caracteriza un incumplimiento por omisión y la consecuente responsabilidad.

También diremos, sin extendernos, que todo el sistema institucional del Estado y toda su expresión normativa, sea por medio de leyes, decretos, reglamentaciones, ordenanzas, dictámenes o sentencias, están sujetos al *control de convencionalidad*, lo cual significa que deben ajustarse a los derechos consagrados y al campo semántico que sobre ellos desarrollan los órganos de vigilancia de cada convención.

Si imaginamos el sistema legal de un país como una pirámide, es en el vértice superior donde reina la Constitución nacional y sus convenciones de derechos humanos cuyo contenido y sentido derrama sobre las normas, actos y prácticas inferiores.

Si nos preguntamos quién debe controlar la correspondencia entre las normas de menor nivel y la narrativa constitucional de derechos humanos, sencillamente diremos que, en primer lugar, es una carga de la propia autoridad pública en su desempeño cotidiano y en el diseño de sus políticas y, luego, del poder judicial en el supuesto de que eso no suceda.

3.

No hay duda alguna acerca de lo que venimos diciendo, sin embargo es tal la fuerza del imaginario sobre la discapacidad y de la repetición de esquemas para pensar estas realidades desde la segregación y la imposibilidad, que el deseo inclusivo de la *Convención* es resistido por las prácticas institucionales y escolares corrientes, frente a lo cual la mera posibilidad de ingreso de un

niño/a con discapacidad a las escuelas generales convoca para la institución y sus operadores el fantasma de la imposibilidad y la inadecuación.

Bajo esta sensibilidad y prevención negativa, recibe con el niño/ña un problema y no la posibilidad de abrirse a la otredad, a lo novedoso e imprevisto.

Para quien dude le queda el trabajo de leer con detenimiento la Observación General número 4 del Comité de la Convención (2016), en cuyas consideraciones se desarrolla en detalle tanto el campo de sentido del derecho a la educación inclusiva –qué es y cómo lograrlo- consagrado por el art. 24, como los deberes del Estado para asegurarlo mediante políticas públicas específicas, flexibles, estables, formativas, dotadas de presupuesto, firmemente comprometidas para transformar la escuela en un espacio inclusivo y con participación del colectivo.

Pero dicho esto se impone la pregunta: ¿qué es una escuela inclusiva en términos convencionales?

4.

La Observación General 4 (en adelante OG4) comienza por distinguir los distintos modelos educativos habidos en torno a la discapacidad, facilitando de este modo la comprensión del cambio radical que propone el art. 24 de la *Convención*.

Lo hace en el punto 11, donde advierte sobre *“la importancia de reconocer las diferencias entre exclusión, segregación, integración e inclusión.”*

Luego desgana cada concepto en un párrafo que es imprescindible retener para entender la experiencia de la discapacidad en su lazo problemático con la educación y arribar a la idea de inclusión que la *Convención* eleva al rango normativo, es decir, más allá de lo opinable. Esto significa que el Estado que hace propio este tratado de derechos humanos debe abandonar la discrecionalidad en la materia, para desarrollar políticas de inclusión educativa favorecedoras del derecho a la educación de PCD consagrado, como se ha dicho, en el art. 24.

El punto 11 dice así –énfasis nuestro-:

“La exclusión se produce cuando se impide o se deniega directa o indirectamente el acceso de los alumnos a todo tipo de educación.

La segregación tiene lugar cuando la educación de los alumnos con discapacidad se imparte en entornos separados diseñados o utilizados para responder a una deficiencia concreta o a varias deficiencias, apartándolos de los alumnos sin discapacidad.

La integración es el proceso por el que las personas con discapacidad asisten a las instituciones de educación general, con el convencimiento de que pueden adaptarse a los requisitos normalizados de esas instituciones.

La inclusión implica un proceso de reforma sistémica que conlleva cambios y modificaciones en el contenido, los métodos de enseñanza, los enfoques, las estructuras...”

TRES

Convención con rango constitucional: impacto interno

Educación Inclusiva: Resolución CFE 311/16

1

Aunque es sabido lo reiteramos: la primera obligación que tiene un Estado nacional cuando hace propio un tratado de derechos humanos, es ajustar su derecho interno, hacer compatibles sus leyes internas.

Y los términos de un tratado no son solo el texto de sus normas, sino todo el tejido hermenéutico que esta letra escrita produce en el órgano de seguimiento, que toda convención prevé y que se suele tomar la forma de un Comité.

Acabamos de citar parte de la tarea interpretativa que el Comité de la *Convención* lleva adelante en sus observaciones generales temáticas, que tienen efecto vinculante en nuestro país dado que el artículo 75 inciso 22 de la Constitución señala que los tratados allí enumerados ingresan con jerarquía constitucional y “*en las condiciones de su vigencia*”.

Nuestra *Convención* accedió a ese rango mediante el procedimiento legislativo previsto en el tercer párrafo del inciso 22, al alcanzar “*las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara*”.

2.

Existen en nuestro país normas de distinto rango previas a la adopción de la *Convención*, que han quedado desajustadas en relación con los derechos y principios del modelo social que encumbra, pues se trata de normas inspiradas en la perspectiva médica vigente al tiempo de su sanción y que han dado respaldo a prácticas segregativas tanto públicas, como privadas y sociales hasta el presente.

Tenemos pues un plano normativo en dirección al modelo social, y prácticas diarias que lo desmienten.

La mirada médica de la discapacidad entiende, como hemos dicho, que esta se presenta como una enfermedad o un desajuste frente a una *bionorma*, con lo que diseña su respuesta en términos de salud, puesto que una enfermedad se cura, se rehabilita o normaliza en términos ortopédicos.

El modelo social no anula la perspectiva médica –que muchas veces es adecuada al fin inmediato y particular que se busca- pero entiende que la discapacidad está en las barreras de todo tipo que encuentra la persona con discapacidad cuando desea ejercer sus derechos. Y la óptica médica suele constituirse como barrera.

La *Convención* por tanto reclama identificar y disolver las barreras; y cuando no son visibles sino sostenidas en creencias repetidas que nutren el sentido común, proceder a su crítica y deconstrucción.

Es un trabajo social y político puesto que la discapacidad anida en la sociedad y en la circulación de los poderes, no en las personas.

3.

Pese al ingreso de la *Convención* muchas normas persisten inalteradas, tanto como las miradas que las pergeñaron; sostenidas también en prácticas institucionales y sociales que se naturalizan, es decir, se repiten como lo único dado y posible.

Es por esto que muchas prestaciones que nada tienen que ver con la salud, cursan no obstante por obras sociales o instituciones públicas médicas y asistenciales, como por ejemplo el transporte a escuelas de niños/as con discapacidad, cuando en rigor está en juego la educación y su autoridad competente. También sucede con apoyos como la asistencia personal para la vida independiente (art. 19, *Convención*) que nada tiene que ver con la asistencia médica sino con el acompañamiento personal y social.

Hay una tarea por delante, reflexiva y pedagógica, para distinguir estos dos ámbitos y separar a la discapacidad de la salud y su reverso, la enfermedad.

4.

En materia de educación inclusiva el Consejo Federal de Educación, conformado por los ministros/as de educación de todas las provincias y de la nación, dictó en diciembre de 2016 la resolución 311, que con fuente en el modelo constitucional de derechos humanos y en la recepción de la *Convención* en discapacidad y sus antecedentes, estableció –art. 1ero- que *“El Sistema Educativo asegurará el apoyo necesario para el acompañamiento de las trayectorias escolares de los/as estudiantes con discapacidad en caso que lo requieran, a partir de un trabajo corresponsable entre los niveles y las modalidades.”*

Con esto produjo un avance relevante que importa asumir, por parte de cada Estado provincial, la obligación de asegurar el mandato convencional contenido en el art. 24 y en la Observación General 4 antes visitada, para que en breve repaso **(i)** la educación de niños y niñas con discapacidad suceda en establecimientos comunes y bajo un *“proyecto de cultura escolar inclusiva”* y gestado en *“espacios institucionales de definición colectiva”* (art. 16); **(ii)** que esté centrada en el mayor interés del niño, con apoyos y ajustes y una evaluación dinámica consensuada por todos los actores **(iii)** mediante un Proyecto Pedagógico Individual para la Inclusión (PPI) en *“función de las necesidades del estudiante”*; y **(iv)** dándole *“la palabra al estudiante con discapacidad”* en un marco de diálogo (art. 14), que identifique antes que nada *“las posibles barreras institucionales, culturales y didácticas”* (art. 15).

5.

Decimos entonces que es por medio de la resolución 311/16 que nuestro país regula el derecho a la educación inclusiva de niñas, niños y jóvenes con discapacidad, tanto como luego cada provincia genera su propia normativa derivada de aquella resolución, que así conforma un piso de derechos y de marcha que puede ser mejorado pero no reducido en todo aquello que asegura niveles de goce de derechos.

Así entonces la resolución 311 viene a decirnos que **(i)** no hay ninguna posibilidad de rechazar la inscripción de niños/as con discapacidad en razón de esta condición, tanto en la gestión pública como privada; que **(ii)** la escuela no sólo debe integrar (dejar entrar) sino también incluir (entender la singularidad que recibe, identificar barreras, disolverlas y hacer posible el proceso) y que para esto debe recibir apoyos y establecer ajustes que se dirimen en forma ágil, horizontal y consensuada

escuchando al niño en cuestión; y que (iii) la certificación de contenidos deriva en un título apto para continuar los estudios o acceder al ámbito del trabajo.

Son estos los tres momentos del camino inclusivo, que vemos con mayor detalle enseguida.

CUATRO

Experiencia de la exclusión educativa

Negación de derechos y discriminación estructural

Suelen clasificarse las barreras al acceso a la educación inclusiva según ellas sucedan en el ingreso, en la permanencia y en el egreso; tres instancias que abarcan el tránsito educativo de todo niño o niña con o sin discapacidad, en el arco de tiempo inicial de sus vidas.

En nuestra experiencia clínica abundan de los tres tipos, que trataremos de exponer sintéticamente:

1.

Acceso

Sigue siendo complejo encontrar una institución educativa permeable a recibir y ajustar sus prácticas a la singularidad nueva que se presenta. Y suele serlo porque la institución no asume que se trata de un derecho del niño/a con discapacidad y, en su reverso, de su deber.

Es por esto que suele percibirse el acceso a una institución educativa como una señal de buena suerte o de sensibilidad receptiva de quienes lo deciden o bien de influencia de alguien sobre quien decide, todas escenas donde está ausente lo fundamental que es comprender -y sentir- que se trata de un derecho que conlleva una obligación.

Frente al derecho a que todo niño/ña sea recibido por una escuela común, ninguna otra especulación debería tener lugar ni las familias estar esperando una respuesta favorable, cuando en rigor se trata de un acceso obligatorio de la misma naturaleza de aquellos niños/as sin discapacidad. La familia en estos últimos casos no espera en modo alguno un rechazo en la inscripción, pues resulta inconcebible.

Pero la experiencia con la discapacidad es la contraria: se espera un rechazo (en razón de la discapacidad) y no la admisión, que de darse se torna milagrosa o excepcional.

En todos los casos hemos percibido en las autoridades de cada institución implicada, la incomodidad de recibir a estos niños/as, las dificultades que imaginan frente a cada caso, la alteración de las rutinas educativas y de su organización cotidiana, entre otras.

Excusas para decir que no es una escuela adecuada y remitir a escuelas especiales; o que no es una escuela preparada o bien que carece de planteles técnicos o capaces de llevar adelante el tránsito escolar; o que no tiene gabinete sicopedagógico; o que las aulas son muy pobladas, o bien que no hay maestras suficientes o que no hay proceso de integración con escuelas especiales; etc.

En conclusión, debe decirse con claridad y divulgarse como política pública, la obligación que importa para una escuela, tanto de gestión pública como privada, el derecho de acceder a sus aulas por parte de niñas/niños con discapacidad; y que no se trata de una gracia, concesión o generosidad, sino de derechos que deben ser acatados. Digamos también que el rechazo de inscripción está prohibido por la Resolución 311 del Consejo Federal de Educación.

2.

Permanencia en la escolaridad

Como ha dicho el Comité de la *Convención*, integrar no equivale a incluir; el integrar sucede cuando la institución deja entrar (sortea la puerta de acceso) para luego desentenderse del tránsito educativo. Así, el niño/ña que consigue ingresar luego debe acomodarse a la escuela, a sus modos, espacios, hábitos y parámetros de educabilidad normalizada.

En ese acomodarse frente a una escuela rígida en sus prácticas, se da el fenómeno de la integración –que, de nuevo, cabe distinguir de la inclusión-. Bajo la integración quien debe hacerse flexible para normalizarse es el niño/ña, y no, como quiere la *Convención*, que sea la escuela la que cambia y se ajusta a la diferencia.

Cuando la escuela es plástica, dinámica, versátil, sabrá identificar la singularidad que se le presenta para acomodar sus prácticas a ella, para acompañarla, para leer lo que necesita y las barreras que enfrenta, para diseñar los apoyos y ajustes que permitan atravesarlas.

La emergencia de la diferencia debe escrutar las prácticas rígidas para hacer posible otro orden.

Es por esto que el proceso educativo se centra en el niño/ña y hace de la integración una *praxis* de la inclusión. Desarma la rigidez de los procesos institucionales y educativos para

reorganizarlos en función de incluir y alojar toda diferencia. Llama a detener la repetición, a hacer lugar a la diferencia y a descomponer las viejas relaciones y hábitos segregativos (Guattari, Bertetto, Berardi; 1977).

Si la función de la escuela es la inclusión, sabrá qué hacer con lo distinto y cómo hacerlo, por medio de un proceso sereno de compañía donde el interés superior y el eje de organización sea el niño/ña.

Sabrá hacerlo con las herramientas que la legalidad en discapacidad ofrece a través de un sistema flexible centrado en la necesidad del niño/a, con el diseño de apoyos y ajustes razonables en función de un programa pedagógico individual –específico- como una especie de carta de navegación atenta al devenir, una deriva fecunda sensible a los cambios e incorporaciones, donde nada es definitivo y nada se juega en un momento sino en el camino.

Un proceso, insistimos, centrado en el niño/ña que asegure un espacio de conversación en paridad, argumentada y regida por el principio de realidad, que no es otro que observar de modo sensible lo contingente, dinámico y singular de cada experiencia.

Bajo esta convicción la inclusión es alojamiento, hospitalidad, entendida como el arribo de lo distinto, la visita inesperada de la otredad (Derrida, Dufourmantelle; 2021; pp. 30-31).

Todas las escuelas necesitan apoyos para este camino pero en especial deben abrirse a lo nuevo, a la comprensión sensible de una pedagogía de la diferencia.

3.

Acreditación y certificación

Recordemos que la prohibición de discriminación atraviesa el paradigma de derechos humanos tanto como el de la *Convención* internacional sobre discapacidad, sobre cuyo eje se vertebra la reivindicación de derechos de un colectivo históricamente vulnerado y excluido.

La no discriminación, por tanto, no sólo prohíbe la negativa de acceso a las escuelas comunes así como el abandono del niño/ña con discapacidad a su suerte, sino que obliga a un proceso de inclusión que contemple las necesidades del estudiante a través de un Proyecto Pedagógico Individual para la Inclusión (PPI) elaborado de modo participativo, dialogado por todos los actores y con voz al titular del derecho.

Como dijimos, acceso a la escolaridad común y permanencia como etapas de la inclusión, pero también, cabe agregar, el cierre de la trayectoria mediante la acreditación de contenidos y su certificación.

Esta instancia también se encuentra regulada por la resolución 311/16 a partir de su artículo 25, consagrando el derecho a una certificación igualitaria, es decir, a recibir un “título y certificado analítico que dé cuenta de la trayectoria recorrida, en función de su Proyecto Pedagógico Individual” (art. 40).

Mal podría el modelo social de inclusión promover el acceso y permanencia en la escolaridad común (no especial) y en paralelo negarse a reconocer o validar los conocimientos que adquieren en ese trayecto niños/as y jóvenes con discapacidad, mediante títulos que habiliten el trabajo y la educación posterior, sin discriminación.

Es por esto que la Resolución 311 consagra varios de sus artículos a dejar en claro esto, en sus diferentes niveles.

De modo expreso el art. 32 señala que aunque los estudiantes con discapacidad del Nivel Primario tuviesen aprendizajes con escasa referencia al diseño curricular jurisdiccional del Nivel Primario “ingresarán al Nivel Secundario en cualquiera de sus modalidades con las configuraciones de apoyo, los ajustes razonables y el acompañamiento de la Educación Especial, si resultara necesario.”

