

# Juicio virtual: ¿una nueva modalidad o solo una herramienta para la pandemia?

Pamela Piatelli<sup>1</sup>

Estamos en tiempos de aislamiento social obligatorio pero la justicia sigue trabajando, y más la justicia en el fuero penal donde hay personas privadas de su libertad, pendientes de resoluciones y de resolver su situación procesal, esperando ver si se los declara culpables o inocentes.

Y en este contexto hubo que innovar, buscar nuevas herramientas para seguir investigando y, en especial, seguir adelante con las audiencias y los juicios orales que ya no podían realizarse de manera presencial. Y llegó la era del expediente digital, ya no un expediente en papel sino virtual, donde abogados y peritos pueden acceder y seguir realizando la tarea diaria. Incluso los jueces, tan apegados a los ritualismos, a las formas sacramentales y al uso del papel, debieron adaptarse a estas nuevas formas.

La innovación llegó de la mano de la tecnología, y se implementó la firma digital la cual hace años estaba en la Justicia pero con poco uso. Todo este proceso fue aceptado por los operadores del sistema de muy buena gana y se adaptaron rápidamente a estos nuevos instrumentos tecnológicos.

Ahora bien, hablamos de **expediente digital**, algo que se venía reclamando hace muchos años, demostrando la agilidad y la practicidad para las partes, el poder consultarlo a toda hora, el no esperar que un empleado le saque fotocopias para poder leerlo, el tenerlo a mano para cualquier consulta, el poder consultar los resultados de las pericias sin tener que esperar a que se agregue el papel y se libre cédula para notificarse de los resultados. Esto agilizó y emprolijó los procesos, cumpliéndose con la igualdad de armas que enuncian nuestras garantías constitucionales, más cuando hablamos de personas privadas de su libertad.

Todos los procesos se virtualizaron, entre ellos los pedidos de los defensores. Por ejemplo, la prueba testimonial se llevó a cabo a través de videoconferencia, donde se escuchan a los testigos y se deja asentado en actas lo que han depuesto, agilizando las agendas y los procesos, pero por sobre todas las cosas no exponiendo a nadie tanto operadores judiciales como testigos a traslados innecesarios. Todas las audiencias son grabadas por distintas plataformas para cualquier consulta o planteos. Lo ideal para un mejor control de las partes sería que el sistema permitiera subir las grabaciones y formaran parte del expediente digital, pero será en otra etapa.

---

<sup>1</sup> Procuradora y Abogada (Universidad Nacional de Lomas de Zamora). Especialista en Ciencias Penales (Universidad John F. Kennedy). Docente Universitaria en Derecho (Universidad Argentina John F. Kennedy). Docente Adjunta de la Universidad Argentina John F. Kennedy en la Maestría en Ciencias Penales, en el Seminario de Delincuencia Femenina. Auxiliar de Investigación de la Universidad Argentina John F. Kennedy. Agente Fiscal del Departamento Judicial La Matanza.

Así llegaron las **audiencias virtuales** al área de juicio oral, las cuales se convirtieron en multipropósito, donde ambas partes –fiscal y defensa– trataron de leer las causas de otra manera. De una forma más ágil, se comenzaron a aplicar los acuerdos probatorios entre las partes aún sin ser un juicio por jurados. Y disminuyó la cantidad de testigos a convocar, quedando solo los necesarios, aquellos que realmente vieron o escucharon algo. No solo se depuraron testigos, sino peritos en función de las teorías de los casos de cada parte, y llevó a que muchas causas, al no haber tantos puntos sobre los cuales discutir, se abreviaran pero no solo para descongestionar los tribunales, sino como una herramienta mejor entendida. Si no hay muchos puntos sobre los cuales discutir ¿es válido ir a un debate?

Una nueva forma de litigar comenzó, y fue necesaria porque las partes no se encuentran de modo presencial. No podemos convocar testigos que después no necesitaremos porque los accesos son limitados. Es una forma más prolija y quizás más razonada de litigar.

Y en este punto tenemos que empezar a pensar: ¿se requiere lo mismo de un testigo en la etapa de instrucción que en la de juicio? La respuesta es no. En la instrucción buscamos aquello que nos ayude a probar el hecho, el cómo, cuándo, quién, pero en el juicio oral el estándar sube. Por la inmediatez, se le pide al testigo especificaciones, claridad en su relato, que ejemplifique, dé razones de lo que vio, de dónde lo vio, dónde estaba él con respecto al imputado. La pregunta es: ¿puede transmitirse todo esto a través de una pantalla? Y la respuesta es no otra vez. El esfuerzo es doble no solo por escuchar e intentar responder, sino porque no está acostumbrado el testigo a la dinámica del juicio.

Pensemos: ¿qué pasa cuando una de las partes hace una pregunta indicativa, sugestiva? Lo normal es oponerse, pero en lo virtual ¿cómo lo resolvemos? Esta interrupción descoloca al testigo, quien empezó su relato y tiene que reformular, por lo cual el esfuerzo es doble. La solución sería elevar nuestros estándares en la forma de litigar tanto de la defensa como del fiscal, con una mejor preparación y capacitación en estos aspectos nuevos. Pero en los juicios realizados bajo esta nueva modalidad, se ha visto que muchos testigos se han adaptado, no solo los jueces, fiscales y defensores.

Y ahora, después de muchos meses, llega el **juicio oral virtual**, donde se recaba la conformidad del imputado y su defensa. Aquí, el imputado no estará de forma presencial sino virtual, desde su lugar de alojamiento, y se hacen los intervalos necesarios para que pueda estar asistido por su defensa, quizás una tranquilidad para la víctima, que no lo tiene que ver sentado en el tribunal. Si el imputado no presta su conformidad, entonces la causa deberá esperar el momento en que se pueda realizar de manera presencial. Pero se tendrá que ver qué planteamientos hacen las defensas sobre estos aspectos, y me pregunto: ¿habrá muchos pedidos de nulidades sobre este punto? Si reflexionamos que esta etapa es pública, ¿con accesos limitados se asegura este principio? Solo el devenir del tiempo nos responderá estos interrogantes.

Si pensamos en los **juicios de violencia de género**, hay que valorar la situación que atraviese la víctima, quien no es cualquier víctima ya que transita circunstancias difíciles y para enfrentar un juicio oral necesita contención y apoyo. Esto no se puede garantizar en un juicio virtual, pero es tarea del Ministerio Público hacer valer estas razones para no revictimizarlas y exponerlas innecesariamente.

En síntesis, el juicio virtual es una excelente herramienta para este momento de aislamiento, porque una persona privada de su libertad necesita resolver su situación. Pero si ponemos atención a la víctima, ahí cada caso merece ser estudiado en forma individual, ver las circunstancias que rodean el caso para pensar los pros y los contras de un juicio virtual. Y el expediente virtual es una herramienta que vino para quedarse, por su agilidad para las partes e igualar a estas en su acceso.

# Las S.A.S. en la encrucijada del control y la modernidad<sup>1</sup>

Lourdes Turcuman<sup>2</sup> y Gabriela Ulas<sup>3</sup>

## I. Las S.A.S. y los cambios que se entrevén

El año 2020 vio nacer cambios radicales en la humanidad, sus costumbres y estructuras. Además de ciertos hábitos cotidianos, la vida social y económica se vio frente a grandes encrucijadas. El mundo de las sociedades comerciales no escapó de esta realidad y le fue colocado un gran desafío que aún no posee conclusión.

Así es como entre abril y mayo de 2020 se pudieron leer algunas publicaciones que pusieron el foco en las Sociedades por Acciones Simplificadas (S.A.S.). De entre los planteamientos que se han hecho, se ha señalado que la flexibilidad en su constitución y la carencia de controles posteriores abrirían flancos permeables a la regularización de sociedades de capital y objeto desconocido (Hauser, 2020).

De esta situación, la Inspección General de Justicia puso especial énfasis en reglar sobrecontroles específicos sobre las Sociedades por Acciones Simplificadas. Se sostuvo, entre otras cuestiones, que la pluralidad del objeto social dificulta la vigilancia de las sociedades constituidas, que podrían contarse entre 25 y 30 diarias desde el año 2017.

El inciso 4 del artículo 36 de la Ley 27.349, norma que creó este tipo social, establece que el objeto social podrá ser plural enunciando las actividades que lo constituyen y que “podrán guardar o no conexidad o relación entre ellas” (Ley N 27.349 - Apoyo al Capital Emprendedor, 2017). Aquí está la principal diferencia que existe entre este nuevo tipo y las tradicionales S.A. o S.R.L., en las que el objeto debe ser preciso y estar determinado. Este requisito, ineludible históricamente, se fundó en la delimitación de la capacidad de actuación de las sociedades.

A través de la determinación del objeto social, se pretende que cada una de las sociedades especifique concretamente cuál es su único fin, constituyendo éste la esencia de la estructura social al cual debían ajustarse todas sus partes. Estamos ante una característica que hace más predecible y limitado al accionar social, y aquí es donde la diversidad planteada por la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor habilitó la posibilidad para que las S.A.S. pudieran constituirse de manera diferente. Así la IGJ coloca sobre la mesa un nuevo paradigma y exige, entre otras cosas, nuevos sistemas fiscalizadores.

Además de ello, se ha calificado a las S.A.S. de ser “estructuras ficticias” armadas para operar sin responder con el patrimonio personal. Sumado a ello se ha planteado que la extensión del objeto social y la flexibilidad en

---

<sup>1</sup> El presente artículo se realizó en el marco del programa de investigación “Las Sociedades por Acciones Simplificadas y las PYMES: las SAS como tipo social adecuado para la organización del capital emprendedor”. Entidad financiadora: UFLO Universidad.

<sup>2</sup> Contadora Pública Nacional (UFLO Universidad). Licenciada en Administración.

<sup>3</sup> Abogada. Doctora en Derecho. Profesora de UFLO Universidad.

la constitución del capital, impiden conocer con certeza si la sociedad cuenta con el respaldo adecuado para la concreción de estos diversos fines. Esta particularidad supone una eventual desprotección para los terceros que se vinculen con la misma y una desventaja para otras sociedades constituidas bajo formas tradicionales.

Si pensamos en cuál es la finalidad de asociarse podremos encontrar numerosos enfoques pero todos, o la gran mayoría, coincidirán en algunos aspectos. Por ejemplo, en el elemental acuerdo de voluntades, que no es otra cosa que la constitución de un contrato mediante el cual sus impulsores se comprometen a realizar aportes que de forma conjunta les permitan cumplir un objetivo que no sería viable de manera individual. Esta misma imposibilidad implica, indirectamente, que no sería justo e incluso factible que alguno de sus miembros afronte de manera personal las obligaciones que recaen sobre la totalidad del capital reunido. De allí que la trascendencia de conformar una sociedad radica también en la necesidad de proteger el capital personal de la agresión de los acreedores antes las desventuras económicas.

De acuerdo con lo establecido por el artículo 40 de la Ley 27.349, al momento de la constitución el capital no puede ser inferior a dos veces el salario mínimo vital y móvil (Ley N° 27.349 - Apoyo al Capital Emprendedor, 2017). Esta suma, según su última actualización, no supera los \$ 45.000 (pesos cuarenta y cinco mil) (Ministerio de Producción y Trabajo Consejo Nacional de Empleo, 2020). Si bien parece una cifra irrisoria para el desarrollo de cualquier tipo de actividad comercial, al compararlo con una Sociedad Anónima cuyo capital no puede ser inferior a \$100.000 (pesos cien mil), o las Sociedades de Responsabilidad Limitada, que no poseen constitución mínima, este monto parece ser más razonable. Asimismo, hay que considerar que el armado de las formas tradicionales implica no solo mayores costos, sino también estructuras mínimas obligatorias, como lo es la constitución de los órganos de fiscalización.

Aun cuando podrían cuestionarse las opiniones y reglamentaciones que vertió la IGJ sobre las S.A.S., ellas no son del todo arbitrarias. Señalaremos, a manera de ejemplo, algunos detalles.

En primer lugar, podemos puntualizar que existen problemas de demora en la registración de las S.A.S. que preocupan. Si bien la inscripción se puede realizar en 24 horas, la registración puede demorar hasta tres meses, dado que existen jurisdicciones que no tienen digitalizado el trámite o en las que parte del mismo aún se realiza de forma tradicional. Tal es el caso de Mendoza, cuya Dirección de Personas Jurídicas (DPJ) no cuenta con sistemas digitalizados (Conte, 2020) o Córdoba, que posteriormente a la regulación de las S.A.S. fue actualizando algunos tramos a través de convenios con AFIP (Administración Federal de Ingresos Públicos) (SAS: convenio de Córdoba y AFIP para agilizar trámites, 2018).

No obstante, la eventual desactualización tecnológica de las entidades públicas registrales no es el único motivo. Existen administraciones, como la de la provincia de Santa Fe, que manifestaron públicamente su preocupación por la virtualidad en la constitución de las S.A.S. y la intención de que intervengan en ellas los controles propios de las clásicas formas sociales. Por dicha razón es que han propuesto la incorporación de áreas tales como el Ministerio de Seguridad para el control de las S.A.S. (Caffaro, 2020).

Además de todo este cúmulo de contratiempos, también circuló por los medios lo que debió ser la Resolución General N° 6/2020, de la Inspección General de Justicia, que finalmente no fue publicada (Resolución General N° 6/2020 - IGJ, 2020).

Es destacable nombrar a esta norma trunca dado que adelantaba la catarata que medidas que estaban por llegar. La misma establecía la suspensión por 180 días de la constitución de S.A.S. y de todos los trámites realizados a través del sistema de Gestión Documental Electrónica (GDE) (Gestión Documental Electrónica - GDE). Asimismo, disponía que cualquier diligencia necesaria debe realizarse por las vías tradicionales, en formato papel, ante los organismos correspondientes, como en cualquier otro tipo social.

Incluso, la resolución en cuestión se propondría eliminar la posibilidad de realizar la rúbrica de libros sociales de

forma virtual. Hasta entonces, los libros de actas, de registro de acciones, Diario, de Inventarios y Balances y sub-diarios de IVA Ventas y Compras (Ley N 23.349 - Ley de Impuesto al Valor Agregado, 1986), podían llevarse en forma digital solamente indicando tres domicilios (sede legal, sede virtual y un tercer domicilio a elección) los cuales se ponían a disposición para su fiscalización. En dicho formato, el control está dado por la correlatividad, como en el caso de los libros en papel, pero en lugar de cumplir con la correlatividad en la foliatura, la misma se verifica a través del número de criptograma o hash (Libros Digitales, 2019) bajo la tutela del sistema Blockchain.