Lo propio sucede con la certificación del Nivel Secundario (art. 39 y 40) en virtud del cual los alumnos deben recibir su título y su analítico en igualdad de condiciones con los demás.

En suma, la certificación igualitaria de los contenidos adquiridos en toda trayectoria educativa sin excepciones, es un derecho.

QUINTO

Las barreras más comunes

Acceso, permanencia y egreso: excusas

Según la Declaración de Salamanca –antecedente directo del art. 24 de la *Convención*- los sistemas educativos inclusivos son aquellos en los que las escuelas utilizan "*una pedagogía centrada*

en el niño, capaz de educar con éxito a todos los niños y niñas comprendidos los que sufren discapacidades graves" (Marco de Acción, párr. 3)

Por su lado, también nos recuerda esta centralidad pedagógica el *Estudio temático sobre el derecho de las personas con discapacidad a la educación*, emitido en diciembre de 2013 por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los derechos humanos, al tiempo que advierte en su párrafo 7, que

... La inclusión es un proceso que reconoce: a) la obligación de eliminar las barreras que restrinjan o impidan la participación; y b) la necesidad de modificar la cultura, la política y la práctica de las escuelas convencionales para tener en cuenta las necesidades de todos los estudiantes, también los que tienen alguna deficiencia. La educación inclusiva implica transformar el sistema de enseñanza y asegurarse de que las relaciones interpersonales se basen en valores fundamentales que permitan materializar el pleno potencial de aprendizaje de todas las personas. También implica una participación efectiva, una instrucción personalizada y pedagogías inclusivas.

El *Estudio Temático* es un documento exhaustivo -y vinculante- acerca de las obligaciones de los Estados frente al derecho a la educación inclusiva y las políticas públicas que deben enderezar en esa dirección, anticipando los desarrollos de la OG4 antes citada que pone en evidencia las barreras de todo tipo que alejan a niños y niñas con discapacidad de las escuelas comunes y de una educación de calidad centrada en la diversidad y no en la rigidez de las instituciones y aprendizajes.

Las familias que han circulado por la Clínica Jurídica en Discapacidad todos estos años nos han traído las excusas, objeciones y prejuicios que impidieron el ingreso y permanencia de sus hijas/os en el sistema de educación general, describiendo un esquema recurrente de barreras al goce efectivo del derecho a la educación inclusiva, que son perfectamente concordantes con estudios de campo sobre la provincia de Buenos Aires (Cobeñas, 2020, pp. 65-81).

Resuenan las siguientes objeciones, que intentamos replicar brevemente a tono con lo dicho en los capítulos anteriores:

1

-Que no hay vacantes, las plazas están completas

Las escuelas de gestión pública o privada suelen aducir frente a la inscripción de un niño/ña con discapacidad que las plazas están cubiertas. Esta no es una objeción válida, las escuelas deben

contemplar un cupo de plazas para niñxs con discapacidad, como política institucional afirmativa frente a un colectivo históricamente excluido de la educación común.

2

-Que la escuela no está preparada para recibirlos

Si no lo está toda escuela debe prepararse para recibir niñxs con discapacidad a partir de la toma de conciencia acerca del derecho que les asiste y del deber de la institución de recibirlos, como hemos visto. La escuela debe saber que en el proceso de inclusión va a recibir apoyos y asistencia para transformarse en un espacio receptivo e inclusivo capaz de adaptarse a cada situación nueva, capaz de conocer la singularidad y abrirse a cambiar, a ser atenta, paciente y versátil. Naturalmente, la escuela contará con apoyos para la inclusión y una modalidad colectiva y dialogada de establecer el Proyecto Pedagógico Individual (PPI).

El artículo 14 de la resolución 311 describe la inclusión como un proceso participativo y dialógico, en esto términos:

Estos actores (se refiere a los operadores escolares), a partir de un trabajo conjunto con la familia y dando lugar a la palabra de el/la estudiante con discapacidad, pondrán en conocimiento las decisiones respecto de las trayectorias escolares, generarán acuerdos y les informarán periódicamente de la evolución y evaluación del proceso educativo, promoviendo la participación activa de las familias en dicho proceso educativo. Se generarán instancias de interacción y complementariedad con los profesionales externos al Sistema Educativo que realicen acompañamientos a la persona con discapacidad, los cuales se rigen por las normativas vigentes a nivel nacional y jurisdiccional...

3

-Que la maestra no puede sola; que en el aula no hay espacio para los apoyos escolares; que la presencia de niñxs con discapacidad es perturbadora del normal desarrollo

La educación inclusiva es –debe ser- un proceso plural, dinámico y proliferante. La maestra no debe estar sola sino acompañada por apoyos y ajustes adecuados, para atravesar las barreras que se identifiquen en cada caso. Así, el aula es un espacio de intercambio y diversidad que debe pensarse para un orden que haga lugar a todxs y así desaprenderse de la uniformidad abriéndose a la convivencia y el disfrute de la diferencia. La escuela y sus operadores deben construir la fluidez y

la ductilidad frente a lo diverso, que no sólo se presenta en personas con discapacidad, sino también en migrantes, pueblos originarios, minorías sexuales, familias desplazadas, indigencia o pobreza extrema, entre otros. La diversidad es la regla, no la excepción.

4

-Que hay escuelas especiales más preparadas

Las escuelas especiales son modelos segregativos que el art. 24 de la Convención junto con la OG4 descalifica como espacio educativo. Pueden transformarse en espacios de formación de cuadros de apoyos para la inclusión pero nunca más en lugares de exclusión.

5

-Que los contenidos sobrepasan las posibilidades de lxs niñas y niños con discapacidad

Se trata de un prejuicio fundado en la idea, preconcebida y arraigada, de que la discapacidad intelectual no puede incorporar conocimientos o que los que incorpora son frágiles. Se trata de una práctica que hace foco en lo que no se puede (en la diferencia), y no en descubrir, estimular y habitar lo mucho que sí. Se trata de la mirada médica normalizadora y despotenciadora sobre lo deficitario, previa a la consagración del modelo social.

Opera asimismo un estándar de acumulación de saber, de su jerarquía e importancia general y de una cierta expectativa acerca del normal rendimiento. Hay también una normalización del tiempo de asimilación y un descuido de las condiciones personales de acceso y de las modalidades subjetivas de serenidad y atención. En suma, hay una rigidez preconcebida, un estándar en el que debemos ingresar todos, una expectativa universal del tiempo, un régimen de la asimilación y el rendimiento.

La educación inclusiva es lo contrario pues nace de cada singularidad que se presenta, para ser entendida y alojada a través de un PPI que la contemple como eje organizador del trayecto educativo.

6

-Que el/la niñx no puede

No se trata de lo que el niñx puede o no, sino del modo en que la escuela se conmueve ante la singularidad y se deja apoyar, asistir y acompañar en un diseño específico.

El párrafo 48 de la OG4 señala que *“Existen numerosas medidas de apoyo basadas en planes personalizados de educación que van desde medios técnicos compensatorios, medios didácticos auxiliares y tecnología de la información y auxiliar hasta procedimientos educativos especiales. Una de las medidas más importantes es la designación de un asistente para la enseñanza, compartido o exclusivo, dependiendo de las necesidades del estudiante. Es importante destacar que esta lista no exhaustiva recoge una serie abierta de medidas de apoyo que se reflejan en el artículo 24, párrafo 2 d) y e), de la Convención.”*

7

-Que el título no puede ser el mismo para casos que escapan a la regla normalizadora

Como expresa la Resolución 311/16 que hemos compartido, el título debe dar *“... cuenta de la trayectoria recorrida, en función de su Proyecto Pedagógico Individual”* y ser habilitante para continuar los estudios y para ingresar al mercado de trabajo y a una vida en comunidad. Todo aquello que se aparte de esta regla es discriminatorio, como se declaró en el caso de Lorenzo y Flavia a quienes se les negaba un título homologable a sus compañerxs, que les permitiera seguir con su proyecto de vida en igualdad de dignidad. La norma general que imponía esta distinción discriminatoria fue declarada inconstitucional (Martocci, 2020).⁴

Conclusiones

Potencia abierta a lo nuevo.

La educación es una experiencia sin fin, plural, expansiva, inesperada, rizomática. Si la institución educativa acudió a parámetros de normalidad no es por eficacia o calidad sino para servir a otros intereses que los de interrogar y emancipar. Cualquier persona puede en cualquier momento emanciparse y emancipar a otra. Quien enseña sin emancipar, embrutece (Ranciere, 2018, pp. 43-162).

La educación es parte de lo común, supera lo meramente individual. Se proyecta hacia –entre- el espacio social para habitarlo de preguntas, sorpresas, fraternidad y potencia de vivir juntos.

⁴ Hablamos de la causa *“PARODI Lorenzo y otra c/Dirección General de Cultura y Educación s/Pretensión de Reconocimiento y/o Restablecimiento de Derechos”*, causa 11.739 Juzgado Contencioso Administrativo 4 de La Plata, impulsada por la Clínica Jurídica en Discapacidad (FCSJ-UNLP). Diario Clarín CABA, edición del 3 de enero de 2019.

La discapacidad, dijimos, nunca es individual, pues emerge en lo social, en el intercambio, en la circulación –y resistencia- de poderes. Así entendida, la discapacidad no es tragedia personal, ni resto, ni desgracia, ni carrera de superación, ni heroísmo predicador.

Es, en cambio, un trabajo político pues interroga y recusa la distribución del poder social. Reclama hacer lugar a toda persona para una vida digna en comunidad.

Sin embargo esto no pasa, pues la experiencia educativa cotidiana conforma un espacio codificado de homogénea normalidad, que resulta imprescindible desorganizar para habilitar nuevos flujos descodificados que hagan lugar a la diferencia, como subraya Pal Pelbart en su lúcida lectura de *El Antiedipo*, reafirmando la multiplicidad de la persona como puro devenir inesencial (Guattari - Berardi, 2021, pp.: 74-75).

La discapacidad impugna lo fijo, lo único, las cartografías de la normalidad, el orden de esencias estáticas, conformando un trabajo político que nos incumbe para despejarlos y abrirnos a los flujos creativos ante lo nuevo y distinto.

No es un ruego hacia el cielo; no es, solo, un reclamo al Estado o a la sociedad; no es una queja por un ideal que no acontece.

Es lo que tenemos a mano: una fuerza colectiva inmanente –un hacer con otros- que en la insistencia comunitaria irá avanzando.

Y no es poco, para esta paciente tarea común, para viajar a ese lugar nuevo, tener al derecho a favor.

Bibliografía

COBEÑAS Pilar: “Exclusión educativa de personas con discapacidad: un problema pedagógico”, en REICE – Revista Iberoamericana sobre calidad, eficacia y cambio en educación, 2020, ps. 65-81

GrupoArtículo24 por la Educación Inclusiva – COPIDIS (Comisión para la Plena Participación e Inclusión de las Personas con Discapacidad, Mayo 2017: “Educación inclusiva y de calidad, un derecho de todos”

FOUCAULT Michel: “El Yo minimalista y otras conversaciones”, p. 33/50, Buenos Aires La Marca Editora, 2012.

GONZALEZ Antonella – FERNANDEZ María Eugenia: “El derecho a una educación inclusiva: el título como el último de los obstáculos”, REDEA Derechos en Acción, año 2, número 4, invierno 2017

GUATTARI Félix: “Deseo y Revolución. Diálogo con Paolo Bertetto y Franco Bifo Berardi, 1977”, Tinta Limón CABA 2021.

HUNT Lynn: “La invención de los derechos humanos”, Tusquets 2010, pp. 28/32.

MARTOCCI José María: “En busca del título negado: Un viaje con Lorenzo y Flavia”, Revista de Interés Público –REDIP-, año 3 número 4, ciudad de La Plata, mayo 2020

PAL PELBART Peter: “Subjetividad esquizo” en A un hilo del vértigo. Tiempo y Locura, Milena Caserola, pp. 103/126.

RANCIÉRE Jacques: “El maestro ignorante”, Libros de Zorzal – Edhasa, CABA 2018.

RINESI Eduardo: “Curso de Sociología”, Caterna 2020 CABA.

SIBILIA Paula: “El hombre postorgánico. Cuerpo, subjetividad y tecnologías digitales”, FCE, CABA 2013

SILBERKASTEN Marcelo: “La construcción imaginaria de la discapacidad”, Topia Editorial, segunda edición, 2014.

WALZER Michael: Exclusión, Injusticia y Estado Democrático, en Pluralismo y equidad. La justicia social en las democracias; pp. 31/48, Nueva Visión 1997

Instrumentos internacionales citados

Observación General 4 (2016) sobre Educación Inclusiva, Comité de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Naciones Unidas

Estudio temático sobre el derecho de las personas con discapacidad a la educación – Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos - 2013

Artículos

Ley Micaela

Perspectiva de género en el diseño, ejecución, monitoreo y evaluación de políticas públicas

Micaela Law

Gender perspective in the design, execution, monitoring
and assessment of the public politics

María José Rueda¹

Alexis M. Palacios²

Resumen: En el presente artículo se analizará la “Ley de capacitación obligatoria en género para todas las personas que integran los tres poderes del Estado” (Ley nro. 27.499), sancionada en el año 2018 por el Congreso de la Nación de Argentina, que tiene por objeto la capacitación y sensibilización en género y violencia contra las mujeres para todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación con el objeto de prevenir y erradicar las violencias, desigualdades y discriminaciones generadas a partir de las relaciones jerarquizadas entre los géneros. Puntualmente el estudio se realizará tomando como guía los elementos que, según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante: CIDH), deben presentar las políticas públicas focalizadas en Derechos Humanos.

Palabras clave: Políticas públicas; Derechos Humanos; Perspectiva de género; Ley Micaela

Abstract: In this article, we will analyze Bill #27,499 known as “Mandatory Gender Education Bill for persons acting in the three powers of State” “Ley de capacitación obligatoria en género para todas las personas que integran los tres poderes del Estado” (nro. 27.499), enforced in 2018 by the Argentine Congress. The purpose of this Bill is to educate and sensitize employees working in all

¹ Abogada (Universidad Nacional de La Plata - UNLP). Maestrando en Derechos Humanos (UNLP) Correo electrónico: mariajoserueda.abogada@gmail.com

² Abogado (Universidad Nacional de La Plata - UNLP). Maestrando en Derechos Humanos (UNLP) Correo electrónico: alexis-palacios@hotmail.com

levels and hierarchies of the public function about gender and violence against women. The main objective is the prevention and eradication of gender violence, inequalities and discrimination. Specifically, the study will be carried out considering as a guide for public policies the elements set forth by the Inter-American Commission on Human Rights.

Keywords: Public policies; Human Rights; Gender perspective; Micaela Law

Primera parte

Políticas públicas con enfoque de Derechos Humanos

1. Incorporación del enfoque de Derechos Humanos en las políticas públicas

Iniciaremos el presente trabajo intentando conceptualizar qué se entiende por políticas públicas con enfoque en derechos humanos y qué implican las mismas. Para ello, nos basaremos en lo desarrollado por la CIDH, que definió por primera vez a las políticas públicas en un informe temático en materia de seguridad ciudadana como “los lineamientos o cursos de acción que definen las autoridades de los Estados para alcanzar un objetivo determinado, y que contribuyen a crear o transformar las condiciones en que se desarrollan las actividades de los individuos o grupos que integran la sociedad” (CIDH, 2009, párr. 52). Podemos encontrar en esta definición 4 elementos:

1. el sujeto activo, que serían las **autoridades del Estado**,
2. los **objetivos** que deberían ser fijados por estas autoridades y que tienen que tener una finalidad particular: deben contribuir tanto a crear como a transformar condiciones en que se desarrollan las actividades de la población destinataria de las políticas públicas,
3. los **individuos o grupos** que integran la sociedad a los que se decide crear o transformar las condiciones en que desarrollan sus actividades
4. los **lineamientos o cursos de acción** que se trazan para alcanzar los objetivos fijados.

En el año 2018, en el Informe “Políticas públicas con enfoque de derechos humanos” la Comisión propuso una nueva definición mucho más amplia y compleja que la anterior, incorporando el enfoque de derechos humanos. En el párrafo 147 del Informe definió:

Una política pública con enfoque de derechos humanos es el conjunto de decisiones y acciones que el Estado diseña, implementa, monitorea y evalúa -a partir de un proceso permanente de inclusión, deliberación y participación social efectiva- con el objetivo de proteger, promover, respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas, grupos y colectividades que conforman la sociedad, bajo los principios de igualdad y no

discriminación, universalidad, acceso a la justicia, rendición de cuentas, transparencia, transversalidad, e intersectorialidad (CIDH, 2018, párr. 147).

Es decir que el Estado ya no sólo “fija objetivos” sino que es el encargado de “diseñar, implementar monitorear y evaluar” un conjunto de decisiones y acciones. Pero lo central de esta nueva definición no sólo se encuentra en la ampliación de las acciones que los Estados deben desarrollar, sino en el cómo debe llevar a cabo las mismas: a partir de un proceso permanente de inclusión, deliberación y participación social efectiva. También se califica al objetivo de las políticas públicas: estas deben proteger, promover, respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas, grupos y colectividades que conforman la sociedad y, finalmente, se agregan principios rectores: de igualdad y no discriminación, universalidad, acceso a la justicia, rendición de cuentas, transparencia, transversalidad³, e intersectorialidad.

| DEFINICIONES DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS | | |
|---|---|---|
| Elementos de análisis | Políticas públicas (2009) | Políticas públicas con enfoque en DDHH (2018) |
| ¿Qué son? | Lineamientos o cursos de acción | Conjunto de decisiones y acciones que lleva adelante el Estado |
| Rol del Estado | Definir | Diseñar, implementar, monitorear y evaluar a partir de un proceso permanente de inclusión, deliberación y participación social efectiva |
| Objetivo de las políticas públicas | Contribuir a crear o transformar las condiciones en que se desarrollan las actividades de la los individuos o grupos que integran la sociedad | Proteger, promover, respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas, grupos y colectividades que conforman la sociedad |

³ La transversalización –consagrada por la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing durante la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer en 1995– es un principio rector para lograr la igualdad de género, que nos convoca a mirar desde ésta perspectiva cada vez que desarrollamos, elaboramos, ejecutamos, controlamos y evaluamos una política estatal.

| | | |
|---|-----------------|--|
| Principios que deben guiar las políticas públicas | No se mencionan | Igualdad y no discriminación, universalidad, acceso a la justicia, rendición de cuentas, transparencia, transversalidad, e intersectorialidad. |
|---|-----------------|--|

Se puede observar que la definición se complejiza ya que, por un lado, se indica que las políticas públicas se deben diseñar, implementar, monitorear y evaluar a partir de inclusión, deliberación y participación social, las cuales deben ser efectivas y permanentes. Por otro lado, se incorporan principios, es decir “mandatos para la realización de un valor en su nivel óptimo” (Lorenzetti, 2018, p. 108) que deben guiar el diseño, implementación, monitoreo y evaluación de estas decisiones y acciones que llevan a cabo los Estados.

2. Impacto de las políticas públicas con enfoque en Derechos Humanos en las instituciones: diálogo, coordinación y trabajo conjunto

Tal como sostienen Vázquez y Delaplace en su texto “Políticas públicas con perspectiva de derechos humanos: un campo en construcción”, la consolidación de una cultura de respeto a los derechos humanos implica, por un lado, sensibilizar a la población a través de campañas y otras actividades de difusión y promover una cultura de exigibilidad de derechos entre la ciudadanía, así como capacitar a las y los servidores públicos, de todos los niveles y órdenes de gobierno, en materia de derechos humanos en general, y en relación a las políticas públicas y presupuesto con enfoque de derechos humanos en particular. Advierten que la educación en derechos humanos dirigida a las y los servidores públicos debe venir acompañada de la modificación institucional que permita nuevos incentivos y desincentivos en el cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos humanos ya que la capacitación por sí sola no modificará inercias previamente establecidas si no viene acompañada de los incentivos institucionales adecuados. En este sentido, concluyen que si bien la educación es importante, la generación de valores en materia de derechos humanos es un proceso de largo plazo, razón por la cual el diseño institucional es elemental (2011, p. 46).

Toda vez que toda política pública se estructura en el marco de una institución, la inclusión del enfoque de derechos en las políticas públicas necesariamente tiene un impacto en materia de institucionalidad: la cuestiona, la interpela, la obliga a repensarse antes, durante y después de todo proceso de diseño, implementación y evaluación (IPPDH, 2014, p. 152). Tal como lo plantea la CIDH, el vínculo entre la institucionalidad y las políticas públicas es absolutamente interdependiente e

indivisible toda vez que toda política se estructura en el marco de alguna institución y toda institución estatal se conforma por políticas que formula, ejecuta y/o monitorea y evalúa (CIDH, 2017, p. 40).

Cabe aclarar que los principios de indivisibilidad, universalidad e interdependencia de los derechos humanos parten de la base de que la realización plena de los derechos sólo puede lograrse si el Estado adopta medidas de carácter integral, y que, según la CIDH, esta integralidad no sólo supone el diálogo, la coordinación, y el trabajo conjunto de los distintos sectores del aparato estatal que deben aportar respuestas articuladas en función de las diversas dimensiones que un mismo problema presenta, sino que también supone la atención sobre las situaciones de múltiple discriminación que sufren determinadas personas y grupos sociales (CIDH, 2017, p. 39).

En el mismo sentido, la CIDH advirtió que el enfoque de derechos humanos no se limita a la existencia de una institución específica, como podrían ser las Secretarías, Ministerios, Direcciones de Derechos Humanos, sino que apunta a permear todo el aparato estatal y la actuación de los distintos sectores, niveles y poderes del Estado (CIDH, 2018, párr. 112).

3. Elementos a ser considerados en el ciclo de las políticas públicas con enfoque en Derechos Humanos

Tomando como referencia lo propuesto por la CIDH en el Informe “Políticas públicas con enfoque de derechos humanos” (CIDH, 2018), describiremos brevemente los elementos que forman parte de las políticas públicas con enfoque en derechos humanos, para luego proceder a analizarlos en la política pública elegida.

- Construcción de la agenda y/o identificación de la situación a atender

Esto incluye la identificación de el/los derecho/s humano/s que el Estado tiene la obligación de proteger, promover y garantizar, de las fuentes de información que puedan brindar datos sobre los obstáculos específicos en el acceso a los derechos, de la existencia de información cuantitativa y cualitativa suficiente para la realización de un diagnóstico situacional, el análisis cualitativo y cuantitativo sobre las brechas de desigualdad en el acceso a los derechos objeto de la intervención estatal, la priorización de los grupos sociales que han sido identificados como en situación de desigualdad estructural en la definición y el diagnóstico del problema, la construcción final del mismo realizada de manera participativa con los distintos actores vinculados a la situación que se quiere resolver, entre otros.

➤ Diseño y/o formulación

En esta instancia debe ponerse especial atención a las necesidades de los grupos identificados como prioritarios en la definición del problema y debe pensarse en la efectiva realización de los derechos como objetivos generales y medibles de la política pública. Implica la reflexión y el análisis sobre el esquema institucional adecuado para la implementación y evaluación de la política y las estrategias de reformas o adecuaciones si fueran necesarias, el diseño sobre el mecanismo de monitoreo y evaluación de la política que incluyan sistemas de indicadores específicos de derechos humanos, la desagregación de los indicadores por sexo y otros elementos de diversidad, como la edad, etnia, discapacidad, situación socioeconómica, etc. Comprende también la existencia e implementación de mecanismos de participación para el diseño y la garantía de ser contempladas las opiniones de las personas interesadas y otros actores sociales relevantes en la formulación definitiva de la política así como también la previsión del mecanismo de difusión de información sobre los avances en la implementación de la política.

➤ Implementación y/o Ejecución

Al momento de ejecutar una política pública, deberá contemplarse la realización de diagnósticos de progreso que permitan modificar o mejorar los puntos que no están alcanzando los resultados esperados, la difusión de la información sobre el estado de implementación de la política, así como también la realización de consultas o implementación de mecanismos de participación con actores sociales relevantes que puedan aportar a la mejora del proceso de implementación de la política.

➤ Monitoreo y evaluación

La evaluación desde un enfoque de derechos humanos deberá tener como objetivo revisar la efectividad de la política como herramienta para la realización de derechos. En este sentido, la construcción de indicadores es crucial para el monitoreo, la evaluación, la transparencia y la rendición de cuentas, a la vez que ponen de manifiesto la eficacia y la efectividad de las políticas y los servicios.

Cabe mencionar que la Comisión aprobó en 2008 los Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en donde se presentan un conjunto de indicadores para la evaluación y monitoreo de derechos económicos, sociales y culturales previstos en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – Protocolo de San Salvador.

Asimismo, existe en el marco de la OEA el Mecanismo de Seguimiento de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer -Convención de Belém do Pará- (MESECVI). En este sentido, el Comité de Expertas que integra el MESECVI ha definido indicadores para evaluar y monitorear el cumplimiento de la Convención en los países de la región, y determinar el cumplimiento, o no, de los Estados en su obligación de garantizar una vida libre de violencia para las mujeres. Estos instrumentos conforman herramientas metodológicas que procuran brindar información no sólo sobre el cumplimiento de los Estados de sus obligaciones internacionales, sino que también arrojan resultados sobre el impacto de las medidas adoptadas en la realización de los derechos.

Finalmente, cabe mencionar que la CIDH enuncia como lineamientos generales sobre la aplicación de dichos estándares en el proceso de formulación, ejecución, monitoreo y evaluación de políticas al principio de igualdad y no discriminación, a la participación social, a los mecanismos de reclamo y el acceso a la justicia y la protección prioritaria a grupos en situación de discriminación histórica.

Segunda parte

Ley Micaela: capacitación y sensibilización a quienes diseñan, ejecutan y evalúan las políticas públicas

1. Quién fue Micaela García

Micaela García fue una joven entrerriana, activista y militante que fue asesinada en abril de 2017.

La sanción de la Ley que lleva su nombre se dio en un contexto a nivel nacional de conmoción social generada a partir de los femicidios que aún hoy se siguen perpetrando en Argentina, lo cual llevó al surgimiento del colectivo “Ni una menos” y a la realización de innumerables movilizaciones feministas que continúan luchando en las calles por la construcción de una agenda que contemple y de respuesta a las desigualdades de género estructurales existentes en nuestra sociedad.

En este contexto de conmoción pública, enmarcado en la histórica lucha feminista argentina, se presentó el proyecto de ley que tenía por objeto la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra las mujeres para todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación, el cual se convirtió en ley el 10/01/2019.

2. Análisis de la Ley Micaela de capacitación obligatoria en género para todas las personas que integran los tres poderes del Estado (Ley 27.499)

Esta Ley se transformó en una normativa de suma importancia ya que, a partir de la sensibilización y formación de agentes y autoridades estatales, se promueve la planificación, el diseño y la gestión de políticas públicas integrales para prevenir y erradicar las violencias, desigualdades y discriminaciones generadas a partir de las relaciones jerarquizadas entre géneros.

Las capacitaciones desarrolladas en el marco de esta Ley se orientan a:

construir un punto de partida, una base mínima y común de conceptos y herramientas sólidas sobre género, violencia de género y diversidad para que todas las personas que trabajan en todos los poderes del estado incorporen esta mirada a sus prácticas laborales cotidianas y desde allí se produzcan transformaciones en el diseño e implementación de políticas, instrumentos e intervenciones y se puedan visualizar las consecuencias de no hacerlo (ELA, 2021).

Intentaremos en este punto analizar cada uno de los elementos propuestos desde la CIDH desarrollados en la primera parte del trabajo para finalmente evaluar si esta política cumple o no con los lineamientos propuestos.

Más allá de que presentaremos cada una de las etapas de un modo lineal (analizando en primer lugar la construcción de la agenda y la identificación de la situación a atender, luego el diseño y formulación para pasar a la ejecución y finalmente terminar en el monitoreo o evaluación), coincidimos con lo propuesto por Vázquez y Delaplace en el sentido de que las políticas públicas tienen un ciclo de vida, ya que “se trata de un proceso que nunca termina, se convierte en un ciclo que se realimenta constante y sistemáticamente” (2011, p. 36). Si bien antes se consideraba que la evaluación se realizaba al final de la política pública, hay diversos tipos de evaluación para cada una de las partes que integran el ciclo: evaluación del diseño de la política pública, de la gestión para analizar el proceso de implementación, de los resultados, para verificar el cumplimiento de los objetivos y, finalmente, del impacto para analizar la consecución de fines, es decir, si la política pública efectivamente generó alguna modificación sobre el problema público inicialmente planteado.

➤ a. Construcción de la agenda y/o Identificación de la situación a atender

En relación a la desigualdad de géneros, se puede mencionar que las mujeres, disidencias y feminidades han sido un grupo que históricamente ha sido discriminado y relegado de los ámbitos

de poder y de toma de decisiones. El Estado argentino firmó la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), adoptada por las Naciones Unidas y aprobada por la Argentina en 1985 mediante Ley 23.179, junto a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (conocida también como Convención de Belem do Pará), adoptada por la Organización de los Estados Americanos (OEA) y aprobada por la Argentina en 1996 mediante la Ley 24.632. También el estado argentino adhirió a los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos con relación a la orientación sexual y la identidad de género. Dentro de la normativa nacional, contamos con la Ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres sancionada en 2009, con su correspondiente Decreto Reglamentario 1011/2010, que fue actualizada en 2019 a través de las leyes 27.501 y Ley 27.533 y, finalmente, la Ley 26.743 de derecho a la identidad de género de las personas, sancionada en 2012, que protege y consagra el derecho a la autopercepción y toma la identidad como un derecho personalísimo.

Más allá de los variados y concretos avances normativos e institucionales realizados (por ejemplo, en diciembre de 2019 se creó el Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad, en adelante, MMGyD, lo cual implicó la jerarquización de las políticas de género y diversidad y la priorización de la agenda de género en el Estado), aún no se ha logrado disminuir los índices de femicidios⁴, la expectativa de vida de las personas travestis y trans sigue siendo de 35 años⁵, los cargos de poder siguen siendo ocupados en una amplia mayoría por varones, existe una gran brecha salarial⁶, los trabajos de cuidados siguen siendo asumidos en una gran mayoría por mujeres⁷ y la violencia simbólica se sigue perpetrando desde medios masivos de comunicación, entre otros tantos datos que demuestran que aún hay muchas decisiones que tomar y acciones que ejecutar para garantizar mayores estándares de igualdad y justicia social y la promoción de la autonomía integral de mujeres y LGBTI+.

Sin perjuicio de ello, se ha avanzado en la instalación de la problemática como agenda prioritaria a atender (esto último en gran medida impulsado desde la lucha feminista sostenida en las calles), en la ejecución de políticas públicas que tienen como destinatarias a esta población

⁴ Según el Informe Anual 2022 del Observatorio de Femicidios de la Defensoría del Pueblo de la Nación, desde el 1 de enero al 31 de diciembre de 2022: se registraron 242 víctimas de femicidio confirmadas, que incluyen 23 femicidios vinculados, 7 personas Trans y 14 suicidios feminicidas. Informe disponible en: https://www.dpn.gov.ar/documentos/Observatorio_Femicidios_-_Informe_Final_2022.pdf

⁵ Para ampliar información, consultar el Informe *“La Revolución de las Mariposas. A diez años de la gesta por el nombre propio”*, Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Disponible en: https://www.mpdefensa.gov.ar/sites/default/files/la_revolucion_de_las_mariposas.pdf

⁶ Para ampliar información, consultar el documento de trabajo *“Brecha salarial de género en la estructura productiva argentina”* publicado en noviembre de 2020 por Martín Trombetta y Julieta Cabezón Cruz. Disponible en: https://www.argentina.gov.ar/sites/default/files/2021/03/dt_2_-_brecha_salarial_de_genero.pdf

⁷ Para ampliar información, puede consultarse el informe publicado por la Dirección Nacional de Economía, Igualdad y Género el 1 de septiembre de 2020 *“Los cuidados, un sector económico estratégico Medición del aporte del Trabajo doméstico y de cuidados no remunerado al Producto Interno Bruto”*, disponible en https://www.argentina.gov.ar/sites/default/files/los_cuidados_-_un_sector_economico_estrategico_0.pdf

históricamente discriminada y en la construcción de datos que permiten dimensionar la problemática y evaluar el impacto de las políticas ejecutadas contemplando distintas interseccionalidades.

➤ b. Diseño y/o formulación

La Ley Micaela ordena la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra las mujeres para todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación (art. 1, ley 27.499).