Brevemente, podemos decir que Blockchain es una tecnología creada originalmente como soporte del proyecto Bitcoin (¿Qué es Bitcoin?) o moneda digital. Dadas las características virtuales de este nuevo método de cambio, la seguridad parecía ser el talón de Aquiles. Es por ello que se diseñó este sistema de almacenamiento de datos que se considera inviolable en el mundo. Llamado “máquina de confianza”, el Blockchain irrumpió revolucionariamente y si bien no es técnicamente imposible de hackear, “los costos de hacerlo son astronómicos y no lo justifican” (Campanario, 2018). Este es el sistema que incorporó Argentina en el año 2017 para el desarrollo de las S.A.S., entre otras innovaciones. Funciona como una red en la que participan el sector industrial y comercial privado, las instituciones educativas, la sociedad civil y, desde ya, el sector público.

Otro cambio que intentó incorporarse posteriormente fue el proyecto de ley señalado con el Expediente N 350/20 el 11/06/2020 y que obtuvo sanción por parte de la Honorable Cámara de Senadores de la Nación. Este proyecto vio la luz a través de la denominación: “PROYECTO DE LEY QUE DISPONE SUSPENDER POR 180 DÍAS LA CONSTITUCIÓN E INSCRIPCIÓN DE SOCIEDADES POR ACCIONES SIMPLIFICADAS (S.A.S.)...” (Proyecto de Ley que dispone suspender por 180 días la constitución e inscripción de Sociedades por Acciones Simplificadas [S.A.S.] regulado en el título III de la Ley 27.349 [apoyo al capital emprendedor] y otras cuestiones conexas; Exp. 350/20, 2020). Entre los fundamentos que lo motivan se puede leer que “la ley fue utilizada como cobertura para hacer ingresar al derecho societario este nuevo vehículo jurídico irregular, con nulo control Estatal [...] con el objetivo de constituir ‘Empresas Fantasma’ en la mayoría de los casos, con el único fin del blanqueo de capitales de dudoso origen”.

Esta ley en ciernes, que aún posee estado parlamentario vigente, propone la creación de un registro especial bajo la órbita del Ministerio de Desarrollo Productivo de la Nación, donde además de la sociedad, deberán inscribirse los socios de forma individual. Asimismo, operaría una suspensión por 180 (ciento ochenta) días de la inscripción de sociedades a través del sistema de Gestión Documental Electrónica (GDE) y el traspaso del registro de sociedades ya constituidas bajo esta modalidad al “libro o libros de registro que disponga la autoridad de control, sea la Inspección General de Justicia de la Nación o los Registros Públicos del interior del país” (Proyecto de Ley que dispone suspender por 180 días la constitución e inscripción de Sociedades por Acciones Simplificadas [S.A.S.] regulado en el título III de la Ley 27.349 [apoyo al capital emprendedor] y otras cuestiones conexas; Exp. 350/20, 2020).

Otra de las medidas propuestas es la de establecer, para las sociedades ya constituidas, la obligatoriedad de presentar al registro público de su domicilio las Memorias de ejercicio, el Estado de Situación Patrimonial y el Estado de Resultados. Además, se proponen las modificaciones de los artículos 33, 38 y 39 de la Ley 27.349 (Ley N 27.349 - Apoyo al Capital Emprendedor, 2017), limitando la capacidad para ser constituida como S.A.S. y, como principal innovación, la obligatoriedad de mantenerse dentro de las categorías del Registro MiPyMEs (Ley 24.467 - Registro de empresas MiPyMEs, Boletín Oficial, 2019). Así, nos encontramos ante nuevos condicionamientos ineludibles para estar encuadrado dentro de este nuevo tipo social.

Otra norma importante que causó ciertas turbulencias en las S.A.S. fue la Resolución General IGJ N 09/2020. Dentro de las justificaciones que motivaron la vigencia de la norma se menciona que las S.A.S. estarían funcionando en “condiciones de clandestinidad, opacidad y sin contralor administrativo de ninguna clase”. Aunque se las destaca como un instrumento jurídico valioso para emprendedores genuinos, se enfatiza que “si no existe o no se transparenta o publicita información confiable respecto de la sociedad y de los propios socios, aumentará el riesgo para los

terceros o al menos con toda probabilidad será esa la percepción de estos y será más dificultoso que operen con la sociedad, lo cual terminará afectando a los socios” (Resolución General N 09/2020 - IGJ; Modificaciones de la Ley de Capital Emprendedor, 2020).

Asimismo, la norma dedica especial atención a una cuestión que parece ser clave: el capital social y su proporcionalidad con el objeto que pretende desarrollar. Se entiende, según la regulación, que la razonabilidad entre el capital inicial y el objeto es una “exigencia de la buena fe en la realización de los actos jurídicos” y una protección para los terceros que se vincularían con la sociedad. Se destaca sobre la necesidad de acreditar efectivamente la suficiencia de capital social en el momento de la constitución, requiriendo un plan de negocios y financiero, así como también contar con un presupuesto certificado por un profesional de ciencias económicas. También adiciona importantes costos a la constitución de la sociedad y coloca en cabeza de las sociedades la carga de la prueba de la suficiencia. La regulación también impone la obligatoriedad de consignar un objeto social determinado junto con la posibilidad de incluir otras actividades únicamente si ellas son “conexas, accesorias y/o que complementarias de las actividades que conduzcan al desarrollo del objeto social” (Resolución General 05/2020, Boletín Oficial, 2020). Según parece, esto representa una contradicción con lo dispuesto por la Ley N 27.349 de Capital Emprendedor (Ley N 27.349 - Apoyo al Capital Emprendedor, 2017), una de las principales diferencias entre este nuevo tipo societario y las tradicionales S.A. o S.R.L.

Dicha conexidad entre la actividad principal y sus accesorias limita a muchos emprendedores que en la práctica comercial se dedican a múltiples actividades y que algunas de ellas no necesariamente complementan el objeto social central. De esta manera, estamos en condiciones de afirmar que se reduce considerablemente la capacidad de las S.A.S. como tipo social eficaz para absorber actividad informal.

De manera previsible, también se suspende la posibilidad de imputar los gastos de constitución al capital, como lo era hasta el momento anterior a la resolución. A su vez, se impone la necesidad de un órgano de fiscalización cuando el capital supere la suma de \$ 50.000.000, unos 490.000 USD, de acuerdo a lo establecido por el artículo 299 de la Ley General de Sociedades N 19.550 (Ley 19.500 - Sociedades Civiles y Comerciales, Boletín Oficial, 1972). Otra de las modificaciones que se incorporó a través de la Resolución 09/2020, en vigencia a partir del 30 de junio del 2020, es la obligatoriedad de presentar ante la Inspección General de Justicia los estados contables (Estado de Situación Patrimonial, Estado de Resultados y Memoria) dentro de los quince días de aprobados por el órgano de gobierno, en este caso, la reunión de socios. Al igual que otra documentación, los estados contables aportan datos que ayudan a conocer de forma periódica la situación financiera y económica de la organización. Estos registros proporcionan una información de naturaleza estática y relativa en el tiempo, representan una imagen que puede mutar de forma vertiginosa; es valiosa y esencial al momento de una inspección, ya que expone con precisión los detalles del periodo analizado. Pero su presentación por sí misma, sin un debido y oportuno estudio no garantiza con fidelidad la realidad de una organización. Por lo tanto, el requisito de presentación genera más demoras y costos para los emprendedores, y poco aporta a la detección de constituciones de sociedades ficticias.

Fabier Dubois (h), autor de Sociedades por acciones simplificadas y empresa familiar. Dos astros alineados, consideró a las S.A.S. como la privatización del derecho societario “al reducir las normas imperativas, acentuar la autonomía de la voluntad y estar excluida del control de la Inspección General de Justicia” (Spagnolo y Favier Dubois, 2018). Además, el autor asegura que la creación de las S.A.S. determinó un proceso que denominó “desjudicialización”, esto es, una profundización de la autonomía de la voluntad al reducirse la regulación y tener a mano la posibilidad de resolver conflictos por fuera de los tribunales a través del arbitraje, a manera de ejemplo. Pero esta sustracción del control de legalidad no implica de ninguna manera que las mismas funcionen más fraudulentamente que cualquier otro tipo societario. En realidad, se buscó la democratización o popularización del ingreso a la práctica asociativa, que hasta el momento tiene un acceso tan restrictivo que, incluso, podría tacharse de elitista.

No debe olvidarse que el espíritu que debió inspirar la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor se sitúa sobre el vasto sector de la economía informal que habita endémicamente en la República Argentina. Para representarlo, solo debemos recordar que, de acuerdo a datos del Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC) (Manzano y Duclós, 2020), el sector emplea alrededor del 50% de los trabajadores, entre ellos asalariados sin aportes jubilatorios y cuentapropistas (Manzoni, 2020). Entonces, ¿esta preocupación por la “informalidad” que representarían las S.A.S. puede primar sobre la realidad que se pretende regular?

Si bien los controles estatales en las prácticas comerciales son absolutamente esenciales para garantizar la transparencia y la protección de los actores intervinientes, siempre es posible encontrar métodos de control que acompañen la realidad en lugar de intentar encasillarla en prácticas vetustas. La propuesta de retorno a sistemas obsoletos como son los registros físicos, a los que se vería obligado aquel titular de una S.A.S., es un ejemplo de ello. En definitiva, nos encontramos frente a una propuesta que no ha considerado ventajas como la inviolabilidad e inmutabilidad en el tiempo que ofrecen los registros digitales.

Como gran prueba de la necesidad que impera sobre la necesidad de una modernización estatal, nos encontramos atravesando una situación excepcional donde se requiere arbitrar propuestas de gestión y medios innovadores. Casi en perfecta coincidencia con las propuestas de modificación de las S.A.S., nos enfrentamos al gran desafío que nos propuso el COVID-19 que, particularmente en Argentina, se transita en un contexto de crisis socioeconómica y con una prohibición de circulación que lleva meses. Es así que exponemos la elemental necesidad de digitalización no solo como un requerimiento momentáneo, sino como una práctica que se desea como permanente en el tiempo. En este contexto se entiende esencial revisar las objeciones que se manifiestan sobre los registros y presentaciones digitales en la constitución y desarrollo de sociedades, y considerar las grandes ventajas que ofrecen los mismos, ya que no es posible atravesar un proceso de desarrollo innovador sin otorgar valor a la invención.

## II. El estado actual del problema y la proyección de su futuro

Así tal como hemos descripto la situación actual de las S.A.S., veremos cómo se presenta la situación al día de hoy. Respecto del proyecto de ley (Expediente N° 350/20) que ya obtuvo sanción por parte de la Cámara de Senadores, hay que señalar que de su sitio web se extrae que tiene el pase a la Cámara de Diputados para su tratamiento (Proyecto de Ley que dispone suspender por 180 días la constitución e inscripción de Sociedades por Acciones Simplificadas [S.A.S.] regulado en el título III de la Ley 27.349 [apoyo al capital emprendedor] y otras cuestiones conexas; Exp. 350/20, 2020). De allí tendrá el plazo constitucionalmente otorgado para su tratamiento.

Respecto de las resoluciones generales de IGJ que hemos señalado, hay que recordar que el Poder Ejecutivo posee facultades reglamentarias otorgadas por la Constitución Nacional para asegurar o facilitar la aplicación de las leyes. La limitación que impone el inciso 2 del artículo 99 de la Constitución Nacional es que se encuentra prohibida la alteración del espíritu de la ley mediante excepciones reglamentarias, menos aún si de la reglamentación deviene la derogación de normas legales.

Es así como el 16 de septiembre de 2020 ha llegado a nuestras manos una sentencia del Juzgado Comercial N° 24, Secretaría 48, que aún nos trae mayor desconcierto sobre la actualidad de las S.A.S.

Se trata de una sentencia provocada por la interposición de una acción de amparo que tiene como fin de fondo la declaración de inconstitucionalidad de las Resoluciones Generales (IGJ) N° 5/2020, 9/2020, 17/2020, 20/2020, 22/2020 y 23/2020. De esa manera ASEA (Asociación Emprendedores Argentinos Asociación Civil) y un grupo de personas jurídicas organizadas bajo la forma societaria de Sociedad por Acciones Simplificada interpusieron dicha acción en tanto consideraron que las resoluciones mencionadas resultan contrarias a la Ley 27.349 y a las normas

constitucionales previstas en los artículos 1, 5, 14, 14 bis, 16, 17, 18, 19, 28, 31, 33, 75 incs. 22, 76, 99 inc. 3 y 109 de la Constitución Nacional.

Dentro de los argumentos de los demandantes se sostiene que, a través de las resoluciones que señalan, se está modificando en forma arbitraria la Ley de Apoyo al Capital Emprendedor 27.349, alterando sus normas y espíritu mediante una reglamentación que excede las facultades conferidas a la IGJ. Así, pretenden anotar que, correlativamente, se estaría vulnerando la facultad reglamentaria otorgada por la Constitución Nacional al Poder Ejecutivo. Así las cosas, el tribunal hace lugar a la medida precautoria y decide la suspensión precautoria provisional de las Resoluciones Generales dictadas por la IGJ N 5/2020, 9/2020, 17/2020, 20/2020, 22/2020 y 23/2020 estableciendo, a su vez, una caución juratoria a los demandantes.

A todo esto, ¿cuál es el destino de las S.A.S.? Pues en principio parece que deberemos esperar a que el juzgado mencionado trate el fondo de la cuestión y se decida por la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las resoluciones generales atacadas. Mientras tanto, estas normas continúan suspendidas y por ello el estado actual es el que obraba antes de ellas.

Solo nos resta esperar una eventual sanción –o no– en la Cámara de Diputados del proyecto Expediente N 350/20 y si la justicia finalmente se decide por dar un pronunciamiento de fondo sobre la constitucionalidad de las resoluciones que no devenga en abstracto por el paso del tiempo.

### III. Bibliografía

-“¿Qué es Bitcoin?” (n.d.). Recuperado de: <https://bitcoin.org/es/faq>.

-Barbero, M. (2007). “Factores condicionantes de la industrialización”. En Historia Económica Mundial. Buenos Aires: Emecé, pág. 104.

-Buenos Aires Emprende (2013). Recuperado de: Observatorio Emprendedor: [https://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/ba\\_emprende\\_data.pdf](https://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/ba_emprende_data.pdf).