Establece como autoridad aplicación al Instituto Nacional de las Mujeres (hoy el Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad de Nación), que debe no sólo de certificar la calidad de las capacitaciones que elabore e implemente cada organismo del Estado (art. 5, ley 27.499) sino que también es el Ministerio encargado de capacitar a las máximas autoridades de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación (art. 6, ley 27.499).

En relación a los diagnósticos de progreso y a la difusión de la información sobre el estado de implementación de la política, cabe aclarar que en la misma ley, en su art. 7, hace mención a que la autoridad de aplicación “deberá brindar acceso público y difundir el grado de cumplimiento de las disposiciones de la presente en cada uno de los organismos referidos en el artículo 1”. Se especifica que deberá identificarse a las/os responsables de cumplir con las obligaciones en cada organismo y el porcentaje de personas capacitadas, desagregadas según su jerarquía incluyendo la nómina de altas autoridades del país que se han capacitado. Además de los indicadores cuantitativos, se deben evaluar indicadores de evaluación sobre el impacto de las capacitaciones realizadas por cada organismo.

En este sentido, cabe mencionar que en la página web del MMGyD se encuentra el informe de gestión sobre la implementación de la Ley, publicado en diciembre de 2021.

➤ c. Implementación y/o Ejecución

A los fines de analizar la implementación y ejecución de la Ley, nos basaremos en los datos de gestión desarrollados por el propio MMGyD en el informe antes mencionado. En el mismo se especifica que:

- Desde la sanción de la ley a diciembre de 2021, se capacitaron a 104.600 agentes y autoridades, pertenecientes a los tres poderes del Estado a nivel nacional (MMGyD, 2021, p. 3).

- Durante 2020 y 2021 se implementaron 4 cohortes del dispositivo de fortalecimiento institucional, en donde 56.811 agentes estatales de los tres poderes fueron capacitados en el marco de los programas certificados y en proceso de certificar y 145 equipos de organismos del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial recibieron asesoramiento en el diseño y puesta en marcha de sus propios programas (MMGyD, 2021, p. 4).
- Se certificaron 44 programas de capacitación y 34 áreas del Estado se encontraban en proceso de certificación (MMGyD, 2021, p. 4).

Asimismo, en el informe se aclara que una decisión política estratégica fue la sensibilización⁸ y formación a las autoridades, por la incidencia que las mismas tienen en la toma de decisiones y en el diseño e implementación de las políticas públicas.

➤ d. Monitoreo y evaluación

En relación a este último punto, en el informe (MMGyD, 2021, p. 25 y 26) se aclara que el MMGyD participó en el diseño de un conjunto de indicadores para la evaluación de resultado e impacto de la aplicación de la normativa a través de una consultoría externa con el Área de Género, Sociedad y Políticas de FLACSO Argentina y el Banco Mundial. Se aclara que el producto de ese trabajo es un documento que sistematiza los indicadores en base a tres dimensiones de análisis:

1. Gestión de la implementación de las capacitaciones: en donde se abordan los aspectos instrumentales y operativos correspondientes a la coordinación e implementación de las capacitaciones.
2. Impacto del proceso de capacitación en las personas: refiere a los resultados del proceso formativo, los que permiten evaluar los resultados del proceso formativo y su implicancia en las personas capacitadas.
3. Transferencia del impacto de la capacitación en las instituciones: se orienta a analizar en qué medida las capacitaciones contribuyen a un cambio en la orientación estratégica de las instituciones a través de la incorporación de la perspectiva de género y diversidad.

Estos datos fueron obtenidos a partir de dos cuestionarios realizados a los participantes (antes y después de realizar la capacitación) y de la sistematización de las observaciones realizadas por los equipos a cargo de las capacitaciones y de la evaluación.

Del Informe surge que se evaluó:

⁸ Se aclara en el informe que “El objetivo de las sensibilizaciones es promover la revisión crítica respecto de los diseños institucionales y propuestas de políticas públicas, siendo en muchas oportunidades una primera instancia de abordaje y apertura de preguntas para promover la jerarquización de la agenda de género y diversidad en cada repartición del Estado”.

- **el alcance de las capacitaciones realizadas:** Datos que relevan principalmente la eficacia (¿alcanzó sus objetivos?) y eficiencia (¿se obtuvieron resultados en tiempo y forma?) de las capacitaciones realizadas en términos de cantidad de personas a las que alcanzó, cuántos cursos se realizaron y qué proporción de la nómina de la institución, organismo o dependencia se capacitó en un año dado. Este dato implica que se explicita la cantidad de personas que trabajan en ese organismo de manera tal de poder calcular a cuántas se ha capacitado hasta el momento de la evaluación y por lo tanto, cuántas falta y que esta observación se renueva año a año por la renovación habitual de las nóminas de las instituciones (ELA, 2021, p. 10).
- **el fin / meta de las capacitaciones:** Datos que permiten reflexionar sobre los objetivos de las capacitaciones y preguntarse sobre los cambios o transformaciones que pueden lograr desde la perspectiva de las y los agentes que se desempeñan en la institución. Se puede evaluar el conocimiento adquirido, la incorporación de herramientas y sobre todo la sensibilización y la toma de conciencia sobre la relevancia y pertinencia de la Ley. Algunos de los indicadores de seguimiento fueron, por ejemplo: “Participantes reconocen que incorporar el enfoque de género a las prácticas cotidianas de la institución es central para la prevención de violencias por motivos de género”, “Participantes reconocen que incorporar el enfoque de género a las prácticas cotidianas de la institución es central en la formulación de políticas”, entre otros (ELA, 2021, p. 12 y 13)
- **la recordación de contenidos mínimos:** Datos que refieren principalmente a la recordación por parte de los/las participantes sobre los temas y contenidos tratados en las capacitaciones. Algunos de los indicadores de seguimiento son “Los participantes conocen la CEDAW, Convención de Belem do Pará, Principios de Yogyakarta (...)”, “Los participantes distinguen conceptos básicos sobre la perspectiva de género: sexo y género son conceptos diferentes” “Los participantes conocen el concepto de interseccionalidad” “Los participantes reconocen que identidad de género, expresión de género y orientación sexual son conceptos diferentes entre sí” (ELA, 2021, pp. 14/16).
- **monitoreo de estrategias pedagógicas y metodológicas de las capacitaciones:** Datos que aportan elementos para el seguimiento de las estrategias y dinámicas empleadas por los equipos de capacitación. Surgen del mismo equipo encargado de llevar adelante las capacitaciones y evaluaciones (ELA, 2021, p. 19).
- **monitoreo de cambios en el mediano plazo:** Datos que permiten registrar el seguimiento de cambios o transformaciones que se observan en un ciclo completo de evaluación y se

basa en la noción de que los cambios se producen paulatinamente y pueden tardar en hacerse evidentes. Al igual que en el punto anterior, permiten sistematizar la observación de los equipos a cargo de las capacitaciones y de la evaluación. Estos datos podrían facilitar la decisión de ajustar o sofisticar las capacitaciones y sus contenidos de acuerdo con estos cambios, al mismo tiempo que permiten evaluar en qué medida las capacitaciones han sido útiles para avanzar en las transformaciones institucionales que se busca generar con la implementación de los espacios de formación. Se proponen como ejemplos de avances: incorporar una mirada de género al análisis de la problemática que se busca abordar; comenzar a recolectar información desagregada por género en un programa, incorporar metas concretas que promuevan mayor igualdad en la planificación del área/organización/institución; revisar las políticas y prácticas internas de cuidado; elaborar en forma colectiva protocolos internos de actuación ante situaciones de violencia laboral, entre otros (ELA, 2021, p. 21 y 22).

Conclusiones

La Ley N° 27.499 “Ley Micaela” de Capacitación Obligatoria en Género para todas las personas que integran los tres poderes del Estado, constituye una respuesta concreta por parte del Estado a una problemática social frente a la cual está obligado a responder mediante la puesta en marcha de políticas públicas. Ahora bien, al pensar abordajes de problemáticas transversales -en donde la prevención juega un rol fundamental-, se requiere que las políticas públicas contemplen esta transversalidad y se propongan respuestas coordinadas e integrales. Para lograr ello, es necesario que todas las personas que forman parte del Estado se sensibilicen, capaciten y focalicen su accionar al pensar, diseñar, ejecutar y evaluar las políticas desarrolladas desde todo el Estado, teniendo presente esta desigualdad estructural basada en el género. Dicho de otro modo, se debe apuntar a modificar las bases, generando un piso mínimo común, un punto de partida desde el cual se pensarán, ejecutarán y evaluarán todas las futuras políticas públicas.

Entendemos que la sanción de esta Ley, constituye un valioso aporte en este sentido.

Tal como lo mencionamos, si partimos de la base de que las políticas públicas tienen un ciclo de vida que se realimenta constante y sistemáticamente, hay dos puntos centrales que se deben tener en cuenta: la importancia de la evaluación periódica de la política pública y la necesidad de que los datos que se generen tengan en cuenta la perspectiva de género contemplando las distintas interseccionalidades. Ambos puntos se encuentran contemplados en la Ley Micaela, ya que, por un lado, la periódica evaluación fue considerada desde el diseño mismo de la Ley, especificando el

modo en que se darían a conocer los avances en su cumplimiento y fijando los lineamientos y la información mínima que el Estado deberá generar y presentar. Este punto resulta ser fundamental no sólo para que desde el mismo Estado se puedan ir realizando ajustes en la medida en que la política se va ejecutando, sino que se garantiza a la población acceder, de manera simple, a información que se presenta de manera clara y comprensible. Por el otro, se espera que la sensibilización y formación en género de las y los agentes y autoridades estatales redunde en que desde todas las áreas del Estado se contemple la perspectiva de género al momento de sistematizar la información y de producir datos, lo cual generará nuevos insumos para seguir problematizando y creando nuevas respuestas.

Ahora bien, tal como referimos en el punto 1, parte 1 del trabajo, el diseño, la implementación, el monitoreo y la evaluación deben realizarse a partir de un proceso permanente de inclusión, deliberación y participación social efectiva. Sin embargo, a partir de la lectura de la información a la que pudimos acceder, no podemos afirmar si la participación pública estuvo garantizada en el proceso de confección de los lineamientos generales de la Ley Micaela y, eventualmente, cómo. En este sentido, nos parece oportuno comparar el diseño de la Ley Micaela con el de la Ley de Formación integral en ambiente para las personas que se desempeñan en la función pública, “Ley Yolanda”, sancionada en el año 2020, que busca garantizar la formación integral en ambiente, con perspectiva de desarrollo sostenible y con especial énfasis en cambio climático (que también está dirigida a quienes se desempeñan dentro de la función pública en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación). De la lectura de ambas leyes, se puede observar que tienen un diseño similar, sin embargo, en esta última ley, en el art. 4 se contempla la participación pública estableciendo que: “La autoridad de aplicación deberá garantizar la participación de instituciones científicas especializadas en la materia, así como de la sociedad civil y sus organizaciones, en el marco del proceso de confección de los lineamientos generales (...)”.

En relación a ello, compartimos la opinión brindada por Laura Pautassi en “Indicadores en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Más allá de la medición” en donde sostiene que el principio de participación resulta clave en las estrategias y políticas de desarrollo, al mismo tiempo que resulta un método para identificar necesidades y prioridades a nivel local o comunitario” (Pautassi, 2010, p. 57).

Sin perjuicio de esta observación, luego del análisis realizado en el presente trabajo, entendemos que, la “Ley Micaela” se constituyó como una herramienta de suma importancia para el avance del cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado argentino de un modo transversal, sostenido, articulado y progresivo y que en su mayor medida se adecuaba a los elementos

que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos e instrumentos interamericanos e internacionales en la materia, señalan que debe contar una política pública con enfoque en Derechos Humanos.

Bibliografía

LORENZETTI, R. L. y LORENZETTI, P. (2018), Derecho Ambiental.

PAUTASSI, L. (2010). Indicadores en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Más allá de la medición, en V. Abramovich, L. Pautassi, Medición de Derechos en las Políticas Sociales, Editores del Puerto.

VAZQUEZ D. y DELAPLACE, D. (2011). Políticas Públicas con perspectiva de derechos humanos: un campo en construcción, Revista Sur, volumen 8; Nº 14, pp. 35-65.

Normativa

Ley 25.485, Ley de Protección Integral a las Mujeres, sancionada el 11/03/2009

Ley 26.743, Ley de Identidad de Género, sancionada el 9/05/2012

Ley 27.499, Ley Micaela de capacitación obligatoria en género para todas las personas que integran los tres poderes del Estado, sancionada el 10/01/2019

Ley 27.501, Ley N° 26.485. Modificación. Incorporación como modalidad de violencia a la mujer al acoso callejero, sancionada el 16/04/2019

Ley 27.533, Ley N° 26.485. Modificación, sancionada el 20/11/2019

Ley 27.592, Ley Yolanda, sancionada el 15/12/2020

NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL (1979), Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS [OEA], (1995), "Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, (Convención De Belém Do Pará)".

Principios sobre la Aplicación de la Legislación Internacional de Derechos Humanos en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género, Principios de Yogyakarta (2007).

Informes

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS [CIDH], (2008), "Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales" OEA/Ser.L/V/II.132, Doc. 14 rev. 1

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS [CIDH], (2009), "Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos", OEA/Ser.L/V/II. doc. 57

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS [CIDH], (2017). “Plan Estratégico 2017-2021”, OEA/Ser.L/V/II.161 Doc. 27/17 20

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS [CIDH], (2018), “Políticas públicas con enfoque de Derechos Humanos”, OEA/Ser.L/V/II. Doc.191/18

ELA - EQUIPO LATINOAMERICANO DE JUSTICIA Y GÉNERO (2021). “Guía para la evaluación de las capacitaciones de género. Ley Micaela Nro. 27.499, ELA - Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (2021), disponible en

<https://www.ela.org.ar/a2/objetos/adjunto.cfm?aplicacion=APP187&cnl=87&opc=53&codcontenido=4348&codcampo=20>

INSTITUTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN DERECHOS HUMANOS DEL MERCOSUR, [IPPDH], (2014). Ganar Derechos: Lineamientos para la Formulación de Políticas Públicas basadas en Derechos.

MECANISMO DE SEGUIMIENTO DE LA CONVENCIÓN BELÉM DO PARÁ [MESECVI], (2013), “Indicadores de progreso para la medición de la implementación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer”, OEA/Ser.L/II.7.10, MESECVI/CEVI/doc.188 /13 rev.1

MINISTERIO DE LAS MUJERES, GÉNEROS Y DIVERSIDAD, “Informe. Implementación de la Ley N° 27499. Ley Micaela”, (2021). Disponible en <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2020/02/informe-leymicaela-web-2021.pdf>

Las reglas de exclusión de la prueba como límite a la verdad.

Análisis desde un caso práctico

The exclusionary rules of the evidence as a limit to the truth.

Analysis from a practical case

Por Serrana Delgado **Manteiga**¹.

Resumen: El presente artículo aborda el problema de las reglas de exclusión de la prueba y su eventual conflicto con la verdad de los hechos. Se considera que, si bien la verdad experimenta límites en el derecho, un razonamiento jurídico que involucra hechos, sostiene su justificación en que los hechos tomados por verdaderos, lo sean. A su vez, en algunos casos, las reglas de exclusión de la prueba, aunque aparentan implicar un conflicto inconmensurable con la verdad, no lo hacen. En el caso de la sentencia Número 170/22 del 17/3/22 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Uruguay, dicho Tribunal dictamina en función de la regla del fruto del árbol envenenado, cuando, en el caso, no se configuraban los supuestos para que dicha regla aplicara. La confusión se sustenta en no distinguir dos niveles de análisis: el de la causalidad y el de la normatividad².

Palabras clave: Verdad; Reglas de exclusión de la prueba; Causalidad; Normatividad.

Abstract: This article addresses the problem of exclusionary rule of evidence and its eventual conflict with the truth of the facts. It is considered that although the truth experiences limits in the law, a legal reasoning that involves facts, sustains its justification in that the facts taken as true, are so. In turn, in some cases, the exclusionary rules of the evidence, although they appear to imply an immeasurable conflict with the truth, do not. In the case of judgment Number 170/22 of 3/17/22 of the Uruguayan Tribunal de lo Contencioso Administrativo, said Court ruled based on the rule of the fruit of the poisonous tree, when, in the case, the assumptions were not established for that rule to apply. The confusion is based on not distinguishing two levels of analysis: that of causality and that of normativity.