-Caffaro, M. (2020). “Santa Fe, las uniones convivenciales ya superan holgadamente a los matrimonios”. En El Litoral, 26 de enero de 2020. Recuperado de: [https://www.ellitoral.com/index.php/id\\_um/223198-en-santa-fe-las-union-es-convivenciales-ya-superan-holgadamente-a-los-matrimonios-estadisticas-de-la-secretaria-de-justicia-politica.html](https://www.ellitoral.com/index.php/id_um/223198-en-santa-fe-las-union-es-convivenciales-ya-superan-holgadamente-a-los-matrimonios-estadisticas-de-la-secretaria-de-justicia-politica.html).

-Campanario, S. (2018). “Blockchain: la palabra del año”. En La Nación, 15 de julio de 2018. Recuperado de: <https://www.lanacion.com.ar/lifestyle/blockchain-la-palabra-del-ano-nid2152929>.

-Canosa, T. y Vienni, G. (2017,). “Financiamiento, el desafío de las pymes”. En UIA – Unión Industrial Argentina, 12 de agosto de 2017. Recuperado de: <https://www.uia.org.ar/centro-de-estudios/3385/financiamiento-el-desafio-de-las-pymes/>.

-Caja de Previsión Social para Profesionales en Ciencias Económicas de Córdoba. “SAS: convenio de Córdoba y AFIP para agilizar trámites”, 21 de junio de 2018. Recuperado de: <https://cpceca.org.ar/noticias/sas-convenio-de-cordoba-y-afip-para-agilizar-tramites/13474/>

- Conte, S. (2020). "Registrar una empresa demora casi un mes y cuesta 50 mil pesos". En Los Andes, 14 de enero de 2020. Recuperado de: <https://www.losandes.com.ar/article/view?slug=constituir-una-empresa-tarda-un-mes-y-cuesta-desde-50000>.
- Gestión Documental Electrónica – GDE (n.d.). Recuperado de: <https://www.argentina.gob.ar/jefatura/innovacion-publica/administrativa/gde>
- Hauser, I. (2020). "Ricardo Nissen está listo para hacerse cargo de la Inspección General de Justicia". En Página/12, 2 de febrero de 2020. Recuperado de: <https://www.pagina12.com.ar/243098-ricardo-nissen-esta-listo-para-hacerse-cargo-de-la-inspeccio>.
- Inspección General de Justicia (2019). Manual para S.A.S. de Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Disponible en: [http://www.jus.gob.ar/media/3325183/manual\\_libros\\_digitales\\_-\\_febrero\\_2019.pdf](http://www.jus.gob.ar/media/3325183/manual_libros_digitales_-_febrero_2019.pdf).
- Ley N° 19.500 – Sociedades Civiles y Comerciales. Boletín Oficial, 25 de abril de 1972, Buenos Aires, Argentina.
- Ley N° 24.467 – Registro de empresas MiPyMEs. Boletín Oficial. 12 de abril de 2019, Buenos Aires, Argentina.
- Ley N 23.349 – Ley de Impuesto al Valor Agregado. Boletín Oficial. 25 de agosto de 1986, Buenos Aires, Argentina.
- Ley N 27.349 – Apoyo al Capital Emprendedor. Boletín Oficial, 12 de abril de 2017, Buenos Aires, Argentina. Recuperado de: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/162162/20170412>.
- Manzano, G., y Duclós, S. (2020). Trabajos e Ingresos N 4, Vol. 53. Mercado de trabajo. Tasas e indicadores socioeconómicos (EPH). INDEC (Instituto Nacional de Estadística y Censos). Recuperado de: [https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/mercado\\_trabajo\\_eph\\_4trim19EDC756AEAE.pdf](https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/mercado_trabajo_eph_4trim19EDC756AEAE.pdf).
- Manzoni, C. (2020). "El empleo informal crece en la Argentina al ritmo de las sucesivas crisis". En La Nación, 12 de abril de 2020.
- Ministerio de Producción y Trabajo (2020). Consejo Nacional de Empleo. Resolución 04/2020 – La Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil, 16 de octubre de 2020. Recuperado de: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/236294/20201020>.
- Ministerio de Producción y Trabajo (2019). Resolución 220/2019, 15 de abril de 2019. Recuperado de: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/205554/20190415>.
- Proyecto de Ley que dispone suspender por 180 días la constitución e inscripción de Sociedades por Acciones Simplificadas (S.A.S.). Regulado en el título III de la Ley 27.349 (apoyo al capital emprendedor) y otras cuestiones conexas. Exp. 350/20, marzo de 2020. Recuperado de: <https://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp/350.20/S/PL>.
- Resolución General 05/2020. Boletín Oficial, 26 de febrero de 2020, Buenos Aires, Argentina.

**LAS S.A.S. EN LA ENCRUCIJADA DEL CONTROL Y LA MODERNIDAD (LOURDES TUCUMAN Y GABRIELA ULAS) - APORTES AL DERECHO / REVISTA JURÍDICA DE UFLO UNIVERSIDAD / AÑO 2020 / VOL. 04 / N° 04 / ISSN 2618-4192.**

---

-Resolución General N 09/2020 – IGJ. Modificaciones de la ley de capital emprendedor. Boletín Oficial, 13 de marzo de 2020, Buenos Aires, Argentina. Recuperado de: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/226763/20200316?busqueda=1>.

-Resolución General N 6/2020 – IGJ. Boletín Oficial, 26 de febrero de 2020, Buenos Aires, Argentina.

-Spagnolo, L. y Favier Dubois, E. (2018). “Nace una estrella: La sociedad por acciones simplificada con libertad estatutaria”. En Primera Jornada sobre c y f de la SAS. Tema V. Mar del Plata. FIDAS.

# Los proyectos de investigación en las tesis de grado: un enfoque sobre la investigación basada en textos

Laura Quintana<sup>1</sup>, Julián Hermida<sup>2</sup>

## Resumen

El presente artículo ofrece una reflexión sobre la investigación que se lleva a cabo para la realización de tesis, también llamadas trabajos integradores finales, en las carreras universitarias de grado. Se examinan los requisitos y objetivos de las tesis, cada una de las etapas de investigación y los procesos cognitivos para llevar a cabo las mismas. El artículo analiza también los problemas principales que los estudiantes presentan en sus trabajos para el armado de las tesis de acuerdo con la experiencia recogida en el dictado de talleres de investigación y ofrece alternativas para su superación.

Palabras claves: Tesis de grado; hermenéutica; investigación; textos

## Abstract

This article offers a reflection on the research practice for thesis in undergraduate degree programs. The article examines the requirements and objectives of the theses, each of the research stages, and the cognitive processes to carry out the thesis. The article also analyzes the main problems that students have with their theses according to the experience gathered in the teaching of undergraduate research courses and offers some alternatives to overcome these difficulties.

Keywords: Undergraduate thesis; hermeneutics; research; text

---

<sup>1</sup> Profesora de Psicología, UCES (Buenos Aires, Argentina). Doctoranda en Psicología, Universidad del Aconcagua (Mendoza, Argentina). [lquintana@uces.edu.ar](mailto:lquintana@uces.edu.ar).

<sup>2</sup> Profesor de Derecho, Algoma University (Sault Ste. Marie, Canadá) y UFLO (Buenos Aires, Argentina). Doctor en Derecho, McGill University (Montreal, Canadá). [julian.hermida@algomau.ca](mailto:julian.hermida@algomau.ca).

## I. Introducción

El presente artículo tiene por objetivo reflexionar sobre la investigación que se lleva a cabo para la realización de tesis en las carreras de grado. Si bien los aspectos principales y las etapas de los proyectos de investigación son iguales o similares para todo tipo de investigación, el foco de este trabajo son las investigaciones cuyo corpus de datos está constituido principal o exclusivamente por textos.

Se presenta un panorama general de cada una de las etapas de investigación y de los procesos cognitivos y meta-cognitivos necesarios para llevar a cabo la tesis. Asimismo, se examinan los problemas principales que generalmente surgen en las tesis presentadas por los estudiantes de grado. El presente estudio recoge la experiencia de los autores en el dictado de talleres de investigación para el trabajo integrador final en carreras pertenecientes a las ciencias sociales en universidades de distintos países americanos y las experiencias reportadas en la literatura. El artículo consta de dos partes. En la primera, el foco está en las características generales de las tesis o trabajos integradores finales, la concepción epistemológica de las mismas, sus diferencias con las monografías y con otros tipos de trabajos de investigación y la clasificación de las mismas según la aproximación a la investigación y según el enfoque seleccionado. La segunda parte consiste en el análisis pormenorizado de cada una de las etapas de investigación. A lo largo del artículo se examinan los problemas frecuentes que se encuentran en las tesis de los estudiantes de grado y los procesos cognitivos que tienen lugar en el desarrollo de las mismas.

## II. La tesis o trabajo integrador final

En los últimos años, en parte como consecuencia del proceso de acreditación de carreras de grado que ha venido desarrollándose con fuerza en distintos países, incluso varios latinoamericanos, cada vez más carreras de grado exigen como requisito para la graduación de sus estudiantes la realización de una tesis o trabajo integrador final. La misma denota el cierre de un recorrido y la elaboración de un producto que sintetiza saberes y competencias adquiridos a lo largo de la carrera universitaria. En los países donde se ha implementado el proceso de acreditación de carreras, el organismo de control generalmente establece los resultados de aprendizaje esperados para las tesis. A modo de ejemplo, el Ministerio de Educación de la Argentina establece, para algunas carreras, que las tesis: "... deben demostrar destreza en el manejo conceptual y metodológico, correspondiente al estado actual del conocimiento en la o las disciplinas del caso (Ministerio de Educación, 1997).

Esto viene acompañado de exigencias para que las carreras de grado pongan un mayor énfasis en la investigación y que se considere a la investigación como una competencia transversal, es decir, una competencia que se debe enseñar en distintos cursos y mediante diversas intervenciones pedagógicas y curriculares. En este sentido, la investigación es concebida como la capacidad de adoptar un proceso de indagación permanente para abordar temas y situaciones problemáticas para la creación de conocimiento disciplinar, como medio para entender la disciplina y como modo de solucionar problemas teóricos y prácticos (Hermida, 2018).

## III. Concepción epistemológica de la investigación para tesis de grado

Las tesis de investigación son una forma de buscar una solución a un problema a través de un proceso sistemático, que incluye la producción de información válida y confiable y requiere la realización de ciertas etapas para asegurar que la solución al problema también sea válida (Borsotti, 2009). Con la tesis se busca que los alumnos

integren los conocimientos desarrollados durante su carrera. De acuerdo con Iglesias (2013), “el trabajo final de grado debe encarnar los conocimientos conceptuales, técnicos y metodológicos como así también las destrezas y habilidades que se aprendieron a lo largo de la formación universitaria [...]. Cada modalidad de trabajo final, entonces, tiene que contemplar la consecución de un producto que sintetice aspectos primordiales del perfil de graduado que cada Universidad pretende formar”. Además de constituir un requisito para la graduación y de requerir la integración de teorías y métodos desarrollados a lo largo de la carrera de grado, la tesina ofrece una gran oportunidad para recuperar el sentido positivo y progresivo del estudio, entendido como elaboración crítica de una experiencia, para localizar problemas, para afrontarlos con método y para lograr exponerlos siguiendo ciertas técnicas de comunicación claramente definidas (Gallarato, 2017).

#### **IV. Diferencias entre la tesina, la monografía y las tesis**

Una de las diferencias fundamentales entre una monografía y una tesis es el propósito de las mismas. La monografía es un trabajo de carácter descriptivo y compilativo sobre un tema específico que no intenta resolver un problema determinado. La tesina o trabajo integrador final es un trabajo de investigación sistemático y de comunicación de tal investigación. Esta comparte con las tesis de maestría y de doctorado el hecho de que persiguen el objetivo de identificar un problema y solucionarlo mediante un proceso sistemático de acuerdo con principios y métodos disciplinares. La tesina se diferencia de la tesis de maestría en que en esta última el estudiante debe mostrar familiaridad con trabajos previos en el campo y debe demostrar la capacidad de realizar investigaciones, organizar resultados y defender el enfoque y las conclusiones de manera académica de acuerdo con las normas disciplinares. En la tesina, el estudiante solo debe demostrar que maneja los autores analizados en la carrera. La tesis doctoral implica, además de las exigencias para la tesis de maestría, una contribución original y significativa para avanzar el conocimiento en la disciplina basada en el estado del arte. En la tesina de grado, el estudiante solamente debe demostrar que puede integrar los conocimientos teóricos y prácticos, las habilidades y las competencias desarrolladas durante la carrera y evidenciar que maneja las técnicas y procedimientos metodológicos básicos de la disciplina. Uno de los objetivos principales de las tesinas es alentar a los estudiantes a aplicar el conocimiento que construyeron en sus estudios. Pero en la tesina no es necesario crear algo nuevo ni demostrar conocimiento exhaustivo de todos los trabajos previos en el campo.

#### **V. Clasificación de tesis de acuerdo con la perspectiva de investigación**

##### ***V. 1. Perspectiva cuantitativa***

Con el surgimiento del Positivismo en el siglo XIX, nacido del pensamiento racionalista del Iluminismo (Comte, 1865), el modelo científico de las ciencias naturales se instaló como método hegemónico en la investigación y dominó casi con exclusividad hasta el siglo pasado la investigación dentro y fuera de la universidad. El modelo científico se basa en la premisa de que hay un mundo objetivo del que el científico puede extraer datos y verificarlos mediante una investigación empírica, es decir, un proceso de observaciones sobre el mundo que implica hacer conjeturas (hipótesis), derivar predicciones de ellas como consecuencias lógicas, y luego realizar experimentos u observaciones empíricas basadas en esas predicciones (Quintana & Hermida, 2020).

Además de su naturaleza empírica, el modelo científico se caracteriza por su perspectiva cuantitativa de la inves-

tigación. La investigación cuantitativa tiene por objetivo la predicción, la generalización y la causalidad mediante datos numéricos o información que puede convertirse en números. Un principio central de la investigación cuantitativa es el diseño de investigación estrictamente controlado en el que los investigadores especifican claramente de antemano qué datos van a medir y el procedimiento que se utilizará para obtenerlos. Esta perspectiva opera con un corpus de datos que puede ser manipulado numéricamente y busca coleccionar datos precisos, objetivos y medibles, los cuales puedan ser analizados utilizando procedimientos estadísticos y el método hipotético deductivo. El investigador toma distancia del objeto de estudio en las investigaciones cuantitativas. El arquetipo del modelo científico es el biólogo u otro investigador de las Ciencias Naturales que toma un objeto de investigación, tal como un insecto o una hoja de una planta, y lo observa a través de un microscopio en su laboratorio para extraer sus conclusiones.