¹ Profesora Adjunta de Filosofía y Teoría General del Derecho de la Facultad de Derecho de la UDELAR (Montevideo, Uruguay). Encargada del Departamento Jurídico de la Dirección General Impositiva del Uruguay. serranadelgadam@gmail.com

² Las afirmaciones vertidas en el presente artículo son de exclusiva responsabilidad de su autora y no comprometen a ninguna persona o institución. Estas reflexiones, aunque redactadas con posterioridad, fueron posibles gracias al Proyecto de financiación de CSIC "El discurso de los hechos en el derecho", cuyo responsable fue el Profesor Andrés Blanco y que realizamos también junto al Dr. José Gómez Leiza

Keywords: Truth; Exclusionary rules of the evidence; Causality; Normativity.

1. Introducción. El derecho, la verdad y el litigio de interés público.

El problema que se aborda en el presente artículo es hasta qué punto el derecho persigue la verdad o el conocimiento genuino de los hechos, al contar con normas del estilo de la cosa juzgada, la limitación a la prueba en general (plazos y cantidad) y normas que ordenan desechar cierta prueba por considerar que fue obtenida de forma ilícita. En estos casos se suele afirmar que el derecho no prioriza la verdad y suele priorizar otros valores como la certeza o la seguridad. Este problema se presenta con cierta crudeza en los litigios de interés público³, ya que las reglas sobre limitación de la prueba están pensadas con carácter general, y no en clave de este tipo de litigios. Para el análisis de la tensión entre la verdad y las reglas de exclusión probatoria me voy a valer del ejemplo de un caso de la materia tributaria resuelto por el órgano de única y última instancia en materia administrativa de Uruguay⁴.

Las reglas de exclusión de la prueba son un desafío para los litigios de interés público porque suelen responder a ciertas estructuras procesales tradicionales que se basan en dos sujetos que se enfrentan y que persiguen intereses particulares. Algunos conflictos de interés público, por el contrario, suelen involucrar la participación de colectivos, donde tal estructura tradicional no se da. Las limitaciones probatorias suelen estar pensadas para el litigio tradicional, porque es común que las reglas procesales que regulan la producción de la prueba establezcan la limitación de la cantidad de testigos a ofrecer y hasta, en un sentido bastante más básico y material, los recintos edilicios no admiten la concurrencia de un colectivo de sujetos. Así lo han destacado Abramovich y Curtis (2002), poniendo énfasis en que las estructuras procesales están pensadas para litigar los derechos civiles y políticos y no los derechos económicos, sociales y culturales, bajo la falsa tesis que este tipo de derechos demandan dinero, mientras que los civiles y políticos no. Ya Holmes y Sunstein habían relevado los elevados costos económicos que implicaba la protección de las libertades básicas en los Estados Unidos y que los impuestos lejos de ir en contra de la propiedad privada, contribuían a asegurarla (1999, p. 62).

Por otra parte, los litigios de interés público, en la medida que involucren a un colectivo de agentes, invitan a replantear la aplicación que de las reglas de exclusión probatoria hacen los

³ Para el concepto de litigio de interés público remito a Ucín 2017.

⁴ No considero que este caso pueda ser clasificado como un caso de litigio de interés público, pero entiendo que las cuestiones problematizadas aquí nos pueden aportar herramientas conceptuales que nos ayuden a comprender mejor los desafíos probatorios que presentan a este respecto los litigios de interés público.

magistrados. En estos casos, parece imprescindible que los jueces, en tanto agentes prácticos, ponderen adecuadamente la pertinencia de la aplicación de tales reglas. Cuando lo que está involucrado es una cuestión que afecta el interés de ciertos colectivos de sujetos, la aplicación de tales reglas debería de tomar especialmente en cuenta los desafíos probatorios a los que se enfrentan tales litigios y especialmente la dificultad en la obtención de los medios probatorios. Ucín, por ejemplo, ha sugerido que el uso de presunciones en ciertos casos puede resultar una herramienta útil (2022, p. 136).

Una de las características del razonamiento jurídico es que es un tipo de razonamiento práctico (Maccomick, 2021) donde es necesario tomar una decisión. En tanto agentes racionales, frecuentemente tomamos decisiones. En general, (si contamos con ciertos recursos básicos) decidimos qué comer, qué amigos tener, qué estudiar, cómo vestirnos, qué actividad física realizar, dónde ir de vacaciones, etc. Estar comprometido con tomar la mejor decisión en un caso determinado parece exigir contar con toda la información. Desde este punto de vista, experimentamos desconcierto cuando tenemos que resignarnos a no tener la mejor y más completa información. A veces la verdad no nos satisface. Quisiéramos que las cosas fueran diferentes, que no fuera verdadero el diagnóstico de salud adverso que le ha hecho el médico a un familiar cercano, o que no sea cierto que un amigo está ofendido con nosotros, o que nuestra pareja está decepcionada por algo que hicimos o no hicimos, o que la maestra nos diga que el comportamiento de nuestro hijo en la escuela no es el esperable. La verdad a veces incomoda. Sin embargo, en todos estos ejemplos parece que es mejor contar con la verdad para poder hacer algo al respecto: recurrir a un tratamiento médico, a un psicólogo, a un nutricionista, hablar con nuestro amigo o nuestra pareja, etc. La verdad parece tener un efecto de incrementar nuestra libertad y nuestra capacidad de acción, sino en todos los casos, en casi todos los casos. Saber la verdad de los hechos nos conduce a tomar una mejor decisión. La idea de tomar una decisión sobre hechos falsos parece conspirar contra la racionalidad de la decisión.

El derecho presenta, en algunos casos, reglas como la de no autoincriminarse o la teoría del fruto del árbol envenenado que implican una restricción a la verdad de los hechos (Moreso y Vilajosana, 2004). En estos casos, hay un límite a la búsqueda de la verdad. El derecho ordena, por ejemplo, descartar evidencia obtenida en un domicilio sin la correspondiente orden de allanamiento judicial, y eventualmente, cualquier prueba derivada de dicha prueba obtenida en forma ilícita (Laudan, 2013). En definitiva, el derecho considera que la verdad no es un valor absoluto, y que la verdad no puede ser perseguida a cualquier precio. El reconocimiento de determinados derechos individuales y, del otro lado, el peso de la verdad, pueden llevarnos a experimentar cierta sensación

de desconcierto. Podemos no comprender cómo puede estar racionalmente justificado postergar la verdad y cómo puede contribuir esto a tomar la mejor decisión.

El discurso de los hechos en el derecho es un discurso problemático, como lo es también para las metateorías de las disciplinas duras. Quienes trabajan sobre epistemología de la física, por ejemplo, también tienen dificultades para considerar cuándo están frente a un hecho probado. Tanto las nociones de hecho como de verdad son nociones teóricas complejas, donde no hay un acuerdo unánime entre las distintas teorías epistemológicas sobre la verdad y el conocimiento.

Algunos teóricos del derecho están divididos sobre el rol que desempeña la búsqueda de la verdad en el discurso del derecho. Algunos son escépticos frente a la idea de verdad en general y entienden que la verdad es una noción con un tufillo a metafísico, como lo reseña Gascón (2004⁵), otros autores consideran que el derecho si bien experimenta ciertas restricciones a la búsqueda de la verdad, tiene como fin pronunciarse sobre hechos verdaderos y probados (Taruffo, 2008; Haack, 2020).

También es necesario tener presente que el derecho utiliza con frecuencia reglas constitutivas (Searle, 1998), lo que da cuenta del carácter institucional del derecho. Las reglas constitutivas son reglas que crean conductas que no existen con independencia de la regla. La regla que sanciona el penal en el fútbol (la analogía con los juegos nos ayuda a comprender mejor el fenómeno), por ejemplo, crea al mismo tiempo la conducta “hacer penal”. No existe la conducta “hacer penal” fuera de una cancha de fútbol. Lo mismo sucede con el derecho, fuera del discurso jurídico, no existen los hechos “hacer una estafa”, “cometer una defraudación tributaria”. En este sentido el derecho crea hechos, crea “realidad”. Lo anterior no significa que el derecho no tenga que tomar en cuenta el acaecimiento de hechos brutos, de regularidades de comportamiento, que son necesarias o imprescindibles, pero hay que tener presente que es el derecho el que le asigna significado a esas regularidades de conducta.

Lo anterior no va en desmedro de considerar que la verdad es un valor muy importante para el derecho, pero es necesario reconocer que hay ciertas restricciones institucionales a la búsqueda de la verdad, y que los hechos del caso no son un concepto pacífico que no presente problemas.

2. El elusivo concepto de verdad.

Las nociones de hecho, verdad y creencia, son nociones muy emparentadas. Es célebre la definición dada por Russell (2005) de que un hecho es aquello que hace verdadera nuestra creencia.

⁵ En el campo filosófico general es conocida la posición contraria a la idea de verdad sostenida por teóricos como Rorty.

La noción de verdad es muy importante para la propia idea de conocimiento ya que parece bastante claro que no puede haber un conocimiento de hechos falsos. La ciencia aspira a conocer la verdad sobre el campo o la disciplina sobre la que trabaja.

Desde Platón (2000) en el Diálogo del *Teetethos*, (se trata de un debate entre Sócrates y Teetethos), las nociones de conocimiento y verdad se hallan hermanadas, el concepto de conocimiento se presentan en el diálogo platónico como una creencia verdadera y justificada. Desde entonces el conocimiento se estructura bajo la idea de trilogía planteada por Platón, como: 1) una creencia, 2) verdadera y 3) justificada. Más allá de algunos problemas planteados por dicha trilogía platónica⁶, el planteo del autor sirvió de referencia para considerar que los problemas vinculados al conocimiento eran problemas vinculados a las creencias, a la verdad y también a la justificación.

Desde hace un tiempo considerable, resuena la pregunta de Aristóteles: “¿Cuándo tiene lugar o no lo que se llama verdadero? No es porque pensemos en verdad que tú eres blanco, tú eres blanco, sino porque tú eres blanco nosotros, al decirlo estamos en la verdad”. (2018, p. 32) Con esta pregunta Aristóteles reafirmaba un concepto objetivo de verdad que se separa de cualquier tesis que pueda dar al sujeto un rol protagónico en la noción de verdad. La verdad es aquello que está más allá de lo que cualquiera pueda afirmar, es algo distinto a una mera creencia y la verdad cumple un rol protagónico cautelar, nos asegura la posibilidad del error y lo hace también del error masivo o unánime. Se aleja, de esta manera, de cualquier concepción de la verdad como consenso.

La teoría de Aristóteles se conoce como la teoría de la verdad como correspondencia. En la filosofía antigua el centro estaba en el objeto que se conoce, el sujeto no ocupaba un lugar relevante. Los problemas que plantea esta teoría de la correspondencia es cómo explicar cómo un enunciado se puede corresponder con un hecho, dado que se trata de dos categorías ontológicas diferentes, una es un pedazo de lenguaje y la otra un pedazo del mundo.

Fue Tarski (1969) quien presentó en el año 1944 una teoría de la verdad como correspondencia rehabilitada, en el sentido de que no pretendía establecer a qué porción del lenguaje se corresponde determinada porción del mundo, como lo hacía la teoría aristotélica (Rorty, 2001). Pero en la teoría correspondentista tarskiana lo que se corresponden son dos trozos o paños de lenguaje. Estableció la muy útil distinción de niveles de lenguaje entre un lenguaje- objeto y un metalenguaje y consideró su teoría aplicable sólo a lenguajes formalizados. Consideraba a su teoría como epistemológicamente neutral, porque entendía que no adoptaba ningún compromiso epistemológico anterior. El punto central de Tarski es que la verdad sólo se puede aplicar a las

⁶ En 1957 Edmund Gettier publicó un artículo titulado “¿Es Conocimiento la Creencia Verdadera y Justificada?” en el que fundamentó, mediante contraejemplos lógicos, por qué no podía considerarse que el conocimiento estuviese compuesto de esa manera. El trabajo tuvo tal impacto que trascendió en la comunidad filosófica como el *dilema de Gettier*.

oraciones de un lenguaje formalizado y que es, a su vez, necesario la utilización de un lenguaje diferente al que pertenece la oración cuya verdad se pretende predicar. Tarski logra conservar la objetividad de la noción de verdad, a costo de presentar una teoría poco ambiciosa, porque los hechos tarskianos son también lenguaje.

Todas las teorías de la verdad presentadas hasta el momento (aun también las teorías deflacionarias de la verdad) presentan dos notas características: una es la noción de absoluto (no es posible predicar la existencia de grados de verdad, un enunciado no es más o menos verdadero, es o bien falso, o bien verdadero), la otra nota es la de incondicionalidad (un enunciado que es hoy verdadero, lo fue en el pasado y lo será en el futuro, véase Horwich, 1998).

Davidson (1998) se plantea que los serios cuestionamientos a los que fue sometida la propia noción de verdad se debe a que se esperó demasiado de una teoría de la verdad. La comunidad académica pretendía que tal teoría determinara cuándo un enunciado o una creencia es verdadero. Pero la verdad no es ella misma una creencia, no tiene contenido proposicional, no es un objeto y por ende una teoría de la verdad no está encaminada a decirnos que algo es o no verdadero.

La noción central de verdad, se emparenta con la noción de conocimiento y de objetividad. La propia noción de pensamiento presupone la idea de verdad. Es la noción de verdad la que permite preservar la posibilidad del error. La verdad es un ideal normativo, una idea regulativa, funciona también como criterio de corrección que nos permite argumentar. Cualquier concepto de justificación, presupone a su vez el concepto de verdad. También parece claro que no necesariamente tiene que ser el mismo concepto el que utilizan las ciencias duras, que el que utiliza la propia filosofía y las ciencias sociales en general. La teoría de la verdad como correspondencia en su vertiente clásica tiene poco que hacer para la teoría moral. Una explicación de tipo naturalista de la noción de verdad no tiene sentido en el campo moral o ético porque que algo se corresponda con un hecho, no es de por sí una condición suficiente para que se asegure la verdad de un enunciado moral. Por ejemplo, si constatáramos que es verdad que la tortura causa dolor físico, no justifica el juicio “la tortura es condenable”, porque según nos enseñó Hume (2000), ningún es justifica un debe⁷. Por ende, la situación fáctica que la tortura cause dolor es un elemento físico o casual muy relevante para abstenerse de torturar a cualquiera, pero una intervención quirúrgica que le salva la vida a una persona también causa dolor, y el mismo juicio normativo que hacemos para la tortura no es trasladable al caso de la intervención médica.

Tampoco la noción de objetividad en las cuestiones normativas (entendiendo aquí normatividad en un sentido muy amplio de enunciados de valor o de deber) implica rechazar

⁷ Este argumento de Hume se hizo conocido en teoría moral como la falacia naturalista.

cualquier tipo de relativismo del sujeto. Se puede mantener la noción de objetividad y considerar que la mirada o el punto de vista del sujeto es muy relevante (Street, 2016; Nagel, 1998).

3. Un caso problemático de la jurisprudencia tributaria uruguaya.

En el sistema jurídico uruguayo está previsto a nivel constitucional, y regulado también a nivel de leyes, que todo el contralor de la legalidad de los actos administrativos del Estado los procesa un único órgano que a su vez es de última instancia. Se trata del Tribunal de lo Contencioso Administrativo (TCA en adelante), un tribunal compuesto por cinco miembros, jueces de carrera, que deciden sus casos por mayoría. Este órgano no forma parte del Poder Judicial, conformando un sistema orgánico independiente.

Lamentablemente, en el caso de la materia tributaria, no hay órganos judiciales especializados, y por ende, los ministros que llegan al TCA no cuentan con una basta experiencia en la materia tributaria, como sí pueden hacerlo en otras áreas en las que hayan estado la mayor parte de su carrera. Si bien algunos juzgados entienden en algunas cuestiones tributarias, suelen limitarse a un análisis preliminar de juicios con una estructura más reducida (medidas cautelares y juicios ejecutivos).

Entonces, si bien las administraciones tributarias suelen contar con ciertas facultades excepcionales que les confiere la ley, especialmente en materia de fiscalización, la ausencia de tribunales especializados en la materia tributaria, hace que las condiciones en que se litiga, disten de ser las óptimas.

Voy a problematizar en torno a una muy reciente sentencia del TCA, Sentencia 170/22 del 17/03/22. El caso involucra una defraudación tributaria millonaria en dólares (protagonizada por una empresa frigorífica de una dimensión económica importante), donde el TCA anula una resolución de la Dirección General Impositiva (DGI en adelante, organismo perteneciente al Poder Ejecutivo del Uruguay que recauda la mayor parte de los ingresos del estado en concepto de impuestos) aplicando una regla de exclusión de la prueba, la de la teoría del fruto del árbol envenenado.

Los hechos más relevantes son los siguientes: un ex empleado del frigorífico encargado de la facturación de la empresa, (condenado penalmente por estafa al frigorífico y despedido por notoria mala conducta) presenta una denuncia a la DGI donde incorpora documentación obtenida mientras trabaja en la empresa, que da cuenta de un sistema de facturación que dividía las ventas a la mitad, facturando la mitad del importe total de las ventas. El programa hacía que los registros informáticos

se borrarán en 24 horas.

A partir de la denuncia del “topo” o “infiltrado” (en rigor era un empleado de la empresa), la DGI se dirige a la empresa, interroga a testigos, revisa los registros informáticos del día, y se confirma la hipótesis denunciada. Posteriormente, se dirige a la empresa proveedora del software y contrasta la información de la denuncia con los respaldos informáticos de la proveedora, analizando más de 350 comprobantes fiscales y concluye que la denuncia es veraz y que efectivamente la empresa defraudaba millones de pesos al año de impuestos. Presenta denuncia penal contra los representantes de la empresa, contra los socios de la empresa proveedora del software y contra el propio denunciante. En sede penal las directoras del frigorífico son condenadas por el delito de defraudación tributaria. En sede del TCA, se anula la resolución en una decisión de 3 votos contra 2. La mayoría argumenta que la DGI se basó en una prueba nula, porque considera que proviene de la denuncia presentada por el ex empleado, y que no se cumplieron las garantías del debido proceso.

Teniendo este caso en mente, quiero problematizar en primer lugar sobre algunas cuestiones conceptuales. Quiero enfatizar que la existencia de ciertas reglas que, aparentemente, están reñidas con la verdad, en realidad no lo están. Por ejemplo, en el caso de la regla de las Advertencias Miranda, no está reñida con la búsqueda de la verdad en su origen, porque precisamente intentan evitar, por ejemplo, obtener confesiones falsas mediante tortura, basándose en la convicción de que alguien para frenar la tortura está dispuesto a declararse culpable.

La regla del debido proceso, o en el caso, que las pruebas tengan una procedencia legítima, muchas veces se afirma en, justamente, preservar la verdad. Por ejemplo, cuando se obtienen pruebas, cuya procedencia es dudosa porque no se siguieron las garantías de su obtención o preservación o porque, por ejemplo, se trata de pruebas “plantadas”, la idea es preservar la verdad, desechando pruebas cuyo origen y forma de obtención no tiene transparencia. En estos casos, estas reglas están hermanadas con la noción de verdad y no hay una contraposición con la verdad.

Sin embargo, en la regla que permite la no autoincriminación, o en la consagración del derecho a mentir de un imputado penalmente, o en el caso de la teoría del fruto del árbol envenenado asistimos a casos donde el derecho posterga la verdad para decidirse por otro valor. Parecemos enfrentar un caso de dilema moral con valores enfrentados que no parecen conmensurables.

4. Las restricciones que experimenta la premisa fáctica.

Asumiendo que el razonamiento jurídico se basa en argumentos jurídicos que implican la

unión de dos premisas mediante una conclusión, tenemos que siempre que adoptamos una decisión jurídica, lo hacemos (o deberíamos) partiendo de una regla general, una norma jurídica, que constituye la premisa mayor, o general o también llamada premisa normativa. Junto a ella aparece la llamada premisa fáctica o los hechos del caso. Más propiamente se trata de una proposición sobre los hechos del caso, llamada premisa menor o premisa fáctica (Moreso y Vilajosana, 2004). La premisa menor, para que el razonamiento no sólo sea válido sino para que esté justificado jurídicamente, debería ser una instanciación de la premisa mayor.

O sea, para que un juez llamado a juzgar un caso de homicidio tome una decisión correcta al aplicar la norma que sanciona con una pena de penitenciaría al homicidio, debería estar frente a un caso de, precisamente, homicidio. En otras palabras, sería un razonamiento del tipo: “1. El que cometa homicidio debe ser sancionado con una pena de 4 años de prisión (premisas normativa). 2. Juan cometió homicidio (premisas fáctica). 3. Juan debe ser sancionado con una pena de cuatro años de prisión (conclusión). Para que el razonamiento esté justificado tiene que ser el caso que Juan cometió homicidio. La proposición tiene que ser verdadera. Si el derecho pone coto a la verdad, rechazando medios probatorios que son hábiles para probar lo que intentan probar, el asunto es un asunto serio. La pregunta es: ¿en qué casos está justificado que el derecho deje de lado la verdad? ¿cuáles son las razones que habilitarían a tomar una decisión como esa? ¿Estaría justificado dejar la verdad de lado en pos de lograr otros valores? ¿Nos traicionamos a nosotros mismos en tanto agentes racionales al postergar la verdad?

Creo que es necesario distinguir algunas situaciones. Como dije al comienzo, hay algunas reglas de exclusión de la prueba que no implican resignación a la verdad, sino que pueden entenderse como dirigidas al mismo fin de perseguir la verdad. Los ejemplos del debido proceso, en cuanto a presentar pruebas que puedan ser falsables o contrastables mediante otros medios probatorios, son un caso claro de exclusión de pruebas que no son fiables de por sí, porque eventualmente pueden dejar al individuo en un caso de indefensión. Por ejemplo, en otro caso tributario que es el origen de la introducción por parte de la jurisprudencia del TCA de la regla del fruto del árbol envenenado, (se trata del caso de un prestamista, Sentencia 187/2012 de 15/5/2012), el TCA, de una forma justificada, anula una resolución de la DGI, que se sucede tras una inspección donde se obtiene prueba (un registro informático), que no estaba correctamente identificada. El archivo mencionado en el acta no se encontraba salvaguardado porque no se utilizaba un procedimiento que permitiera inmacular la prueba, o sea, no era posible corroborar que el archivo que se adjuntaba al expediente fuera efectivamente el obtenido en el domicilio del

contribuyente, acusado de defraudación tributaria⁸. En esta ocasión, el TCA utiliza el concepto de que la verdad, si bien es un valor muy importante para el derecho, no puede obtenerse a cualquier precio y que el fin no justifica los medios. Pero, en rigor, por el contrario, la aplicación de la regla del debido proceso en este caso, lejos de comprometer a la verdad, la asegura. La exclusión de la prueba se da porque no puede considerarse fidedigna al no respetar la cadena de inmaculabilidad (por llamarla de algún modo) y, por ende, la verdad de los hechos que se probaría a través de ella, está en seria cuestión. Esto afecta el derecho de defensa, pero afecta también al mismo tiempo la verdad, y no hay aquí un dilema, ni valores inconmensurables en conflicto (Raz, 2011).

Tampoco hay, en estricto rigor, una cuestión de la genuina aplicación de la teoría del fruto del árbol envenenado, porque no hay una construcción probatoria a partir de la prueba obtenida de esta forma. La prueba es prácticamente la más relevante obtenida durante el procedimiento y no hay otra prueba derivada a partir de ella.

En cambio, en el caso del Frigorífico, que es el caso que nos ocupa, el TCA anula la resolución basado en la regla de exclusión probatoria de la teoría del fruto del árbol envenenado. Voy a argumentar por qué no considero que en el caso la sentencia dictada por la mayoría del TCA (cuenta con una enfática y fundada discordia de dos de sus miembros) esté justificada.

5. Por qué la sentencia dictada en mayoría no se encuentra justificada.

En primer lugar, hay una especie de solapamiento en la argumentación del TCA, que descuida un elemento fundamental: el denunciante no es funcionario de la Administración Tributaria y este es un elemento clave (que hace notar la discordia). Asumamos que la teoría del fruto del árbol envenenado es aplicable en el derecho uruguayo (aunque no haya ninguna disposición normativa explícitamente formulada, podríamos considerarla una suerte de principio al que, de todas formas, podrían formularse severos reparos), siempre que es de aplicación la regla, es porque quienes infringen las normas de obtención de las pruebas son funcionarios públicos. Los ejemplos que se suelen citar es cuando los funcionarios no cuentan con las potestades para ejercer ciertos actos, por ejemplo: el cacheo a un sospechoso sin atenerse a la función que estaban cumpliendo; el allanamiento a una parte de un domicilio que era personal y no estaba contemplado en la orden de allanamiento, etc (Laudan, 2013).

⁸ En este caso puntual lo que falló fue la extracción de la prueba, dado que no se pudo demostrar que el archivo incorporado al expediente fuese el obtenido durante el allanamiento en el domicilio del contribuyente. Esto se podría haber solucionado con alguna herramienta informática (una clave o código), o con la extracción del archivo en un cd que se firmara por parte de los inspectores y el contribuyente con algún marcador indeleble. Por ende, el vicio refirió a que dicha prueba no se consideró admisible, pero por la estructura del proceso judicial vigente en Uruguay para los casos que se tramitan ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, este tipo de cuestiones se analiza en la sentencia definitiva.

En el caso del Frigorífico, lo que hacen los inspectores es recibir una denuncia. Una denuncia presentada por un particular, ex empleado de la empresa. Si bien es cierto que la denuncia tiene alguna particularidad porque la presenta con cierta documentación, (mediante la agregación de archivos informáticos) no deja de ser la recepción de una denuncia por parte de funcionarios no sólo con facultades al efecto, sino más bien con la obligación de recepcionarla. Entonces quien, en todo caso (digo en todo caso porque esto último también resulta, al menos, discutible, por razones que exceden la presente presentación) obtuvo la prueba de forma “ilícita” fue el ex empleado. Es importante destacar que esto es soslayado por la mayoría del TCA que no pone foco en que esta “ilicitud” haya sido cometida por el denunciante, sólo al pasar menciona que: “Se entiende que, se vulneró el derecho de defensa de la empresa, los documentos fueron copiados de manera clandestina y no se respetaron las garantías necesarias para asegurarse de que la información contenida en los CDs aportados por el denunciante era fidedigna de la existente en la computadora del Frigorífico, lo que sella la suerte del proceso hacia la solución anulatoria...”. Este es, esencialmente, el argumento que conduce a la anulación y se basa en consideraciones erróneas. Quien copió los documentos en forma clandestina no era funcionario de la Administración Tributaria, ni estaba en connivencia con ella.

En segundo lugar, el desacierto que contiene la decisión de la mayoría está conectado con lo anterior y tiene que ver con que se hayan violado las garantías del debido proceso, lo que deviene en un aspecto clave también. En efecto, aun cuando la Administración hubiese citado a los representantes del frigorífico a la apertura de la documentación agregada por el denunciante, en ningún caso la prueba era hábil para probar lo que se pretendía probar. Pero en todo caso, este es un asunto de valoración de la prueba y no de su admisibilidad. La citación a los representantes de la empresa sólo hubiese asegurado que lo que estaba en los cd aportados por el denunciante y lo que constaba en actas era idéntico, pero en ningún caso hubiese asegurado que lo que estaba en los cd era la documentación del Frigorífico. Esto se debe a la sencilla, pero clara razón, de que nadie estuvo controlando toda la documentación que era copiada por el ex empleado, mientras se desempeñaba como jefe de administración de la empresa (probablemente, dado que estaba cometiendo ilícitos quería obtener un respaldo de dichos ilícitos, a los efectos de ser presentado ante las autoridades judiciales, si era denunciado, lo que efectivamente hizo). Los cd no regrabables agregados en el expediente de por sí no probarían en ningún caso que se trataba, efectivamente, de la doble contabilidad de la empresa.

En tercer lugar, no hay ninguna norma que obligue a la Administración a citar a una empresa cuando recibe una denuncia. Las razones de esto son de sentido común: la Administración no sabe

en qué momento va a recibir una denuncia, tampoco parece justificado citar a una empresa frente a cualquier denuncia porque hay denuncias que no son verosímiles y es necesario analizar, preliminarmente al menos, su verosimilitud. Se desprende de los resultados y considerandos de la sentencia que, en un primer momento, las inspectoras labran un acta y reciben una denuncia que viene acompañada de documentación en cd no regrabables. Al no poder abrir los cd (como sucede con frecuencia y es razonable: la Administración no tiene la licencia de los programas que los contribuyentes instrumentan para defraudar impuestos que son desarrollados a medida) citó nuevamente al denunciante y se acompañó de un licenciado en informática de la Administración. En ese momento constató que algunos comprobantes serían, presumiblemente, del Frigorífico. En concreto, se abrieron cinco comprobantes, como surge del relato de la mayoría del TCA. Hasta este momento la Administración no estaba en condiciones de descartar que el denunciante fuese un demente, o un ex empleado despedido que hiciese una denuncia falsa.

Pero, aun cuando considerase que la denuncia fuese verosímil, para que la denuncia tenga sentido, no parece justificado poner en sobreaviso a la empresa denunciada, porque hacerlo implicaría alertarla y que sea posible que elimine ciertas pruebas contundentes. En este caso, la funcionalidad del sistema hacía que el registro sólo durara un tiempo estimado de 24 horas (funcionalidad del sistema llamada ping pong). En conclusión, este argumento sostenido por el TCA no es un argumento para descartar la admisibilidad de la prueba, sino para considerar que la prueba no prueba lo que pretende probar. El denunciante podría haber adulterado los registros contables, con lo que citar a la empresa no le daba ningunas garantías, porque no era posible viajar en una máquina del tiempo y presenciar todos los años en que el denunciante guardó, diligentemente, los registros de la empresa, para, presumiblemente, cubrirse lo mejor que pudiera en el caso de una denuncia por estafa (lo que a la postre no le resultó porque fue condenado).

En cuarto lugar, porque el TCA confunde admisibilidad con valoración de la prueba, como adelanté. Lo que en la sentencia del caso de un célebre contratista de fútbol (591/11), el TCA distinguió magistralmente, concluyendo que sólo una lesión de los derechos fundamentales puede implicar que se soslaye un medio probatorio. El caso trataba de la incorporación de una grabación en DVD cuando los inspectores fiscales visitaron una empresa vinculada a los negocios del fútbol y fueron grabados sin ser avisados. Esta prueba se incorporó al expediente y la DGI se opuso por considerar que se violaba la intimidad de los inspectores. El TCA entendió que la regla era la admisión de la prueba y que los inspectores, en tanto actuaban como funcionarios públicos, no tenían un derecho a la intimidad. Pero en lo que aquí importa, la cuestión es que una cosa es la admisibilidad y otra la habilidad del medio probatorio. En todo caso, la prueba incorporada fue

obtenida ilícitamente por el denunciante, pero no por la Administración. Lo que la Administración hizo fue recepcionar la denuncia.

En quinto lugar, no parece justificado sostener que la prueba “ilícita” inficione de nulidad lo actuado y todos los medios probatorios que vinieron como derivación de la denuncia. Es necesario hacer una aclaración previa: el denunciante, era el jefe de administración de la empresa y el encargado de la facturación. Fue denunciado penalmente por estafa por la empresa y despedido por notoria mala conducta. También fue denunciado penalmente por la Administración en calidad de tercero por coadyuvar a la ejecución de la maniobra defraudatoria. De la lectura de la sentencia no queda claro en cuál expediente penal incorporó la documentación, si en el de defraudación o en el de estafa, pero lo cierto es que la Administración hizo copia del material probatorio que existía por haber sido presentado por el denunciante en alguno de estos procesos penales (surge de la discordia que el disco anexo al expediente, presentado por el expleado, apareció misteriosamente roto en el expediente administrativo y que un escribano de la administración, junto con otros funcionarios, realizaron copia de los dvd aportados por el expleado en ocasión de la contestación de la acusación) y la agregó al expediente administrativo y es esta prueba la que sostiene el dictado del acto, por la razón material de que el DVD presentado por el denunciante se rompió. En otro orden, parece bastante claro que si está siendo acusado tiene derecho a incorporar prueba que él considere exculpatoria, lo sea o no. En conclusión, difícilmente la prueba pueda ser considerada obtenida de forma ilícita, aunque, de todas formas, este no es el punto crucial.

Aun cuando se considere ilícita, la ilicitud no debería “contagiarse” al obrar de la Administración que no sólo no infringió ninguna regla (no hay ni una sola invocación a una norma jurídica incumplida, lo que debería de llamar la atención en cuanto a la justificación del argumento), sino porque, aunque es cierto que la prueba recabada por la Administración tiene un origen causal en la denuncia, y lo que se fue a verificar fue el contenido de la denuncia, esto sucede siempre que hay una denuncia. La Administración, a los efectos del valor probatorio de la denuncia, fue en varias instancias a buscar la documentación a la empresa y también recabó prueba de testigos, como lo resalta la discordia. Y lo hizo para contrastar los hechos denunciados con el material probatorio de la empresa.