Este método propio de las ciencias naturales se utiliza también en las ciencias sociales para cuantificar opiniones, actitudes, comportamientos y otras variables definidas con el objetivo de apoyar o refutar hipótesis sobre un fenómeno social específico.

## ***V. 2. Perspectiva cualitativa***

Si bien la perspectiva cualitativa se conoce desde la Antigüedad, en los años 1960 y 1970 tomó fuerza como reacción a la perspectiva cuantitativa del paradigma de investigación de las ciencias naturales que también predominaba en las ciencias sociales. De acuerdo con Denzin y Lincoln (2005), “la investigación cualitativa implica un acercamiento interpretativo y naturalista del mundo. Esto significa que los investigadores cualitativos estudian los objetos en sus escenarios naturales, intentando dar sentido, o de interpretar, a los fenómenos en términos de los significados que las personas les atribuyen”. Para ello, el investigador cualitativo recurre a “una variedad de materiales empíricos –estudios de caso; experiencia personal; introspección; historia de vida; entrevista; artefactos; textos y producciones culturales; textos observacionales, históricos, de interacción y visuales– que describen tanto rutinas y momentos significativos como significados presentes en la vida de los individuos” (Denzin, & Lincoln, 2005). La perspectiva cualitativa busca entender los significados, las características y símbolos de los fenómenos de estudio tratando de ver los porqués y los cómo de los fenómenos. En lugar de cuantificar, la perspectiva cualitativa quiere explorar el objeto de investigación sin recurrir siempre a categorías de análisis previas. A diferencia de la perspectiva cuantitativa, intenta descubrir el fenómeno a medida que se realiza la investigación. En la investigación cualitativa, hay un reconocimiento de que el objeto de investigación no es algo externo al investigador, sino que el objeto es una construcción que surge de la interacción entre el investigador y lo que él determina y delimita como objeto. Por ello, en muchos casos el investigador incluye las motivaciones personales que lo llevaron a realizar la investigación. Cuanta más conciencia tiene el investigador de su propia subjetividad y sobre cómo la misma influye sobre el objeto de investigación, la investigación más se aleja de la perspectiva cuantitativa del modelo científico de las ciencias naturales. En el extremo más alejado de la perspectiva cuantitativa, el investigador no solo explicita su subjetividad, es decir, su clase social, género, orientación sexual, raza, e incluso sus emociones, sino que la investiga en una especie de autoanálisis. En otras palabras, la subjetividad del investigador pasa a ser parte de la propia investigación que se materializa en investigaciones auto-reflexivas. De esta manera, los límites entre el objeto, el sujeto y el propósito de la investigación se desdibujan. Es más, el objetivo de la investigación no es solo el del descubrimiento de un fenómeno, sino también el de autodescubrimiento del propio investigador.

Los investigadores cualitativos también pueden recurrir a la interpretación de textos como parte de una investigación cualitativa, haciendo uso, por ejemplo, del análisis de discurso, entre otras metodologías. Esto difiere de

la investigación hermenéutica, como se verá más adelante, tanto en el concepto de texto como en el análisis del mismo. Cuando el investigador cualitativo utiliza un texto como objeto de su investigación, el concepto de texto con el que trabaja es sinónimo de discurso, lo cual es mayor y más abarcativo que el contenido plasmado en el texto (McGee, 1990). Más importante todavía, el propósito del análisis y la manera de aproximarse al texto difiere sustancialmente de la perspectiva hermenéutica. A diferencia de lo que ocurre en la interpretación hermenéutica, el trabajo del investigador cualitativo consiste en explicar el discurso o el lenguaje que las personas utilizan en un texto para hablar sobre algún fenómeno o expresar algo, examinar el rango de posibilidades que cada persona tiene para comunicarse, comprender qué significan los textos para las personas que los emiten y describir, comprender e interpretar el significado de los mensajes comunicativos dentro de un contexto sociocultural y político-económico particular. Específicamente, los investigadores cualitativos hacen preguntas sobre cómo y por qué circulan los textos dentro de un determinado contexto en la forma en que lo hacen. Además, los investigadores cualitativos interpretan qué significan estos textos dentro de contextos particulares y para audiencias particulares (McKinnon, 2014). Por ello, la perspectiva cualitativa con su arsenal de métodos y prácticas no está en condiciones de poder analizar los textos de manera adecuada cuando el corpus de datos u objeto de la investigación lo constituye el texto mismo y no el discurso.

### ***V. 3. Perspectiva hermenéutica***

Existen investigaciones donde los investigadores expertos focalizan su investigación en la interpretación de textos, es decir, el objeto de la investigación o corpus de datos son o bien textos, tales como libros, artículos de investigación, presentaciones a conferencias, normas jurídicas o debates, o bien son ideas, conceptos, teorías y principios contenidos principal o exclusivamente en textos. Este tipo de investigaciones son frecuentes en disciplinas tales como el derecho, el psicoanálisis, la filosofía, la crítica literaria y la teología, entre otras. En ellas, los investigadores examinan textos en detalle para lograr la solución a los problemas de investigación planteados. El texto es considerado como un objeto terminado –escrito o impreso– cuya existencia es inherente al texto mismo e independiente del acto de aprehensión por el lector o por el autor (Gadamer, 1979).

La perspectiva hermenéutica provee una alternativa propia para la interpretación de los textos. La hermenéutica es, en sentido general, el estudio de la comprensión y de la interpretación, y en sentido particular, la tarea de la interpretación de textos (Palmer, 1969). El campo de la hermenéutica se desarrolló como un esfuerzo para lograr modos históricos y humanísticos del entendimiento. Pero la hermenéutica no se limita a un conjunto de instrumentos y técnicas para la explicación de textos, sino que intenta ver el problema dentro del horizonte general de la interpretación misma.

Dada la escasez de recursos y las dificultades de distinta índole (tiempo, exigencias de tribunales de ética y recursos económicos, entre otros) que enfrentan los estudiantes de carreras de grado, son muchos los estudiantes que realizan tesis donde el corpus de datos está compuesto exclusivamente de textos y la investigación consiste en el análisis de los mismos. Sin embargo, estos estudiantes no siempre manejan los principios de la interpretación hermenéutica.

## **VI. Clasificación de las tesis según su enfoque**

Según su enfoque, una tesis de grado puede ser monográfica o panorámica. La tesis monográfica (diferente de

una monografía) “centra su atención en un objeto único de estudio, es decir, es monotemática. El objeto de estudio está más acotado, lo que requiere un nivel de acercamiento mucho mayor que el requerido en una visión general” (Eco, 1998). Por su parte, en la tesis panorámica, “el objeto de estudio incluye un abanico diverso de materiales distribuidos extensamente en el tiempo o en el espacio o desperdigados a lo largo de distintos textos y fuentes” (Eco, 1998). Dadas las características de la tesina, de los tiempos para su realización y de los recursos existentes para llevarla a cabo, una tesis panorámica resulta desaconsejable, sobre todo en las carreras de grado. Según Eco (1998), “la primera tentación del estudiante es hacer una tesis que hable de muchas cosas. Si el estudiante se interesa por la literatura, su primer impulso es hacer una tesis titulada ‘La literatura hoy’. Siendo necesario restringir el tema optará por ‘La literatura española desde la posguerra hasta los años setenta’. Estas tesis son muy peligrosas. Se trata de temas que alterarían la sangre a estudiosos bastante más maduros”. Un fenómeno relacionado con esto es el hecho de que muchos de los estudiantes tienden a querer investigar problemas de alta complejidad, aun en tesis monográficas. Esto contrasta con los exámenes y otros trabajos prácticos realizados a lo largo de la carrera de grado, en los que los estudiantes arriesgan poco y no siempre aspiran a exceder los objetivos esperados por sus profesores. Esto se debe probablemente al hecho de que, al tener amplia libertad para elegir el tema, formular el problema y seleccionar los medios para llevar a cabo la investigación, los estudiantes se apropian de la tesina. Esto, si bien es auspicioso, en muchos casos los enfrenta en la práctica con grandes dificultades para llevar a cabo estas investigaciones de alta complejidad.

Una cuestión relacionada con el enfoque de la tesis radica en que muchas veces algunos estudiantes analizan problemas como si todas las sociedades fueran iguales. Estos estudiantes presuponen en sus tesis que, por ejemplo, los problemas de violencia de género son iguales en todo el mundo, que las enfermedades afectan a toda la población por igual o que la influencia del grupo sobre el individuo es la misma en todas partes sin tener en cuenta las diferencias existentes entre distintas comunidades o las diferencias entre sociedades colectivas o individuales o las que existen entre poblaciones rurales y urbanas, por citar algunos ejemplos. Este enfoque tiende a ver todos los problemas desde una mirada occidental, judeo-cristiana y de países centrales, aun cuando los estudiantes no se sitúen en países del mundo norte.

## VII. Las etapas de la investigación: dificultades y procesos cognitivos

### VII. 1. Título de la tesina

El título contiene las ideas principales que guían el pensamiento del investigador. El título aclara al lector qué esperar del proyecto. Un buen título ayuda al investigador a comenzar a planificar el proyecto, a centrarse en qué literatura revisar y qué métodos de investigación pueden ser apropiados. Además, el título conceptualiza el problema y, por lo tanto, si se publica la investigación el título sirve como un medio para que el trabajo sea encontrado en bases de datos (Newman & Covrig, 2013). Un buen título contiene los siguientes elementos: i) qué: el objeto que se va a investigar en el proyecto; ii) quién: la población sobre la que se va a investigar; iii) dónde: el lugar o la región de la investigación; iv) cuándo: el período de tiempo de la investigación; y v) cómo: el diseño de investigación o manera de recolectar y analizar los datos.

Un fenómeno habitual en muchos de los estudiantes es que el título suele hacer referencia de manera muy general al tema del proyecto de investigación en lugar de contemplar los elementos señalados.

## VII. 2. Problema de investigación

Bajo la señalada concepción epistemológica de las tesis de grado, el paso más importante que debe dar el estudiante-investigador es la identificación del problema de investigación.<sup>3</sup> Un problema de investigación es un estado de cosas, eventos, situaciones o procesos, ya sean teóricos o empíricos, que se perciben como insatisfactorios o problemáticos (Creswell, 1994). Si la solución a este problema no es obvia dentro del conjunto de conocimientos y técnicas existentes, el problema requiere de una investigación.

Como los problemas no existen de forma aislada, la selección y la formulación del problema presuponen cierta experiencia general y conocimiento del tema. Para formular un problema es necesario analizar el estado del arte en la disciplina, es decir, el conocimiento teórico y empírico producido sobre el tema en cuestión. De esta manera, el problema de investigación debe estar precedido por un estudio de la literatura y un mapeo de lo que ya se ha descubierto. La formulación del problema puede incluir una pregunta, pero no todas las preguntas constituyen un problema. Una pregunta de investigación define y guía el campo conceptual de la investigación. Pero el problema de investigación debe formularse explícitamente como una declaración, que puede incluir una pregunta al final.

Para una tesis de grado, si bien, como se señaló, no es necesario llevar a cabo una investigación original para contribuir al avance del conocimiento en la disciplina (Delamont et al., 1994), el problema debe ser lo suficientemente relevante como para justificar la realización de un proyecto de investigación. Por lo tanto, se hace necesario explicar y desarrollar el problema de investigación para que su relevancia pueda entenderse claramente.

La principal dificultad de las tesis de grado es que muchas de ellas no tienen un problema de investigación claramente definido. Muchas veces los estudiantes escriben extensamente sin haber identificado un problema, lo que transforma a sus trabajos en una mera recopilación de datos. En la mayoría de estos casos, las tesis incluso contienen una hipótesis, es decir, una solución a un problema inexistente. En varias oportunidades, los estudiantes entregan lo que consideran que es una tesis completa. Cuando se les pregunta sobre la falta de un problema de investigación, la mayoría de estos estudiantes piensan un problema ad hoc y lo agregan artificialmente sin cambiar ninguna parte sustancial de la tesis. Esto demuestra que el trabajo de investigación no ha sido orientado a la resolución de un problema, sino simplemente a cumplir con lo que se percibe solo como un requisito formal para la graduación. Del mismo modo, otros estudiantes presentan tesis con preguntas sin un problema de investigación. En la mayoría de los casos, estas preguntas pueden perfectamente responderse sin realizar una investigación. Una estrategia que ayuda a los estudiantes a formular un problema en una investigación cuyo corpus de datos son textos o teorías contenidas en textos es examinar la estructura general y organización interna que puede presentar un problema. Esta estructura incluye las siguientes posibilidades respecto del objeto de estudio (textos, teorías, argumentos, ideas, normas jurídicas, etc.): i) inconsistencia interna del objeto de estudio; ii) contradicción entre dos objetos de estudio; iii) falta de elaboración del objeto de estudio; iv) efectos o consecuencias de la aplicación del objeto de estudio en la práctica; v) adecuación de un objeto de estudio a otro de nivel superior; vi) errónea aplicación del objeto de estudio; vii) comparación y contraste entre objetos de estudio; viii) la causa u origen del objeto de estudio; ix) el desarrollo o evolución histórica del objeto de estudio; x) la falta de información suficiente sobre el objeto de estudio; y xi) las ventajas y desventajas del objeto de estudio. Esta taxonomía, que no pretende ser completa ni exhaustiva, facilita a los estudiantes a pensar en cómo formular un problema de investigación.

---

<sup>3</sup> Las etapas descriptas corresponden al desarrollo de la tesis. Sin embargo, las consideraciones formuladas son de aplicación también al proyecto de investigación que se debe presentar con anterioridad al desarrollo de la misma. El Apéndice I contiene el formato generalmente solicitado a los estudiantes para la presentación de sus proyectos.