La Administración usó la prueba recabada por el denunciante para contrastarla con la que había en la empresa. Lo hizo porque era la única forma de desbaratar la maniobra defraudatoria. El sistema de doble facturación de la empresa era tan idóneo para la defraudación que hacía que sus registros se borrarán en poco tiempo, por lo que de no haber contado con la información aportada por el “topo”, no habría sido posible detectarla. Pero la Administración no contrató al “topo”, no

usó un camaleón fiscal, ni nada por el estilo. Y además desplegó mecanismos para producir su propia prueba. Revisó más de 380 comprobantes de la empresa, con documentación que la propia empresa aportó y la contrastó con los registros del Cubo informático aportado por el denunciante y constató que efectivamente había una coincidencia en esos registros. Además, recabó una prueba testimonial donde la otra empleada del sector de facturación confirmó que se dividían en dos los registros contables: uno con IVA y otro sin IVA. Como si esto no fuese suficiente, la Administración se dirigió a la empresa proveedora del software y accedió a los registros informáticos de dicha empresa y a los correos electrónicos, que eran los mismos aportados por el denunciante. Ahí constaba el pedido de la realización de un sistema informático a medida que permitiera partir en dos la facturación. La DGI también denunció penalmente a los socios de la empresa informática proveedora del software. Como resalta la discordia, las directoras del Frigorífico fueron condenadas penalmente por el delito de defraudación tributaria.

El caso es relevante porque hay un uso por la Administración de una prueba que es recabada de forma “ilícita”, según el Tribunal. Este, de todas formas, no es el único argumento que el TCA utiliza para anular la resolución del organismo recaudador. El argumento central es que se violó el debido proceso porque en el diligenciamiento de la denuncia no se citó a la contraparte. Y esta es una falacia, porque no se trataba de prueba que estuviera “produciendo” la Administración. Estaba recogiendo una denuncia. Y, reitero, la citación sólo garantizaba o sellaba el pasaje desde la computadora del denunciante a las actas de la Administración, nada más que eso. Prueba que a su vez, estaba también en el expediente penal, agregado a la causa del TCA. O sea, que la procedencia de esa prueba era del denunciante no había duda alguna.

Posteriormente, surge también del relato de la mayoría que se confirieron varias vistas y que se solicitó por el Departamento Jurídico que la apertura de la prueba fuera realizada en presencia de la empresa y con todas las garantías. Surge además que se confirieron varias vistas previas en varias ocasiones. Por ende, el argumento de que hubo indefensión no está justificado porque la empresa accedió a los registros de la denuncia en sede administrativa y a todo su contenido y pudo producir prueba en contra. No surge de dónde se verificaría la indefensión. La mayoría del TCA tampoco lo argumenta. La presencia de verificación en simultáneo tiene sentido cuando se trata de prueba producida por la propia Administración en una instancia de investigación.

En sexto lugar, la sentencia tampoco está justificada porque el uso de material o prueba ilícito se da frecuentemente en los casos penales por las autoridades, y no hay ningún inconveniente, en la medida en que las autoridades actúen dentro de la ley. Por ejemplo, si en el curso de un allanamiento con orden judicial, un policía descubre una carta intimidatoria de un

narcotraficante a otro, ese material es precisamente la prueba del delito y como tal es un ilícito. Pero parece absurdo sostener que no pueda ser utilizado por la justicia. Imaginemos además que otro narcotraficante distinto de los otros dos hurtó la carta y por eso se encuentra en su domicilio. Esta prueba además de ser en sí misma ilícita, se obtuvo de forma ilícita por el presunto delincuente, pero nadie sostendría que no puede ser utilizada por la justicia.

La línea argumental de la mayoría del TCA incurre en error cuando no distingue la cuestión causal naturalística o causal, de la cuestión normativa. Desde el punto de vista estrictamente causal, es cierto que si no hubiese mediado la denuncia, la Administración no habría desplegado la actividad inspectiva de la forma que lo hizo. En este sentido, la denuncia operó como causa y la inspección como un efecto, de la misma forma que podemos hablar de las causas y efectos de fenómenos naturales cuando, por ejemplo, sometemos a calor un metal y se dilata, podemos decir que el calor es la causa de la dilatación del metal, que es su efecto.

Pero esta línea causal, o este análisis causal, no es el adecuado para razonar desde el punto de vista jurídico, porque, en todo caso, si la ilicitud se propaga o no al actuar de la Administración, eso nunca puede ser analizado en términos de teoría causal, como quien analiza la causa de un fenómeno natural. La ilicitud es un fenómeno de normatividad (Marquisio, 2022), que se realiza de acuerdo a normas jurídicas, no a leyes naturales. Y, por la argumentación que acabo de desarrollar, si bien hay una relación de causalidad entre la prueba obtenida por el denunciante y la realización de la auditoría fiscal, no hay un nexo de ilicitud que contamine la actuación de la Administración, porque dicho juicio, es normativo, no causal o no natural.

La prueba recabada por el denunciante era justamente parte de su delito. Por eso la Administración lo denunció también por defraudación tributaria y no quedó impune, como resalta muy acertadamente la discordia. Y si obtuvo la prueba de forma ilícita se debe, en buena medida, a que él era participante también del delito, pero parece inverosímil concluir, como lo hace la mayoría, que eso compromete la legalidad del obrar de la Administración.

6. Conclusiones.

1. La relación del derecho con la verdad es problemática. El propio concepto de verdad es un concepto complejo, pero es un concepto primitivo y básico para la capacidad del pensamiento y para concebirnos como sujetos pensantes.

2. La verdad experimenta algunas restricciones institucionales en el derecho que tienen que ver con la existencia de algunas limitaciones en materia de plazo, de admisibilidad probatoria, de

ciertos derechos fundamentales que se garantizan mediante normas que postergan la averiguación de la verdad, a favor de otros valores. Las reglas de exclusión probatoria están pensadas para litigios donde se protegen intereses particulares. Por dicha razón, parece justificado sostener que estas reglas deberían de ser aplicadas de forma diferente en los casos de los litigios de interés público y los sistemas jurídicos deberían de prever normas procesales que contemplen tales particularidades.

3. Lo anterior no significa que para razonar válidamente, desde el punto de vista jurídico, no sea imprescindible la justificación de la premisa fáctica, los hechos del caso. Tal justificación sólo es posible cuando dicha premisa es el enunciado acerca de hechos verdaderos y probados. Razonar en base a hechos falsos, salvo excepciones (como el uso de contrafácticos, ficciones, etc.), no está justificado. Por ende, la verdad es un valor que el derecho persigue.

4. El sistema jurídico tributario uruguayo experimenta la severa restricción que hay un único y último órgano encargado de analizar la legalidad de los actos administrativos dictados por las administraciones tributarias y, además, no hay sedes especializadas en la materia, materia que de por sí es áspera y el grupo de especialistas es más bien reducido y se maneja a nivel de grandes estudios de abogados o de multinacionales.

5. El TCA no distingue el nivel de análisis de la causalidad, del de la normatividad. Si bien causalmente la actuación de la Administración se basa en prueba obtenida de forma ilícita (esto es discutible porque, presumiblemente, el denunciante estaba ejerciendo su propio derecho de defensa, que el mismo Tribunal alega a favor de la empresa), desde el punto de vista de la normatividad, de un análisis basado en reglas, los funcionarios de la Administración fiscal no incumplen ninguna regla, aunque la investigación tenga su causa en una denuncia cuyo protagonista fue partícipe también del ilícito. Lo mismo sucede cada vez que intervienen sujetos, ya sea mediante denuncias o testimonios, que están implicados en los delitos.

7. Bibliografía:

- Abramovich, V. y Courtis, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Trotta.
- Allen R. (2013). Los estándares de prueba y los límites del análisis jurídico, en *Estándares de Prueba y Prueba científica*, Carmen Vázquez (ed). p. 41-64. Marcial Pons.
- Copp, D. (2001). *Morality, normativity and society*. Oxford University Press.
- Ferrer, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho*. Marcial Pons.
- Ferrer, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons.
- Haack, S. (2020). *Filosofía del derecho y de la prueba. Perspectivas pragmatistas*. Marcial Pons.

-
- Holmes, S. y Sunstein, C. (1999). *The cost of the rights. Why liberty depends on taxes*. Norton Company.
- Horwich, P. (1999). *Truth*. Oxford University Press.
- Hume, David. (2000). *Tratado de la naturaleza humana. Libro III. Acerca de la moral*. Eudeba.
- Laudan, L. (2013). *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo de epistemología jurídica*. Marcial Pons.
- Marquisio, R. y otros (2022). "El problema de la normatividad jurídica estado de la cuestión". https://www.fder.edu.uy/sites/default/files/2022-12/Informe_%20Final
- Moreso, J. Y Vilajosana, J. (2004). *Introducción a la teoría del derecho*. Marcial Pons.
- Nagel, T. (1998). *Una mirada de ningún lugar*. Fondo Cultura Económica.
- Redondo, M.C. (2022). Sobre el carácter constituido y constitutivo del derecho, p. 223-251., en *Reglas constitutivas y derecho*, (eds. Lorena Ramirez-Ludeña y Josep M. Vilajosana). Marcial Pons.
- Raz, J. (2011) *From Normativity to responsibility*. Oxford University Press.
- Rorty, R. (2001). *La filosofía y el espejo de la naturaleza*. Cátedra.
- Russell, B. (2005). *Investigación sobre el significado y la verdad*. Losada.
- Street, Sharon. (2016). Objectivity and Truth: You'd Better Rethink It, en *Oxford Studies in Metaethics* 11
- Tarski, A. (1969). *Verdad y demostración*. Publicaciones del Ciclo Básico Común, Facultad de Filosofía y Letras de la UBA.
- Taruffo, M. (2008). *La prueba*. Marcial Pons.
- Ucín, M. C. (2017). Litigio de Interés Público, en *Eunomía, Revista en cultura de la legalidad*, núm. 12, abril – septiembre 2017, p. 246-255.
- Ucín, M. C. (2022). Cuestiones probatorias en el Litigio de Interés Público. Sobre la prueba de la violación de los derechos sociales. *Revista Ítalo-española De Derecho Procesal*, (2), 125–148. <https://doi.org/10.37417/rivitsproc/659>.

Apéndice multimedia

Entre la integridad territorial y la libre determinación de los pueblos

Between territorial integrity and the self-determination of peoples

María Belén **Paoletta**¹

“Nuestro propósito es persuadir a la comunidad internacional de que [las Islas Malvinas] son parte integrante del territorio argentino y que el deber jurídico y moral de Gran Bretaña es devolverlas a su verdadero dueño, afirmándose así el principio de la soberanía y de la integridad territorial de los Estados, base de las relaciones internacionales pacíficas.”

José María **Ruda, 1964**

Resumen: El objetivo del presente trabajo ha sido el de investigar si la interacción conflictiva entre el principio de libre determinación de los pueblos y el principio de integridad territorial, considerados como oponentes de igual entidad, es jurídicamente fructífera en la controversia de soberanía que la República Argentina sostiene contra el Reino Unido en el marco de la Cuestión Malvinas. Se planteó la posibilidad de reexaminar el alcance del primer principio, sintetizado como uno de los pabellones que ha informado el litigio de interés por los derechos de primera y segunda generación en la esfera internacional, para armonizarlo con el reclamo esgrimido por la República Argentina con respecto a los mencionados archipiélagos. En efecto, se confirmó que una perspectiva con asiento en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es útil para mitigar la relación adversarial entre dichos postulados, permitiendo redirigir la promoción de tal derecho hacia las poblaciones que realmente deben ser beneficiarias de semejante prerrogativa.

Palabras clave: Derechos Humanos; Islas Malvinas; integridad territorial; libre determinación de los pueblos.

¹ Abogada -Diploma de Honor y Medalla de Oro- y Diplomada en Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (Universidad de Buenos Aires). Docente de Derecho Internacional Público (Universidad de Buenos Aires y UADE). Investigadora responsable del proyecto “Evolución y Aportes de los Tribunales Internacionales en el Derecho Internacional Público” (UADE). Correo: belenpaoletta@derecho.uba.ar

Abstract: The objective of this study has been to investigate whether the conflicting interaction between the principle of self-determination of peoples and the principle of territorial integrity, considering them as opponents of equal importance, is legally fruitful in the context of the Falkland Islands (Malvinas) Issue. The possibility of reexamining the scope of the self-determination principle to harmonize it with the sovereignty claim asserted by the Republic of Argentina regarding these archipelagos has been proposed. Adopting a perspective rooted in International Human Rights Law proves advantageous in alleviating the apparent tension between the principles of self-determination of peoples and territorial integrity. This approach allows for a redirection of efforts towards promoting the right to self-determination among the populations who truly deserve to benefit from it.

Keywords: Human Rights; Falkland Islands; territorial integrity; self-determination of peoples.

1. A modo de introducción

No pasa inadvertido que la problemática que rodea la “Cuestión Malvinas” ha sido fuente de desvelo y objeto de estudio de un importante número de profesionales provenientes del campo de la diplomacia internacional, la doctrina y la docencia universitaria. Desde el célebre Alegato Ruda, la República Argentina ha planteado numerosas veces, como principal argumento de su fórmula soberana, que el conflicto de las Islas Malvinas no debe ser analizado bajo el principio de libre determinación de los pueblos sino a la luz de la integridad territorial. Dicha lógica ha derivado en una particular desvinculación de tales principios en los estudios tanto nacionales como internacionales referidos al asunto.

En atención al entorno descripto, la pregunta de investigación del presente trabajo indagará si el divorcio entre el principio de libre determinación de los pueblos y la integridad territorial es jurídicamente productivo en función de las tensiones retóricas que rodean la Cuestión Malvinas. La hipótesis girará en torno a la inteligencia de que, si bien resulta discutible el alcance que el principio de libre determinación de los pueblos tenga para la Cuestión Malvinas, ello no obsta a que pueda ser reexaminado para armonizarlo con el planteo de soberanía de la República Argentina.

2. La noción de controversia internacional y su impacto en el litigio de interés público

Con posterioridad a la Primera Guerra Mundial la Corte Permanente de Justicia Internacional, antecesora de la actual Corte Internacional de Justicia, conceptualizó las situaciones

que habrían de considerarse controversias de tenor internacional. Así, dilucidó que una controversia podía importar un desacuerdo de hecho o de derecho, una oposición de tesis jurídicas o una discrepancia de intereses entre dos o más partes (The Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment of August 1924).

Cabe anticipar que la Cuestión Malvinas es, efectivamente, un conflicto que debe ser considerado como una controversia internacional entre dos Estados, signada por una marcada oposición de intereses que impactan en el sostenimiento de las tesis jurídicas a las que recurren la República Argentina y el Reino Unido para defender sus respectivas posiciones.

Analizado en abstracto, el principio de libre determinación de los pueblos es un derecho que notablemente se ha asentado en la defensa de las prerrogativas económicas, sociales, culturales, civiles y políticas de las poblaciones, habiéndose históricamente erigido como una de las banderas discursivas a favor de instancias litigiosas que abogaban por el anticolonialismo.

En lo que aquí interesa, si el estudio de la cuestión se signase únicamente a señalar tal obviedad, cabría concluir que el Reino Unido debería entonces encontrarse consagrado como un ávido defensor del interés público en el marco de la controversia de soberanía que recae sobre las Islas Malvinas.

Sin embargo, no es lo que el presente trabajo sugiere, justamente porque lo que se pretende evitar es que se recurran a normativas y principios de Derecho Internacional Público y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que fueron originalmente concebidos con una perspectiva particular, como es el caso del principio reseñado, para justificar su ejercicio abusivo en pos de avanzar la conveniencia retórica de ciertos Estados en el tablero internacional.

3. Breves apuntes acerca de la integridad territorial y la libre determinación de los pueblos

Resulta jurídicamente indiscutible que el principio de integridad territorial, así como el referente a la libre determinación de los pueblos (el concerniente a la inviolabilidad de las fronteras estatales y el relativo a la igualdad soberana de los Estados) se encuentran íntimamente relacionados y firmemente afianzados dentro de los postulados que informan la práctica contemporánea del Derecho Internacional Público. En efecto, sus consagraciones, expresas e implícitas en la [Carta de las Naciones Unidas](#), en la [Resolución Nro. 2625 de la Asamblea General de las Naciones Unidas](#) y en el [Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales](#), ilustran a modo meramente ejemplificativo la trascendencia que los mencionados principios guardan en la escena internacional.