Otra estrategia que facilita la comprensión y formulación de un problema de investigación es la de hacer explícitos los elementos todo problema de investigación. Estos incluyen: i) la introducción; ii) las premisas; iii) el tópico u objeto de estudio; iv) las dimensiones temporales, espaciales y poblacionales del problema; y v) la relevancia de la investigación. La introducción debe ayudar a garantizar que el lector mantenga el interés por el proyecto. Las premisas son los supuestos básicos subyacentes al problema, las cuales pueden ser implícitas o explícitas. Es necesario que la premisa sobre la cual se asienta el problema sea válida, de lo contrario toda la investigación carecerá de validez. El tópico u objeto de estudio propiamente dicho es la cuestión que se va a investigar, ya sea una teoría, un concepto o un fenómeno social. Con respecto a las dimensiones del problema, en toda investigación es necesario delimitar el período sobre el cual se va a investigar. En algunas investigaciones, este puede ser implícito. Por ejemplo, si se quiere comparar la construcción del conocimiento clínico en Charcot y Freud, el período temporal puede estar implícito, porque se sabe que Charcot publicó su obra *La invención de la histeria* y la iconografía fotográfica de la Salpêtrière entre 1876 y 1880 y Freud comenzó a publicar alrededor de 11 años después. También es necesario delimitar el espacio geográfico en el cual se va a desarrollar la investigación. Por ejemplo, si se quiere estudiar algún aspecto de la violencia de género es necesario contextualizar el ámbito espacial, porque no es lo mismo la violencia de género en Argentina que en Rusia, ni es lo mismo lo que sucede en Buenos Aires que en una ciudad pequeña del interior del país. De la misma manera, si la investigación va a recaer sobre individuos se debe precisar qué población se va a estudiar. Por ejemplo, si se quiere investigar la influencia del grupo por sobre un individuo se debe especificar si se trabajará con adolescentes, o con adultos, o con niños y con varones y mujeres o solo con varones, etc. Finalmente, todo problema de investigación debe contener una explicación de la importancia del proyecto de investigación o de los beneficios que se derivarán del mismo.

### VII. 3. Objetivos de investigación

Toda tesis debe incluir los objetivos de investigación, es decir, los logros específicos que el investigador espera obtener de su estudio. En otras palabras, el objetivo del proyecto de investigación resume lo que se logrará con la investigación. La formulación del objetivo de investigación general debe ser claro, conciso y declarativo. Un objetivo de investigación claramente definido ayuda al investigador a centrarse en el estudio y a determinar el tipo de conocimiento que se producirá. Un objetivo general puede desglosarse en varios objetivos específicos para facilitar la investigación. Los objetivos específicos pueden, aunque no es un requisito indispensable, coincidir con los diferentes capítulos de las tesis.

Otras dificultades comunes observadas en las tesis es que muchos estudiantes tienden a formular objetivos muy amplios y a formular objetivos específicos que no se relacionan ni se desprenden del objetivo general.

### VII. 4. Hipótesis

La hipótesis es una solución provisional o conjetural al problema formulado como una afirmación declarativa. Incluye, al menos, dos variables y, al menos en un sentido general, la misma tiene que ser comprobable o verificable. Asimismo, la hipótesis debe basarse en el estado del arte y debe tener una base científica, es decir, debe ser compatible con el cuerpo de conocimiento existente en la disciplina. Si el problema de investigación incluye una pregunta de investigación, entonces la hipótesis es la respuesta a esa pregunta. Aunque los proyectos de investigación exploratoria pueden no incluir una hipótesis, es importante que los proyectos de investigación para

las tesis de grado incluyan una hipótesis para que los estudiantes aprendan a formular soluciones provisionarias que guíen su investigación.

Uno de los problemas más recurrentes es la falta de coherencia entre el problema de investigación, los objetivos y la hipótesis. En algunos casos, el problema está claramente establecido, pero el objetivo de la tesis no tiene relación con el problema, o la hipótesis intenta resolver un problema que no es el identificado como problema de investigación. En otros casos, la formulación del problema incluye su solución. En otras palabras, en estos casos no habría necesidad de llevar a cabo la investigación, porque la propia formulación del problema incluye la solución al mismo.

### VII. 5. Estado del arte

La revisión del estado del arte permite ubicar la investigación en el contexto de lo que ya se sabe sobre un tema. El estado del arte se concibe como una exposición sistemática y crítica del conocimiento teórico y empírico producido sobre un tema determinado. Ayuda a formular el problema, a producir la hipótesis; y también ayuda a contextualizar la discusión de los resultados (Russell, 2000). Para el proyecto de investigación de tesis de grado, el estado del arte no necesita ser exhaustivo, pero sí relevante y es necesario que partan de autores trabajados durante la carrera universitaria. Otra característica de las investigaciones de grado en la práctica es que varios estudiantes tienden a elegir temas muy novedosos, generalmente en respuesta a un movimiento o fenómeno que se pone de moda y se instala como noticia en los medios de comunicación. Esto genera dificultades, dado que los estudiantes se encuentran con escasos recursos bibliográficos. Como señaló Eco (1998):

Salvo que sean genios hay que tener humildad científica. Ideas originales pueden partir de la confrontación con una teoría de un autor. Aun siendo genios nunca es humillante partir de programas de las materias y sus autores. Nadie dice que haremos un fetiche con los recortes de una materia o un autor. No sería adorar a nadie. Se puede partir desde allí y luego demostrar errores y límites. Pero necesitamos un punto de apoyo. Decían los medievales, que tenían un respeto exagerado por la autoridad de sus autores clásicos, que los modernos, aun siendo "enanos" en comparación con aquellos, al apoyarse en ellos se convertían en "enanos a hombros de gigante", con lo cual veían más allá que sus predecesores.

Un fenómeno habitual es que muchos estudiantes toman la revisión del estado del arte como una mera recopilación de citas de autores con poca o ninguna conexión con el desarrollo real de la tesis. En algunos de estos casos, el estado del arte es muy general y amplio en lugar de ser relevante y específico. En otros casos, los autores en los que la tesis se basó, particularmente en las secciones de análisis o interpretación, no aparecen incluidos en el estado del arte. La otra cara de la misma moneda son las tesis que incluyen trabajos de autores incluidos en el estado del arte que no tienen ninguna influencia en los capítulos de análisis e interpretación de datos.

Una dificultad que se suele presentar en las tesis es que el estado del arte es demasiado general, por lo que carece de relevancia. Por ejemplo, un estudiante pretende efectuar su tesis sobre el *acting out* en la adolescencia y su estado del arte, por un lado, solo consigna autores y trabajos que hablan de la adolescencia en general sin tener que ver en nada con el *acting out*, y, por otro, incluye trabajos que hablan del *acting out* de manera totalmente desconectada de la adolescencia en lugar de incluir trabajos que focalicen en el *acting out* en la adolescencia.

## **VII. 6. Marco teórico**

Toda tesina debe incluir el marco teórico, es decir, la teoría o la línea de investigación con la que se trabajará en la tesis. La teoría seleccionada tiene que informar la formulación del problema, la justificación y la relevancia de la investigación, la hipótesis, la selección de instrumentos y la elección de métodos de investigación. De la misma manera, los resultados deben analizarse en términos de cómo se relacionan con la teoría o la línea de investigación que sustenta la investigación. El marco teórico es la estructura que apoya la teoría de la investigación y establece la perspectiva por la cual se examina el problema (Borsotti, 2009).

Otra cuestión recurrente en las tesinas de grado es que, a pesar de que las mismas en su mayoría incluyen el marco teórico, en muchas oportunidades la recopilación de los datos y el análisis de los mismos tienen poco que ver con ese marco teórico. En este sentido, el capítulo sobre el marco teórico deja de tener sentido, dado que aparece desconectado del resto de la tesis. En otros casos, muchas tesinas se limitan a enunciar el marco teórico sin explicitar cómo el mismo va a facilitar el análisis de los datos.

Un problema relacionado con esto es que en muchos casos, en lugar de usar las tesinas para integrar el conocimiento y las habilidades desarrolladas a lo largo de su recorrido por la carrera universitaria y para dar a sus estudios una sensación de finalización y cierre, muchos estudiantes realizan tesis que están desconectadas de su plan de estudios, como si nada de sus estudios, en particular los autores que leyeron y discutieron ampliamente en cursos anteriores, ha sido lo suficientemente interesante como para seguir profundizando e investigando.

## **VII. 7. Metodología**

El trabajo integrador final debe hacer explícito el enfoque metodológico para llevar a cabo la investigación. La metodología es un procedimiento que permite la producción de soluciones sistemáticas y rigurosas al problema de investigación (Quintana & Hermida, 2019). El capítulo de metodología debe hacer explícito tanto cómo se seleccionan los datos cuanto cómo se analizan los mismos.

En proyectos cualitativos, los estudiantes tienen que construir los datos. Para ello, deben seleccionar las herramientas de recolección de datos más apropiadas para su proyecto. Como se señaló, estas pueden incluir entrevistas, grupos focales, observaciones, encuestas y análisis de documentos, entre otras. Luego de seleccionada la herramienta de recolección de datos, se deben construir los instrumentos, por ejemplo, las preguntas para las entrevistas o las preguntas para las encuestas. En los proyectos cuyo cuerpo de datos son textos o ideas, teorías, conceptos o principios incluidos en textos, los estudiantes deben seleccionar los textos que usarán para llevar a cabo su investigación y explicitar el procedimiento por el cual interrogarán e interpretarán tales textos (Quintana & Hermida, 2020). En ambos casos, la selección y el relevamiento de datos se efectúa en función del problema de investigación y de los objetivos y se definen y clasifican en función de determinados criterios de selección, los que incluyen la pertinencia, la exhaustividad y la actualidad (Borsotti, 2009).

La principal dificultad relativa a la metodología encontrada en las tesinas de estudiantes de grado es que en muchos casos no se explicita la manera en que el estudiante realiza el proceso de interpretación de datos. Estas tesinas se limitan a señalar a grandes rasgos las herramientas de recolección de datos sin detallar cómo los mismos son interpretados.

## VII. 8. *La interpretación de textos en la práctica*

Los procesos cognitivos del investigador al interpretar los datos no han sido detallados con gran amplitud en la literatura (McKinnon, 2014) y los mismos constituyen un misterio para la mayoría de los estudiantes que se inician en la investigación. Una vez que se obtienen los datos, muchos estudiantes no saben cómo interpretarlos exactamente. Una regla de oro en la investigación es la explicitación. Se debe explicar en detalle cómo se ha trabajado con los datos para obtener la información necesaria a los efectos de proporcionar una solución al problema de investigación y responder a la pregunta de investigación. El proceso a seguir para el análisis depende de la herramienta de recopilación de datos adoptada, de los instrumentos elaborados en el caso de proyectos cualitativos, del marco teórico y de los objetivos de la investigación.

Estos procesos cognitivos pueden incluir: identificar temas comunes, establecer relaciones entre elementos, unir elementos en una forma particular, separar elementos materiales en elementos constitutivos, estudiar los elementos o características esenciales de un concepto y discernir elementos en unidades de significado, entre muchos otros procesos (Ely, Vinz, Downing & Anzul, 1997).

En todos los casos de investigaciones cuyo corpus de datos son los textos, en primer lugar, resulta fundamental explorar la historia del texto, es decir, examinar el contexto histórico en el que fue elaborado, entender las filosofías e ideologías imperantes en tal momento histórico, descubrir las costumbres y tradiciones de la época y todo elemento que pueda ayudar al investigador a entender el contexto histórico del texto, para lo que se requiere una "sensibilidad a la historia". Esto contrasta con el modelo científico que al reclamar objetividad técnica efectúa un análisis ahistórico, es decir, prescindiendo del contexto histórico y de todos los antecedentes históricos, como si el texto se tratara de un ser animal o vegetal que pudiera ser asilado y examinado bajo la lente de un microscopio.<sup>4</sup> En segundo lugar, es necesario recurrir a la reflexión. La reflexión se basa en el círculo hermenéutico que focaliza la atención entre el texto y las estructuras de pensamiento del investigador, las cuales deben ser revisadas constantemente a medida que el investigador interactúa con el texto, lo que implica un proceso constante de entendimiento e interpretación.

En tercer lugar, se encuentra el diálogo. El investigador que se aproxima a un texto desde la hermenéutica desarrolla un diálogo con el texto, lo interroga, buscando respuestas a sus preguntas y formulando nuevas preguntas para el texto basadas en las respuestas que va obteniendo. Luego, el investigador podrá abocarse a la interpretación del texto propiamente dicha, la que implica un proceso cíclico que incluye un recorrido entre las partes del texto y el todo y entre el todo y sus partes. Para llevar a cabo su interpretación, el investigador deberá, también, reposar en las dimensiones de la hermenéutica. El investigador deberá leer el texto atendiendo a su conocimiento previo, lo que le permitirá pre-comprender el texto, lo que a su vez modificará su conocimiento como consecuencia de lo cual recorrerá un camino de ida y vuelta entre su bagaje de conocimientos y el texto. Asimismo, ahondará en el significado oculto del texto, es decir, lo que el texto no dice en forma explícita, descifrándolo los símbolos equívocos del texto, desempolvando las explicaciones que el texto de manera explícita e implícita incluye y tratará de explicarlas, es decir, de encontrarles sentido a la luz del propósito de la investigación. Luego, el investigador deberá traducir los mensajes del texto, transformándose en un mediador cultural, extrayendo la esencia del mensaje del texto históri-

---

<sup>4</sup> Pero este aspecto de la hermenéutica también difiere de la metodología de investigación seguida por la Historia como disciplina. Esta metodología, denominada historiografía, es la aplicación del modelo científico al campo de la Historia y consiste en un proceso de investigación de eventos pasados para dar cuenta de los mismos y de recapturar sistemáticamente los matices complejos, las personas, los significados, los eventos e incluso las ideas del pasado que han influido y dado forma al presente.

co y adaptándolo a la realidad contemporánea del investigador (Quintana & Hermida, 2019).

Por ejemplo, para interpretar la posición original de Aldo Cocca sobre el espacio exterior como patrimonio común de la humanidad (Cocca, 1955) es necesario contar con un conocimiento previo del derecho espacial en general y de las negociaciones del Corpus Juris Spatialis efectuadas en el seno de la Subcomisión de Asuntos Jurídicos de COPUOS en particular (Hermida, 1997). Este conocimiento previo permitirá al investigador comenzar por seleccionar los textos en los que Cocca vuelve a tratar el tema. Luego, el investigador deberá examinar con sensibilidad histórica el contexto en el que Cocca escribió estos textos. Deberá, a modo de ejemplo, comprender las características de la Guerra Fría, el rol de los países en desarrollo en las negociaciones internacionales, el rol de la doctrina en la creación del derecho espacial y el papel del consenso en el seno de la Subcomisión de Asuntos Jurídicos de COPUOS, haciéndolo sin juzgar y sobre todo sin juzgar desde una mirada actual. Esto le permitirá reflexionar sobre sus propias estructuras de pensamiento y cómo las mismas afectan la interpretación del texto y cómo, al mismo tiempo, el texto modifica el pensamiento del investigador. Esto colocará al investigador en una posición de poder leer el texto y moverse en un círculo entre partes del texto y todo el texto y entre el todo y sus partes. Mediante distintos procesos intelectuales, incluyendo la evaluación crítica, la generalización, la comparación, la contrastación, la diferenciación, entre muchos otros, podrá navegar el texto y traducirlo al contexto contemporáneo, empleando varias de las estrategias usadas por los traductores de idiomas como el cambio de visibilidad, el cambio de coherencia o la trans-edición (Owji, 2013). Esto conllevará a lograr una comprensión plena de los textos en lo que respecta al problema investigado, es decir, el complejo de masculinidad siguiendo el ejemplo planteado.

## VIII. Conclusiones

Las tesis de grado o trabajo integrador final constituye una herramienta pedagógica cada vez más utilizada en las carreras universitarias para consolidar las competencias y conocimientos adquiridos durante las mismas. En varios países, estas son, incluso, una exigencia de los organismos de acreditación. Los trabajos de los estudiantes presentan, en muchos casos, dificultades comunes. Estas incluyen la falta de una formulación clara del problema a investigar, el diseño de objetivos muy amplios, la falta de consistencia entre los objetivos específicos y los generales, la falta de conexión entre el problema a investigar, los objetivos y las hipótesis, la concepción del estado del arte como una mera recopilación de citas de autores o la falta de conexión entre el estado del arte y el desarrollo de la tesis, entre varios otros.

Los estudiantes, particularmente de disciplinas enroladas dentro de las ciencias sociales, tienden a realizar investigaciones cuyo objeto de estudio o corpus de datos son los textos, lo que exige el manejo de la interpretación hermenéutica. La perspectiva hermenéutica proporciona estrategias y procesos cognitivos claros que permiten al estudiante-investigador trabajar adecuadamente con su corpus de datos.

Finalmente, la producción de una tesis de grado permite aprender a crear conocimiento y a adentrarse en el mundo de las disciplinas académicas y profesionales mediante el juego del ensayo y error. Como dice Umberto Eco (1998), el tema no es lo más importante sino el aprender a transitar el camino de la producción de trabajo intelectual, el cual implica un gran esfuerzo personal. Se puede hacer un trabajo serio y riguroso incluso sobre la recopilación de figurines. Para ello, “basta con fijar el tema de la recopilación, los criterios de catalogación y los límites históricos de la recopilación.”

## IX. Referencias

- BAIN, K. (2004). *What the Best College Teachers Do*. Cambridge: Harvard University Press.
- BORSOTTI, C. (2009). "Temas de metodología de la investigación en Ciencias Sociales empíricas". *En Ideas en debate: serie educación*. Buenos Aires: Miño y Dávila.
- COCCA, A. A. (1955). *The Legal Aspects of Space Flight. International Astronautical Congress*. Vienna: Springer.
- COMTE, A. (1865). *A General View of Positivism*. London: Trübner and Co.
- CRESWELL, J. W. (1994). *Research design: Qualitative & quantitative approaches*. Thousand Oaks, CA: Sage.
- DELAMONT, S., ATKINSON, P. y PARRY, O. (1994). "Suspended between two stools: Doctoral education in British higher education". En COFFEY, A. y ATKINSON, P. (eds.). *Occupational socialization and working lives* (pp. 138-155). Aldershot: Avebury.
- DENZIN, N. K. y LINCOLN, Y. S. (2005). *Handbook of Qualitative Research*. London: Sage.
- ECO, Umberto (1998). *Cómo se hace una tesis: técnicas y procedimientos de estudio, investigación y escritura*. 22ª ed. Barcelona: Gedisa.
- ELY, M., VINZ, R., DOWING, M. y ANZUL, M. (1997). *On Writing Qualitative Research: Living by Words*. London & Washington, DC: Falmer Press.
- FREUD, S. (1925). "Algunas consecuencias psíquicas de la diferencia anatómica". En J. L. Etcheverry (trad.). *Obras completas: Sigmund Freud (vol 22, pp. 267-276)*. Buenos Aires: Amorrortu, 1996.
- FREUD, S. (1931). "Sobre la sexualidad femenina". En J. L. Etcheverry (trad.). En *Obras completas: Sigmund Freud (vol 21, pp. 227-244)*. Buenos Aires: Amorrortu, 1996.
- FREUD, S. (1933/1932). "Conferencia 33: La feminidad", "Nuevas conferencias de introducción al psicoanálisis". En *Obras completas, Tomo XXII*. Buenos Aires: Amorrortu.
- GADAMER, H. G. (1976). *Philosophical hermeneutics*. Berkeley: University of California Press.
- GALLARATO, Paola (2017). "Proyectos de Graduación con impulso propio y guía disciplinar". En *Escritos en la Facultad*, Año XIII, Vol. 134.
- HERMIDA, J. (1997). *Derecho Espacial Comercial. Aspectos internacionales, nacionales y contractuales*. Buenos Aires: Depalma.
- HERMIDA, J. (2015). *Facilitating Deep Learning: Pathways to Success for College and University Teachers*. Boca

Raton & Oakville: Apple Academic Press (Taylor & Francis).

-HERMIDA, J. (2018). "La acreditación de las carreras de grado en Derecho en la Argentina a la luz de la experiencia internacional". En *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, Año 16, Número 31, pp. 175-201.

-IGLESIAS, G. (2014). *Elaboración de Tesis, Tesinas y Trabajos Finales. Diferentes modalidades. Pautas metodológicas. Indicadores de evaluación*. Buenos Aires: Noveduc.

-IGLESIAS, G. y RESALA, G. (2014). *Trabajo Final, tesinas y tesis. Modalidades. Estructura metodológica y discursiva. Evaluación*. Buenos Aires: Ediciones Cooperativas.

-McKINNON, S. (2014). "Text-Based Approaches to Qualitative Research: An Overview of Methods, Process, and Ethics". En *Research Methods in Media Studies*. Fabienne Darling-Wolf Malden, MA: Wiley-Blackwell Press, 319-337.

-NEWMAN, I. y COVRIG, D. (2013). "Building Consistency between Title, Problem Statement, Purpose & Research Questions to Improve the Quality of Research Plans and Reports". En *New Horizons in Adult Education and Human Resource Development*, 25.

-PALMER, R. E. (1969). *Hermeneutics: Interpretation Theory in Schleiermacher, Dilthey, Heidegger, and Gadamer*. Evanston, IL: Northwestern University Press.

-QUINTANA, L. (2015). "El carácter de lo femenino". En *Memorias del VI Congreso internacional de Investigación y práctica profesional*. Facultad de Psicología, Universidad de Buenos Aires, CABA, Argentina, 536-538.

-Quintana, L. (2016). "La noción de yo en Freud: antecedentes y su alteración". En *Memorias del VI Congreso Internacional de Investigación y práctica profesional*. Facultad de Psicología, Universidad de Buenos Aires, CABA, Argentina, 625-630.

-Quintana, L. (2017). "Carácter y trauma". En *Memorias del VI Congreso Internacional de Investigación de Psicología*. UNLP, Provincia de Buenos Aires, Argentina, 625-630.

-RUSSELL, B. H. (2000). *Social Research Methods: Qualitative and Quantitative Approaches*. Thousand Oaks, CA, Sage.

## X. Apéndice I: Formato de presentación de proyecto de trabajo integrador final

1. Título

2. Índice provisorio

3. Delimitación del área temática

4. Problema

5. Justificación y relevancia del proyecto

6. Objetivos

- 6. 1. Objetivos generales
- 6. 2. Objetivos específicos

7. Hipótesis

8. Estado del arte

9. Marco teórico

10. Metodología

11. Bibliografía

# La Ley 13.944 en los procesos penales de una ciudad: una víctima inadvertida y un criterio general infructuoso

Vilen Ter Gazarian

## Resumen

Desde fines del año 2015, los fiscales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tienen vetada la posibilidad de llevar a instancia de mediación causas penales y contravencionales que tienen origen en un contexto de violencia de género. En principio parece una medida correcta, considerando que la víctima se encuentra en un círculo de violencia que la coloca en una situación disparaja a la hora de sentarse a negociar con el denunciado y dicha situación no puede ni debe ser ignorada. Pero como siempre, es necesario analizar el caso en particular. Este ensayo se enfoca en el análisis del delito previsto en la Ley Nacional 13.944, el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, poniendo foco especialmente en los casos de menores víctimas. Abordaré, en primer punto, las cuestiones relacionadas al delito en particular; seguidamente refrescaré algunos puntos sobre los menores de edad y el derecho; para finalmente abordar el núcleo del asunto: la mediación en la Ciudad y un criterio general de actuación desacertado.

Palabras clave: mediación; criterio general; violencia de género; menores víctimas; deberes de asistencia familiar

## Abstract

Since the end of 2015 the Prosecutors of the City of Buenos Aires have had vetoed the possibility of taking the criminal and contraventional cases that were originated in a context of gender violence to mediation. At starts it seems like a correct measure considering that the victim is in a violent circle that places him/her in an uneven situation when sitting down to negotiate with the accused and that situation should not (shouldn't) or cannot (o can't) be ignored. But as always, it is necessary to analyze a particular case. This essay focuses on the analysis of the crime defined by the national law n 13,944, the breach of family assistance obligations, focusing especially on cases of minor victims. Firstly, I will address the issues related to the specific crime; then I will refresh some points about minors and the law; to finally address the center of the issue: mediation in the City and a misguided general criterion.

Keywords: mediation; general criterion; gender violence; minor victims; family assistance obligations

## I. Cuestiones penales

### I. a. Sobre el delito

Para empezar, aclaro que no es intención de este trabajo centrarme en el delito en sí, pero sí resulta oportuno analizar brevemente la norma penal en cuestión para poder luego abordar la discusión sobre el objeto de protección de esta. La Ley Nacional 13.944<sup>1</sup> en su primer artículo castiga con una pena de hasta 2 años o multa a "... a los padres que, aun sin mediar sentencia civil, se substraieren a prestar los medios indispensables para la subsistencia a su hijo menor de dieciocho años, o de más si estuviere impedido" (el subrayado me pertenece). Los artículos restantes, tal como ampliaré a continuación, buscan ampliar el ámbito de protección de la ley, incorporando más sujetos pasivos y activos y castigar, a su vez, la actividad del deudor que busca evadir tal responsabilidad.

El legislador de la época claramente consideró insuficiente que el único protegido sea el hijo menor de 18 años o mayor impedido, e incorporó como sujetos de protección de la norma también a los cónyuges y padres impedidos. Pero, así como amplió la protección a otros miembros de la familia que bien podrían considerarse vulnerables, volvió a incluir a los menores como sujeto de protección; esta vez no serán los hijos, sino que será el menor adoptado y el menor bajo guarda, tutela o curatela.

Al ser delito propio de omisión se requiere la verificación de tres elementos: a) la situación generadora del deber; b) la no realización de la acción mandada; y c) poder de hecho de ejecutar la acción demandada.<sup>2</sup> En este sentido, es conveniente analizar cada uno de estos elementos, sin necesidad ni intención en abordar situaciones más específicas ya que no es la finalidad de este trabajo.<sup>3</sup>

La situación generadora del deber puede darse independientemente de una sentencia civil.<sup>4</sup> Es aquella que crea, para el caso específico, la orden legal de actuar. En el presente caso puede ser la culminación de un periodo de tiempo, como el mes, la quincena o la semana, que crea la obligación de pagar la cuota de la medicina prepaga, el colegio, comprar ropa, etcétera. Es importante señalar que la cuestión queda sujeta a la determinación del juez penal frente a cada caso concreto. Nótese que en numerosos casos no hay sentencia civil, ni acuerdo de partes, ni ningún hecho en particular que quepa destacar del resto para colocarlo en necesidad de subsistir.<sup>5</sup>

Respecto a la no realización de la acción demandada (omisión), la comprobación de este extremo se logra mediante la comparación de la acción que realizó el obligado y la que requiere el cumplimiento del deber de actuar.<sup>6</sup> En este punto difiere de la opinión de parte de la doctrina y jurisprudencia por cuanto considero que la acción a realizar debe ser de carácter netamente económico, considerando que aportes en especies, como alimentación, vestimenta, esparcimiento, etc., no puede ser tenidos como causal de cumplimiento de la carga asistencial.<sup>7</sup> Si tenemos en cuenta que en muchas situaciones ni hay siquiera un acuerdo de partes, interpretar que sustraerse de aportar "medios

---

<sup>1</sup> Sancionada el 15/09/1950 y promulgada el 9/10/1950.

<sup>2</sup> BACIGALUPO, Enrique (2016). *Derecho Penal Parte General*. 2da ed. Buenos Aires: Hammurabi, pág. 538.

<sup>3</sup> En honor a la brevedad no corresponde abordar temas como si es delito de peligro abstracto o concreto, la posición de garante, etc.

<sup>4</sup> Por ejemplo, un juicio por alimentos en el fuero civil.

<sup>5</sup> D'ALESSIO, Andrés J. (2010). *Código Penal Comentado y Anotado*. T. III, segunda edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: La Ley, pág. 146.

<sup>6</sup> BACIGALUPO, op. cit. pág. 539.

<sup>7</sup> D'ALESSIO, op. cit. pág. 163.

indispensables para la subsistencia” tiene solamente un carácter económico es realizar una interpretación in mala parte de la norma pena y, además, innecesariamente amplia. En ese sentido, en ningún apartado la norma penal en cuestión exige el pago de sumas en dinero y resulta cuanto menos forzado considerar que la alimentación, el hogar, la ropa o el esparcimiento, entre otros, no son medios indispensables de subsistencia. Es necesario adoptar una interpretación menos forzada, ni siquiera resulta necesario invocar el principio *in dubio pro reo*, solo leer la norma con un diccionario al lado si algún término resulta confuso. En ese sentido, actualmente existe jurisprudencia en el fuero Penal, Contravencional y de Faltas que da razón a la tesis amplia.<sup>8</sup>

Con poder de hecho de ejecutar la acción demandada refiere a que, en primer orden, el sujeto debe primero conocer su carácter de obligado y, en segundo orden, poder tener la posibilidad material de brindar tales medios de subsistencia. Este aspecto también se encuentra en el texto de la ley, el cual habla de quienes se “substraieren”. Basta con una breve observación al verbo “substraer” para dilucidar tal dimensión. La RAE define “substraer” como “apartar, separar, extraer” o “Separarse de lo que es de obligación, de lo que se tenía proyectado o alguna otra cosa”. Siguiendo estas definiciones, quien se substraer es porque se aparta o separa de lo que realmente puede realizar, nadie puede substraerse de la obligación que no puede cumplir.

Con respecto al dolo, me remito al párrafo anterior para explicar que es un delito de tipo doloso.

### ***I. b. El bien jurídico protegido***

Adentrando más en el objetivo del presente trabajo, es necesario comenzar a hacer hincapié en el bien jurídico protegido por la norma, a los fines de no caer en la trampa de repetir sin sentido lo que dice el texto o, en el caso de la práctica judicial diaria, utilizar el texto de la norma para perseguir penalmente, pero sin tener en cuenta el trasfondo del texto que utilizamos como herramienta.