Actualmente, la protección a la integridad territorial se encuentra mencionada en la Carta de las Naciones Unidas específicamente como un componente crucial de la prohibición del uso de la fuerza según lo establecido en el artículo 2(4), en tanto resalta que todos los miembros deben abstenerse en sus relaciones internacionales de la amenaza o uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado.

Importa, a los fines del presente trabajo, destacar la historia ligada a la redacción del mencionado artículo 2(4): el borrador inicial de la Carta de las Naciones Unidas – la Propuesta de Dumbarton Oaks de 1944-, únicamente refería a la prohibición del uso de la fuerza. Fue exclusivamente por iniciativa de Estados con menor peso relativo en la esfera internacional que se incluyó la referencia a la integridad territorial e independencia política en dicho instrumento. Este recurso técnico-jurídico se consolidó con el objetivo de ampliar la protección contra el uso de la fuerza por parte de potencias hegemónicas que contasen con mayor poderío militar, económico y político en el tablero internacional (Brownlie, 1963). Desde entonces, el concepto de integridad territorial se ha erigido como una expresión de la igualdad soberana de todos los Estados. Ya no puede desconocerse, en efecto, que el Derecho Internacional Público actualmente ampara la integridad territorial de los entes estatales, independientemente de su poderío internacional.

Por su parte, en un contexto de naturaleza netamente anticolonialista, el principio de libre determinación de los pueblos se consolidó jurídicamente con notables piezas de *soft law* plasmadas en ciertas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas que trazaron los parámetros que debían evidenciarse para considerar su aplicabilidad. El perfilamiento de este principio se encuentra actualmente traducido en las dos posibles vertientes que puede presentar.

Así, la faceta interna hace reposar la facultad de valerse de este principio en cabeza de pueblos asentados en territorios coloniales, no autónomos u ocupados, como también los ya constituidos en Estados, que procuran el establecimiento libre y sin injerencia externa de su condición política, proveyendo, asimismo, a su desarrollo económico, social y cultural (Pons Rafols, 2014). De ello se desprende que el ejercicio del derecho en tal dimensión se realice efectivamente en un contexto democrático, durante procesos electorales que sean representativos. En su variante externa, el principio referenciado se asienta en las tipologías de los territorios referenciados, a los que se añade, para su efectiva concreción, la denominada “secesión-remedio” respecto de Estados que no cuentan con gobiernos representativos de la totalidad del pueblo perteneciente al territorio. Como consecuencia, dicha faz se traduciría en el derecho a obtener la independencia política y, dependiendo del caso, podría incluir, incluso, el derecho a la secesión (Cassese, 1995).

Destaca la inteligencia doctrinaria que ha investigado acerca de la reacción que el Derecho Internacional Público tiene con respecto a estas situaciones: en escenarios que no se corresponden con los parámetros reseñados, el Derecho Internacional Público no otorga validez ni protección a la dimensión externa del derecho de libre determinación de los pueblos (Pinho Campinos, 1980).

Ciertamente, no debería sorprender que el marco legal internacional establezca claramente un límite a la vertiente externa del derecho de libre determinación de los pueblos representado en el respeto a la integridad territorial estatal. De extenderse indiscriminadamente, se abriría la posibilidad a que cualquier configuración fáctica haga peligrar la unidad política de los Estados, comprometiendo su estabilidad y supervivencia.

Por el momento, un examen de los fundamentos y los alcances de los principios que anteceden, reseñados a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lleva a anticipar que el ejercicio de los derechos humanos no es irrestricto. Las normas internacionales consuetudinarias y convencionales establecen criterios mínimos para su ejercicio, incluyendo su limitación permisible y excepcional suspensión. Estas normas no sólo consagran derechos protegidos, sino que también cuentan con mecanismos de control para garantizar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados (Pinto, 2008). En todo caso, el contexto en el cual corresponden ser aplicados y la naturaleza a la que pertenecen es determinante a la hora de evaluar su aplicabilidad, y ello es especialmente vital para cabalmente analizar el principio de libre determinación de los pueblos relevante para el presente trabajo.

En el examen de la Cuestión Malvinas, se empiezan a observar atisbos que suavizan jurídicamente la divergencia entre los postulados reseñados. Si inicialmente parecía existir un entorno adversarial entre estos principios, confrontándolos tal como si gozaran de un valor equiparable, se ha encaminado, de forma preliminar, una concepción que persigue dismantelar esta narrativa: la libre determinación de los pueblos puede únicamente conformarse de manera excepcional, en litigios que primordialmente se circunscriban a contextos de descolonización. La próxima sección se ocupará de desarrollar con mayor detenimiento esta perspectiva.

4. Arquitectura jurídica internacional: entre descolonización y derechos humanos

El principio de libre determinación de los pueblos fue establecido en el marco de las Naciones Unidas con un fin anticolonialista, pretendiendo progresivamente alcanzar la desarticulación de imperios europeos. Fue con la intención de respaldar las aspiraciones de las poblaciones sometidas, ávidas de desvincularse de las metrópolis, que se encuentra actualmente inserto en la Carta de las

Naciones Unidas. La facultad de autodeterminarse permitió que los pueblos con identidad cultural se erigiesen como soberanos, y ello se tradujo en el principio de Derecho Internacional Público mediante el cual la voluntad soberana de un pueblo colonizado ha de prevalecer sobre los derechos de la potencia colonizadora.

El afán por la desintegración de la colonización tuvo también su reflejo en importantes resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas que conformaron una parte significativa de la estructura jurídica internacional actual referente al derecho de libre determinación de los pueblos, tanto en su dimensión interna como externa. La [Resolución Nro. 1514](#), constituida como una declaración tendiente a la concesión de independencia a los pueblos coloniales; la [Resolución Nro. 1541](#), que precisó los marcos fácticos en los que ha de concretarse el ejercicio del derecho de libre determinación de los pueblos respecto de los territorios no autónomos; y, entre otras, la [Resolución Nro. 1654](#), en la que se estableció el Comité Especial de Descolonización, delimitaron jurídicamente el campo de acción en el que el principio aludido deviene operativo.

Una vez más, es sumamente destacable el entorno litigioso en el cual se enmarca necesariamente el legítimo ejercicio del principio de libre determinación de los pueblos. Las narrativas jurídicas sobresalientes en las antedichas resoluciones giran unánimemente en torno a argumentaciones anticolonialistas. Al precisar que los pueblos poseen el derecho esencial a autodeterminarse, facultad que les permite tanto decidir de forma independiente su estructura política como apelar a su progreso económico, social, civil y político, subyugan su pleno ejercicio a la integridad territorial de los Estados, en tanto admitir irrestrictamente su aplicación desafiaría los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas.

Asimismo, es importante resaltar que las resoluciones reconocen que la persistencia del colonialismo obstaculiza el desarrollo de la cooperación económica internacional, dificulta el progreso cultural, social y económico de los pueblos sometidos y contraría el ideal de paz mundial.

Tampoco resulta repetitivo que establezcan que son únicamente los pueblos quienes tienen el derecho a autodeterminarse, y que no se debe violar la integridad del Estado del cual buscan independizarse. Hasta aquí, se evidencia una vez más que este requisito no se cumple en la Cuestión Malvinas: la población isleña se ha históricamente identificado como británica, compartiendo tanto ascendencia como idiosincrasia con el país colonizador, lo que demuestra que tampoco cumple con elementos esenciales y necesarios para ser considerada un “pueblo” con capacidad de obtener su independencia a través de la autodeterminación.

Para culminar la presente sección, cabe reflexionar acerca de la forma en que el Reino Unido ha reaccionado en otros contextos litigiosos asociados a los principios bajo estudio. Así, resalta notablemente que dicho Estado, analizando la situación de Kosovo, haya defendido que el Derecho Internacional Público no respalda el principio de libre determinación de los pueblos en su faz externa fuera de escenarios independentistas. Correspondientemente, ha apoyado que el ecosistema jurídico internacional propicia la integridad territorial cuando no se verifican escenarios de descolonización (United Kingdom's Written Statement on the Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, 2010).

Tomando en consideración el raciocinio expuesto en el párrafo anterior, parece difícil entonces disentir con la inteligencia del Reino Unido. Ello complejiza aún más el análisis, al confirmarse que la narrativa de dicho Estado no responde aparentemente a un criterio de uniformidad jurídica. Si bien resulta lógico comprender que las ciencias sociales, dentro de las que se encuentra – naturalmente – el Derecho, no responden invariablemente a parámetros semejantes a los de las ciencias exactas, es de todas formas un principio fundamental del pensamiento racional el que determina que una proposición no puede ser falsa y verdadera al mismo tiempo. El principio de no contradicción, como un postulado lógico general, informa a la teoría de los actos propios en el ámbito de especificidad legal.

Bajo este prisma, la postura reseñada del Reino Unido luce, cuanto menos, incongruente, al sostener posiciones incompatibles con respecto a la vigencia de los principios de integridad territorial y de libre determinación de los pueblos. La coherencia en las reclamaciones es fundamental para accionar con buena fe en el ámbito jurídico internacional.

Es por ello que la Cuestión Malvinas debe ser revisitada bajo esta impronta, procurando que el ejercicio abusivo del principio de libre determinación de los pueblos no sea incentivado o descartado dependiendo de la conveniencia retórica del Reino Unido en litigios que cuentan naturalmente con una impronta de interés público.

5. Aportes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a la Cuestión Malvinas

Hasta aquí, se sugirió que el principio de libre determinación de los pueblos no puede servir como verdadero contrapeso al principio de integridad territorial: no surge de los instrumentos internacionales reseñados que exista un derecho incondicional por parte de los pueblos a autodeterminarse. Más allá de los contextos de colonización y ocupaciones extranjeras, el derecho

de libre determinación de los pueblos no puede ser operacionalizado sin más, en tanto violenta la integridad territorial de Estados soberanos.

Es precisamente por este raciocinio que deviene esencial indagar sobre la interacción de estos principios a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Si se reconoce que el principio del ejercicio no abusivo del derecho informa el modo en el que cierto régimen legal debe ser practicado, como así también que los derechos humanos pueden ser permisiblemente limitados *ratione personae* en tanto no son en modo alguno incondicionales, cabe entonces razonar que las alegaciones del Reino Unido en el presente litigio no son conducentes con, ni jurídicamente aplicables a, la Cuestión Malvinas.

En todo caso, es determinante que el estudio de esta situación tenga como foco un verdadero y honesto entendimiento acerca de las prácticas que pueden existir en el marco de ciertas controversias que involucran principios jurídicos que abogan por el interés público.

Si algo enseña la Cuestión Malvinas, es la forma en la que un postulado que tiene una naturaleza intrínsecamente contraria a motivaciones colonialistas puede ser desmembrado para perpetuar indefinidamente escenarios que, en la práctica, se contradicen con los fundamentos histórico-jurídicos por los que justamente se erigió tal principio.

Si bien es esencial que exista un abanico jurídico que sostenga la posibilidad de abogar por el interés público, igualmente importante es que dicho cuerpo normativo no sea desarticulado por Estados con mayor peso relativo en la esfera internacional, en aras de sostener un posicionamiento que le resulta particularmente útil a su narrativa.

Es igualmente importante que la República Argentina abrace el principio de libre determinación de los pueblos; su historia misma se ha desarrollado producto de un proceso de descolonización. Es por ello que también resulta sumamente complejo e intrincado concebir la idea de que dicho postulado sea igualmente aplicable a la Cuestión Malvinas, en especial cuando se confirma que la población que habita en ellas no pretende alzarse como un nuevo Estado soberano, pero tampoco desea unificarse, de conformidad con el principio de integridad territorial, a la República Argentina. El escenario observable parece asemejarse a una suerte de “síndrome de Estocolmo” en el que la población aparentemente acreedora del derecho a autodeterminarse ahora mantener su situación jurídica como territorio de ultramar de la potencia colonizadora.

Nuevamente, la lógica jurídica lleva a comprender que una situación no puede “ser y no ser” al mismo tiempo, y es por esta razón que es determinante que el principio de libre determinación de los pueblos, como derecho humano fundamental, sea aplicado en las situaciones y a las personas que verdaderamente corresponde.

6. Reflexiones finales

El presente trabajo ha indagado si el divorcio entre el principio de libre determinación de los pueblos y el de integridad territorial es jurídicamente fructífero en la Cuestión Malvinas. Se planteó que, si bien resulta discutible el alcance que el principio de libre determinación de los pueblos tenga en específico para dicha controversia, ello no obsta a que pueda ser reexaminado para armonizarlo con el planteo de soberanía esgrimido por la República Argentina.

Desde una perspectiva basada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se sugirió que esta inteligencia ofrece una valiosa solución en términos técnico-jurídicos para abordar el asunto, en tanto lograría en cierta medida conciliar la disociación entre los principios señalados sin combatir los principales argumentos retóricos enarbolados por la República Argentina.

En este contexto, se sugirió que el principio de libre determinación de los pueblos no puede funcionar como una verdadera contraposición al principio de integridad territorial. Los instrumentos internacionales reseñados no prevén que exista un derecho ilimitado en cabeza de los pueblos a autodeterminarse. Fuera de los contextos de descolonización y ocupaciones extranjeras, el derecho de libre determinación de los pueblos no aplica indiscriminadamente ya que, de lo contrario, haría peligrar la integridad territorial de los Estados soberanos.

Evidentemente, la Cuestión Malvinas ilustra cómo un principio notoriamente contrario a tendencias colonialistas y apoyado sustancialmente en el interés público, puede ser desvirtuado en el marco de ciertos litigios para perpetuar situaciones que colisionan con los fundamentos materiales a los que debe su nacimiento. Es por ello que, en tanto resulta esencial contar con un marco legal que respalde la defensa del interés público, es igualmente importante identificar los contextos en los que dicha normativa puede verse socavada por ciertas narrativas que buscan acudir a principios bondadosos para reinterpretarlos en aras de preservar un *statu quo* que, de la teoría a la práctica, deviene contradictorio.

Conclusivamente, se confirmó que un estudio de la Cuestión Malvinas bajo la óptica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es sumamente funcional para atenuar la aparente tensión entre el principio de libre determinación de los pueblos y el de integridad territorial: es

gracias a dicha perspectiva que la promoción del derecho a autodeterminarse puede ser redireccionada a las poblaciones que deben ser sus legítimas beneficiarias.

7. Bibliografía

BROWNLIE, I. (1963) *International Law and the Use of Force by States*, Oxford Clarendon Press.

CASSESE, A. (1995) *Self-Determination of Peoples. A Legal Reappraisal*, Cambridge University Press.

CHARTER OF THE UNITED NATIONS & STATUE OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *En vigor desde el año 1945.*

CORFU CHANNEL CASE (JUDGMENT OF APRIL 1949) – *United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania*, International Court of Justice Reports.

INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS. *En vigor desde el año 1966.*

INTERNATIONAL COVENANT ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS. *En vigor desde el año 1979.*

PINHO CAMPINOS, J. (1980) “L’Actualité de l’*Utī Possidetis*” *Société Française pour le Droit International – La Frontière, Vol. 8.*

PINTO, M. (2008) “Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su Protección en el Sistema Universal y en el Sistema Interamericano” *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Vol. 40.*

PONS RAFOLS, X. (2014) “Legalidad Internacional y Derecho a Decidir” *Revista Electrónica de Estudios Internacionales, Vol. 27.*

THE MAVROMMATIS PALESTINE CONCESSIONS (JUDGMENT OF AUGUST 1924) – *Greek Republic v. Great Britain and Northern Ireland v. Albania*, Publications of the Permanent Court of International Justice.

TREATY OF VERSAILLES – THE COVENANT OF THE LEAGUE OF NATIONS. *En vigor desde el año 1919.*

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY (1960) *Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples (A/RES/1514).*

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY (1970) *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations (A/RES/2625).*

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY (1960) *Principles Which Should Guide Members in Determining Whether or Not an Obligation Exists to Transmit the Information Called for Under Article 73e of the United Nations Charter* (A/RES/1541).

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY (1961) *The Situation Regarding the Implementation of the Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples* (A/RES/1654).

UNITED KINGDOM'S WRITTEN STATEMENT (2010) *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, International Court of Justice Reports.

COMUNICACIÓN
Y EDICIONES PROPIAS
EXTENSIÓN



Facultad de Ciencias
**JURÍDICAS
Y SOCIALES**
Universidad Nacional de La Plata