En ese sentido, se debe tener en consideración el año de sanción de la ley y, consecuentemente, la sociedad de entonces reflejada hasta en la misma ley tratada.<sup>10</sup> Señala tanto la doctrina como la jurisprudencia que el bien jurídico protegido es la familia, en particular, son los más “vulnerables” de dicho núcleo familiar, apuntando en especial a la protección tanto de los hijos como de los cónyuges (generalmente la mujer), quienes podían quedar librados a la buena voluntad del *pater familias* (u hombre de la casa), quien llevaba el sustento.<sup>11</sup> En ese marco, es razonable afirmar que el bien jurídico a proteger es la familia. En ese mismo sentido apunta Elizabeth A. Marum, con cita a otro texto, al explicar que en la exposición de motivos de la Ley 13.944 se indicó que el propósito que el proyecto tuvo en mira la protección del desamparado, en cuanto a miembro de la comunidad económica familiar, frente a quien se tiene se tiene deberes fundados en elementales sentimientos de solidaridad, de atender a los medios para su subsistencia.<sup>12</sup>

---

<sup>8</sup> Sala II de la Cámara de Apelaciones Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “S.P.M s/ 52 CC y otros”, caso 83792/17, 4/06/19; misma Sala, “R. M., G. s/infr. art. 149 bis CP”, caso n.º 5906/16, entre otros.

<sup>9</sup> Aquello que está o parece estar más allá del fondo visible de una cosa o detrás de la apariencia o intención de una acción humana (RAE).

<sup>10</sup> En el artículo 2, inciso b), se hace referencia a la separación con culpa; ya en el año 2015 en el Código Civil y Comercial de la Nación se ha eliminado toda idea de culpa en la separación.

<sup>11</sup> Considerando, además, que en la época no existía el divorcio vincular y sí existía una discriminación estructural mucho mayor respecto de la mujer tanto en el ámbito laboral como social, por lo cual ante una separación de hecho con quien es el marido la situación llegaba a ser realmente dramática, más considerando que, además de encargarse de sí mismo, debía atender las necesidades del hijo.

<sup>12</sup> D’ALESSIO, op. cit. pág. 135

Ahora bien, referir que el bien jurídico protegido es la comunidad familia puede resultar adecuado, pero no suficiente, considerando la vaguedad del concepto y el hecho de que hablamos de una institución con características dinámicas. En otras palabras, el concepto de familia en la sociedad argentina en el año 1950 difiere del actual. Además, se debe tener en cuenta que ni siquiera en una misma época existe una definición unánime de familia, pues esa visión varía debido a diferentes indicadores socioculturales.

Cabe preguntarnos entonces ¿cómo enfrentar esa vaguedad? Por más obvio que resulte, es importante señalar que se debe poner foco en el sujeto que la norma busca proteger, el sujeto vulnerable del cual hable en párrafos anteriores. Y es oportuno traer esta aclaración porque durante muchos años la principal jurisprudencia en la materia, como también gran parte de la doctrina, señala al núcleo familiar como bien jurídico protegido.<sup>13</sup> Es más, el proyecto de reforma del Código Penal presentado por el poder ejecutivo en el año 2019 bajo el programa “Justicia 2020”, incluye el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia bajo el título de “Delitos contra el estado civil y las relaciones de familia”.<sup>14</sup> Considerando esto, al fin y al cabo, no resulta tan obvio el bien jurídico considerado a proteger.

Para aclarar el párrafo anterior, es bueno recordar que actualmente el derecho penal tiene por fin la protección de bienes jurídicos. Teniendo en cuenta ello, el legislador amenaza con pena determinadas acciones que vulneran (o ponen en peligro) algunos intereses en una sociedad determinada.<sup>15</sup> La sociedad determinada es justamente el conjunto de personas (en este caso) que conviven bajo normas comunes. Dicha sociedad buscó a través de una norma proteger a la familia, pero medio siglo después, con significativos cambios en el ordenamiento interno (entre ellos nada más ni nada menos que la reforma constitucional del año 1994), resulta forzoso asegurar que dicha sociedad tiene los mismos intereses, si hasta la normativa, que siempre llega tarde, tiene en miras otros intereses. Entonces, es adecuado replantear el bien jurídico protegido por la norma en cuestión y darle un nombre o, mínimamente, la posibilidad de individualizar al sujeto, a diferencia de un objeto tan abstracto como la familia. Este trabajo se va a centrar en un sujeto en particular, el niño, a quien la norma busca darle protección a través del castigo al padre que se sustrae a prestar los medios indispensables para la subsistencia de su hijo.

Un sector doctrinario señaló que es imposible que la familia sea un bien jurídico tutelado, ya que no es un sujeto de derecho en el ordenamiento jurídico argentino,<sup>16</sup> lo cual solo refuerza la tesis de que el bien jurídico tutelado por la norma es el sujeto vulnerable en las relaciones de familia; esto no es lo mismo que una familia como bien jurídico tutelado.

Bajo este razonamiento, y para dar entrada al siguiente tema, considero oportuno aclarar que es un mandato constitucional la protección del interés superior del niño y la interpretación normativa acorde a ese interés.

---

<sup>13</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en pleno; “Guersi, Néstor M”, 31/07/1981; NUÑEZ, Ricardo (1992). *Tratado de Derecho Penal*. T. V, vol. 1. Córdoba: Lerner, pág. 22; DONNA, Edgardo A. (2003). *Derecho Penal. Parte Especial*. T. II-A. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, pág. 413; entre otros.

<sup>14</sup> Proyecto presentado el día 25/03/2019. Numero: INLEG-2019-18119277-APN-PTE.

<sup>15</sup> BACIGALUPO, op. cit. pág. 43.

<sup>16</sup> BAIGÚN, David (1974). “Incumplimiento de los deberes de asistencia a través de la teoría del delito”. En *Revista Nuevo Pensamiento Penal*, año 3. Buenos Aires: Depalma, pág. 281.

## II. Interés superior del niño

### II. a. Marco normativo

Desde el momento en que el progenitor se sustrae de prestar los medios indispensables para la subsistencia del menor es que se ven comprometidos los intereses del joven que, tal como vimos previamente, es el sujeto protegido por la norma. Es por eso por lo que hace falta plantear que intervención tendrá el Estado ante esta situación, siempre en consideración con la actual normativa y no en relación a la normativa al contexto de sanción de la norma penal en cuestión.

Argentina suscribió en el año 1990 a la Convención sobre Derechos del Niño. Desde el año 1994, como consecuencia del Pacto de Olivos y la posterior reforma constitucional,<sup>17</sup> Argentina otorgó a dicha Convención jerarquía superior a las leyes.<sup>18</sup> En dicha convención, los Estados dan vital importancia al interés superior del niño al exigir que, por ejemplo, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que atenderá será el interés superior del niño.<sup>19</sup>

En ese contexto, con relación a ello, en el año 1996, la recientemente autónoma Ciudad de Buenos Aires sancionó su propia Constitución, en la cual prevé en el artículo 39 que “La ciudad reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos activos de sus derechos, les garantiza su protección integral...”.

Pero eso no fue todo con respecto a la Constitución porteña. Los constituyentes de la Ciudad también previeron un Ministerio Público tripartito, una de cuyas cabezas es la Asesoría Tutelar General (las otras dos cabezas son Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa). Todos los integrantes del Ministerio Público tienen funciones en común, como por ejemplo defender la aplicación de la ley y los intereses legislados en la Carta Magna ciudadana, garantizando el servicio de justicia ante las autoridades jurisdiccionales.

Continuando con el marco normativo, es necesario mencionar dos leyes involucradas en esta cuestión: la Ley Nacional de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes<sup>20</sup> y la de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad de Buenos Aires.<sup>21</sup> Ambas normas, en pocas palabras, hacen alusión al interés superior del niño en los artículos 2 y 3, respectivamente, y la norma porteña en particular, en el artículo 3, da un claro mandato de que la aplicación e interpretación de toda normativa por parte de las autoridades públicas y judiciales (entre otras) debe tener en consideración primordialmente dicho interés.

En el presente trabajo hablo de un menor víctima de un delito. Con relación a ello y siendo más específicos con el tema a tratar, cabe resaltar que el Régimen de Justicia Penal Juvenil de la Ciudad de Buenos Aires destina el título V a los menores de edad víctimas o testigos de delitos. Acá es donde nuevamente podemos observar el interés superior del niño, por cuanto en el artículo 41 señala que “en los procesos donde las personas menores de dieciocho (18) años de edad sean víctimas o testigos, los/as funcionarios/as judiciales y administrativos/as que intervengan deben tener en cuenta los principios del interés superior del niño/a.”<sup>22</sup> En ese mismo marco normativo se establece

---

<sup>17</sup> Ley Nacional 24.309, sancionada y promulgada el 29/12/1993, declara la necesidad de reforma de la Constitución Nacional. El 22/08/1994 la Convención Constituyente aprobó definitivamente la reforma constitucional en la ciudad de Santa Fe.

<sup>18</sup> Constitución Nacional, Art. 75, inc. 22

<sup>19</sup> Convención Internacional de los Derechos del Niño, artículo 3.

<sup>20</sup> Ley Nacional 26.061 (sanción: 28/09/2005; promulgación: 21/10/2005).

<sup>21</sup> Ley N 114 (sanción: 03/12/1998; promulgación: 04/01/1999).

<sup>22</sup> Ley N 2451 (sanción: 03/10/2007; promulgación: 8/11/2007).

al asesor tutelar como uno de los actores del proceso, el cual debe garantizar el debido proceso especializado respecto de los menores.<sup>23</sup> Teniendo en consideración lo expuesto en el presente párrafo, resulta clara la voluntad del legislador porteño de otorgar participación al menor víctima dentro del proceso, situación que seguiré analizando más adelante respecto al asesor tutelar.

## **II. b. Ahora bien... ¿qué se entiende por interés superior del niño?**

En este sentido, es conveniente primero traer una aclaración. Tal como cuenta Mauricio Luis Mizrahi, quien a su vez cita a Dutto, la expresión en inglés del “interés superior del niño” es “*the best interest of the child*”; por lo cual se ha deducido que, en verdad, la traducción correcta al español sería “mejor interés” y no “interés superior”.<sup>24</sup> A los fines del presente trabajo, identificaremos ambos términos de la misma forma.

En relación con ello, el Comité de los Derechos del Niño (ONU), en la Observación General N 14 (2013), señala que el interés superior del niño es un concepto triple:

Un derecho sustantivo: que ante un conflicto o decisión a tomar se considere primordialmente el interés superior del niño, fundamentalmente cuando se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico. Se puede aplicar e invocar ante los tribunales en los países signatarios de la CIDN.

Un principio jurídico interpretativo fundamental: ante dos posibles interpretaciones, se deberá adoptar la que satisfaga de forma más efectiva el interés superior del niño.

Una norma de procedimiento: la adopción de decisiones que involucren a niños deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones de la decisión en el niño interesado. Aclara el Comité que el Estado debe justificar su decisión, expresar cómo ha ponderado los derechos del niño frente a otros, en qué basó su decisión, etcétera.

Es la misma Observación General, la cual considera que el concepto de interés superior del niño debe interpretarse de forma casuística (más precisamente, aclara que su contenido debe ser analizado caso por caso),<sup>25</sup> resulta prácticamente imposible establecer una definición general que abarque un concepto de interés superior del niño en todos los ámbitos y todos los procesos. Sin ir más lejos, no es el mismo interés el que puede tener un niño en un proceso de adopción, en un proceso penal como acusado o, como en este caso, siendo la víctima en un proceso penal. Es por eso que debe prestarse atención a la búsqueda de posibles soluciones que atiendan al interés superior del niño.<sup>26</sup>

La CSJN también se expidió respecto al interés superior del niño y, de forma genérica, expresó que el contenido indudable de este interés pasa por tener en cuenta lo que más resulta beneficioso para él.<sup>27</sup>

Tal como el lector pudo apreciar en el presente apartado, el concepto de interés superior del niño es casuístico, en otras palabras, debe ser tenido en cuenta en cada paso particular, es por eso que no existe una definición única o excluyente. Esta falta de criterios objetivos resulta en parte beneficiosa por agregar laxitud, pero perjudicial desde otro punto de vista ya que en la práctica el abuso de esa falta de criterio objetivo lleva a políticas criminales y resoluciones judiciales contrarias al interés del menor. Se puede entender que, como base, en un proceso penal en el

---

<sup>23</sup> Artículo 40 de la Ley N 2451.

<sup>24</sup> MIZRAHI, Mauricio Luis (2015). Responsabilidad parental. 1ra Ed. Buenos Aires: Astrea, pág. 6.

<sup>25</sup> Párrafo 32.

<sup>26</sup> Párrafo 33.

<sup>27</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, “S., C. S/Adopción”, 02/08/2005, Fallos, 328:2870.

cual el menor es víctima, lo más conveniente para dicha víctima es tener el menor contacto con el sistema penal (por más que no fuera el imputado) y que el proceso se resuelva de la forma más rápida y restaurativa, lejos debe estar la necesidad de venganza de los adultos, o los intereses punitivistas de la sociedad en general y los operadores mediáticos en particular.

### **II. c. El asesor tutelar**

En párrafos anteriores mencioné brevemente la figura del Ministerio Público Tutelar en la Ciudad de Buenos Aires. Resulta conveniente retomar la cuestión y tratar brevemente el rol del operador judicial de los más vulnerables. Es necesario primero mencionar que el asesor tutelar es el garante de que el interés superior del niño involucrado sea respetado a lo largo de todo el proceso.

Escribe la Dra. Noris Guadalupe Pignata que la única interpretación posible de las funciones a desempeñar por el Ministerio Público Tutelar en el actual contexto normativo conformado por las Convenciones de Derechos Humanos constitucionalizadas, las Constituciones Nacional y local, las normas nacionales y locales, es aquella destinada a la tutela de derechos de los cuales son titulares los individuos que integran dos colectivos especialmente vulnerables: los niños y las personas con padecimientos de salud mental.<sup>28</sup>

En el supuesto caso de las víctimas o testigos menores de edad, el asesor tutelar debe garantizar que no sean meros objetos de prueba, sino que se garanticen determinados recaudos procesales con el fin de hacer efectivos sus derechos.<sup>29</sup>

Con relación al núcleo de la cuestión, los menores (víctimas) y la mediación, la Dra. Pignata señala que a priori debemos acordar en que no parecieran existir razones que impidan ver como positiva la resolución del conflicto fuera del proceso penal, o por lo menos en condiciones donde el proceso penal queda relegado.<sup>30</sup> Sin caer en la obviedad, adelanto una opinión similar: el interés superior del niño es, entre otras características, un criterio de interpretación casuístico y, por lo tanto, no existe razón para restringir de forma general y abstracta toda posibilidad de conciliación, reparación o mediación cuando la víctima es un menor de edad.

Es por eso que el asesor tutelar tiene el deber de garantizar que el menor sea escuchado y que se tenga en cuenta su interés. Para ello debe informar, para que el sujeto vulnerable construya una opinión libre e informada respecto de todas aquellas cuestiones que atañen al proceso penal y la posibilidad de una salida reparadora. Además, debe generar las condiciones para que las víctimas puedan ser reparadas en procesos restaurativos que puedan llevarse a cabo tanto fuera como en el marco del propio proceso penal.<sup>31</sup> Los pasos, cerrando el tema, deben ser ponderados y tenidos en cuenta por el asesor tutelar dentro del proceso penal para la efectiva aplicación del interés superior en el contexto de la protección integral de derechos.

---

<sup>28</sup> PIGNATA, Noris G. (2016). "El interés superior del niño en el proceso penal. La visión desde el rol del asesor tutelar". En QUINTEIRO, Alejandra (coordinación general). *Justicia penal juvenil en la CABA*. 1ra Ed. Buenos Aires: Jusbairens, pág. 48.

<sup>29</sup> PIGNATA, op. cit. pág. 54.

<sup>30</sup> PIGNATA, op. cit. pág. 54.

<sup>31</sup> PIGNATA, op. cit. pág. 55.

### III. La mediación

#### III. a. La mediación en la Ciudad

En los actuales sistemas procesales, el rol de la víctima toma mayor importancia. Esto va de la mano con la posibilidad de que las partes resuelvan su conflicto entre ellas en determinados casos. En estos casos el Estado se desprende del conflicto, lo que permite una salida al proceso penal por vías conciliatorias entre los verdaderos protagonistas del suceso.

Menciona Julio Maier que "la actual crisis del sistema penal pone, de nuevo, dos sistemas de solución de conflictos sociales: aquel que los transforma en conflictos del autor contra el Estado (inquisición) sinónimo de derecho penal y pena estatal, y aquel por el cual tales conflictos suceden entre personas individuales o como conjunto, y deben ser resueltos por ellos (composición). La tensión posible entre ambos en la actualidad ha arrojado como resultado la preocupación por la víctima".<sup>32</sup> En este contexto de crisis y reposicionamiento de la víctima es que surge la justicia restaurativa, poniendo el foco en las personas, en especial la víctima, y no en el castigo.

Es de vital importancia para el presente trabajo señalar la vía conciliatoria que disponemos y su aplicación.

En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, el Código Procesal Penal prevé expresamente la mediación de la siguiente forma: "Art. 204. Vías alternativas. En cualquier momento de la investigación preparatoria y hasta que se formule el requerimiento de juicio el/la Fiscal podrá: (...) 2) Proponer al/la imputado/a y/o al/la ofendido/a otras alternativas para la solución de conflictos en las acciones dependientes de instancia privada o en los casos de acción pública en que pueda arribarse a una mejor solución para las partes invitándolos a recurrir a una instancia oficial de mediación o composición. El/la Fiscal remitirá el caso a la oficina de mediación correspondiente." (lo subrayado es mío).

El mismo artículo también advierte situaciones en las cuales no procede la mediación: "No procederá la mediación cuando se trate de causas dolosas relativas a los delitos previstos en el Libro II del Código Penal Título I (Capítulo I Delitos contra la vida) y Título III (Delitos contra la Integridad Sexual), en los casos de las Lesiones establecidas en el artículo 91 del Código Penal, cuando se efectúen dentro de un grupo familiar conviviente, aunque estuvieren constituidos por uniones de hecho (artículo 8 de la Ley 24.417 de Protección contra la Violencia Familiar) y en los casos en donde el máximo de la pena del delito excediese los seis años en abstracto de reclusión o prisión. (...) No procederá la mediación si el imputado registrase antecedente penal condenatorio. No se admitirá una nueva mediación penal respecto de quien hubiese incumplido un acuerdo en trámite anterior, o no haya transcurrido un mínimo de dos (2) años de la firma de un acuerdo de resolución alternativa de conflicto penal en otra investigación (...)."

Observamos que por más restrictiva que sea su redacción respecto a la original,<sup>33</sup> el artículo 204 del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no excluye la posibilidad de mediar o conciliar en los procesos iniciados por un presunto incumplimiento de los deberes de asistencia.

En el mismo sentido, y muy acertadamente, es el mismo Código Procesal que pone en cabeza del MPF la solución del conflicto mediante medios alternativos. Más precisamente, prevé en el artículo 91 que "... el Fiscal deberá disponer la investigación para: (...) 4. Propiciar la utilización de los medios alternativos de resolución de conflictos

---

<sup>32</sup> MAIER, Julio (compilador) (1992). *De los delitos y las penas*. Buenos Aires: Ad-Hoc, pág. 10-11.

<sup>33</sup> Sobre las modificaciones legislativas al artículo 204 del CPPCABA, recomiendo la lectura de "La reciente modificación legislativa al artículo 204, inc. 2, del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", cuyos autores son Gabriel Fava y Silvina Andrea Alonso. El texto se encuentra publicado en <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/47115-reciente-modificacion-legislativa-al-articulo-204-inc-2o-del-codigo-procesal-penal> (fecha de consulta 19/02/20250).

legalmente previstos". Resulta del mismo texto que ordena el proceso penal porteño que el Fiscal debe propiciar<sup>34</sup> los medios alternativos de resolución de conflicto; ello quiere decir que lo que se busca (o debería buscar) es la menor violencia estatal posible.

Que la normativa prevea la mediación como método alternativo de resolución del conflicto penal no es casual. Tampoco es casual el lenguaje utilizado en el artículo 204 del Código Procesal de la Ciudad cuando menciona que se puede arribar a una **mejor** solución para las partes invitándolas a recurrir a la instancia oficial de mediación. Por lo pronto recordaré que la mediación no solamente es un derecho del denunciado, sino que es, esencialmente, un derecho de la víctima; como también una práctica útil a los fines de que el aparato judicial pueda centrar sus esfuerzos a conflictos realmente graves.

### **III. b. Momentos de cambios**

El movimiento feminista estos últimos años puso en tela de juicio muchos argumentos tradicionales del derecho penal, lo cual también se relaciona en el cambio de paradigma que da lugar a la víctima dentro del proceso. En el tema que nos compete, también planteó la discusión en torno a las salidas alternativas al proceso penal, ya que resulta necesario tener en cuenta las dificultades que puede afrontar una mujer envuelta en un círculo de violencia para sentarse a negociar con quien denunció.

Afortunadamente, en el marco normativo tanto nacional como internacional, el Estado argentino tomó cartas en el asunto dando a la violencia contra la mujer un status de política pública y otorgando notable protagonismo a la temática de género. Esto trajo aparejada la posibilidad de que muchos casos, ocultos durante años o décadas, salgan a la luz, y poner sobre la mesa un tema casi tabú para la sociedad argentina. Estas cuestiones dejaron de "quedar en casa" para convertirse en el comienzo de la búsqueda para un cambio cultural. Entre tantas políticas y soluciones que se buscaron desde los poderes del estado se encuentra la Resolución N 219/2015 de la Fiscalía General de la Ciudad de Buenos Aires. A continuación, analizaré dicha resolución y buscaré confutar la misma.

### **III. c. Resolución FG N°219/2015<sup>35</sup>**

Con fecha 21 de diciembre del año 2015, el Fiscal General Dr. Cevasco resolvió cambiar un criterio general de actuación de las fiscalías con respecto a los casos encuadrados en un contexto de violencia de género. Más precisamente, lo que nos importa, en su primer artículo resuelve que "conforme a lo establecido por el art. 28 de la Ley Nacional 26.485, a la que adhirió la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ley 4203), los/las Fiscales en lo Penal, Contravencional y de Faltas no deben derivar casos penales y contravencionales de violencia de género a mediación y/o conciliación". No es mi intención en este trabajo discutir la constitucionalidad o practicidad de los criterios generales de actuación. Haré foco en la resolución y, en especial, a las consideraciones esbozadas para así resolver. En esta resolución se decide derogar el artículo 2 de la Resolución FG N 16/2010, resolución general que con un criterio acertado, en opinión de quien redacta, disponía un criterio general de actuación, el cual establecía como

---

<sup>34</sup> La RAE define "propiciar" como "Favorecer la ejecución de algo".

<sup>35</sup> Resolución FG N 219/2015, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 21/12/2015. La RAE define "propiciar" como "Favorecer la ejecución de algo".

requisito para los casos que sean encuadrados en un contexto de violencia de género, un informe previo de la Oficina de Asistencia a la Víctima y al Testigo, el cual debía establecer la viabilidad y conveniencia de una mediación entre el denunciado y la denunciante.<sup>36</sup> Entre las consideraciones de dicha resolución se expresa que “teniendo en consideración la especial situación de quienes sufren contextos de violencia doméstica, los Sres. Fiscales para poder evaluar la viabilidad de derivar a mediación dichos casos deberán contar previamente con un informe orientativo emitido por la Oficina de Asistencia a la Víctima y al Testigo, en el que se **determinará el grado de fortaleza o vulnerabilidad que la víctima presenta para afrontar este tipo de salida alternativa, a fin de evitar tener que someterla a una situación en la que no pueda sostener libremente sus demandas en el acuerdo**” (lo resaltado me pertenece).

Este abandonado criterio permitía no caer en una persecución penal innecesaria y contraproducente, ya que permitía que una profesional ajena a la relación conflictiva pudiese determinar la conveniencia de dicha salida al proceso. Dicha resolución permitía a la víctima tener mayor poder de decisión en el proceso y autonomía, pues qué profesionales analizaban el caso en concreto, el grado de fortaleza o vulnerabilidad de la denunciante en particular, etcétera, para luego expedirse respecto de la posibilidad de mediación, evitando que el Estado sea quien se apropiase de un conflicto de las partes en una situación que no lo ameritaba.<sup>37</sup>

Explica Maqueda Abreu que “la idea de que la violencia contra las mujeres es un asunto público se ha llevado a sus últimas consecuencias hasta llegar a privarles del control de sus necesidades y la autonomía de sus decisiones vitales”.<sup>38</sup> La autora en ese mismo artículo utiliza la palabra “colonización normativa” para describir la apropiación total del conflicto por parte del Estado. También, señala Larrauri, que el sistema penal es un recurso más que por razones instrumentales utiliza la víctima para negociar con su agresor y mejorar su situación, que no siempre concurre al sistema penal en busca de castigo.<sup>39</sup>

Por otro lado, María Luisa Piqué y Martina Allende pronuncian que “(...) desde distintos sectores del feminismo existe un consenso de que una agenda de política criminal dirigida a eliminar la violencia contra la mujer no implica necesariamente ‘mas derecho penal’ o una restricción de las garantías constitucionales en los casos que las tienen como víctimas, sino la incorporación de un enfoque de género (...)”.<sup>40</sup>

Además, el criterio general de actuación del año 2010 encuadra mejor en el objetivo que expresa la RG 219/15 al esgrimir que “... resulta efectivamente un flagelo que requiere prioritaria atención por parte de los organismos judiciales, **sin caer en la mera concentración de recursos burocráticos** y pensando en herramientas innovadoras para enfrentar una conflictiva culturalmente arraigada en la sociedad” (lo resaltado me pertenece). Resulta realmente contradictorio el objeto de la resolución 219/15 con lo que impone. Es justamente aún más burocrático y mucho menos innovador restarle autonomía a la víctima, ignorar su voluntad y tomar el camino del punitivismo,

<sup>36</sup> Resolución FG N 16/2010, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 15/01/2010.

<sup>37</sup> En este sentido, Julieta Di Corleto expresó en “Medidas alternativas a la prisión y violencia de género” que la persecución penal de oficio, en ciertos casos, “... refuerza el estereotipo de la debilidad de las mujeres, y más importante aún, puede tener enormes consecuencias revictimizantes en las mujeres. (...) Al asumir que no tiene autonomía, se las estaría patologizando y negándoles crédito respecto de cuál es la mejor forma de protegerse o resolver sus problemas.”

<sup>38</sup> MAQUEDA ABREU, María Luisa (2007) “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico”. En Revista *InDret* 4/2007, Barcelona, pág. 25.

<sup>39</sup> LARRAURI, Elena (2003). “¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?”. En *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 12.

<sup>40</sup> PIQUÉ, María Luisa y ALLENDE, Martina (2017). “Hacia una alianza entre el garantismo y...”. En GARGARELLA, Roberto (dir.) y PASTOR, Daniel (dir.). *Constitucionalismo, garantismo y democracia*. 1ra ed. Buenos Aires: Ad Hoc.

sin tener en cuenta a las partes del conflicto y, en estos casos, a los profesionales de la Oficina de Asistencia a la Víctima y al Testigo.

El Fiscal General reconoce “las virtudes que en general tiene la mediación como método de solución de conflictos evitando la judicialización”, pero continúa “en el tema que nos ocupa se ha demostrado que difícilmente se den las situaciones de paridad de fuerzas y voluntariedad propias del tipo de procedimiento mencionado, razón por la cual coincido con la prohibición legal referida”. Sin añadir estadística alguna, o cualquier argumento que dé sustento a dicha afirmación y otorgue un mínimo nivel de razonabilidad a una decisión que lleva a ignorar informes de profesionales con respecto a la mediación y, justamente, la situación particular de la víctima y la denunciante. Pero... ¿qué tiene que ver con lo expuesto previamente con el menor víctima de un padre que lo abandona?

El siguiente párrafo es la base del presente trabajo, puesto que abarca en las consideraciones que comenté en párrafos anteriores a las “infracciones a la Ley 13.944, respecto de las cuales la víctima directa resulta ser el niño y, en la mayoría de los casos resulta indirectamente perjudicada la madre, aunque desde otra perspectiva, constituyendo un caso de violencia doméstica de tipo económica”. La justificación normativa a tal afirmación la sitúa en la Ley 26.485, la cual incluye y define la violencia económica y patrimonial como “la que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer a través de (...) c) la limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna”.<sup>41</sup> Añade: “En los casos en que las mujeres víctimas de violencia tengan hijos/as y estos/as vivan con ellas, las necesidades de los menores de edad se considerarán comprendidas dentro de los medios indispensables para que las mujeres tengan una vida digna”.<sup>42</sup> Los párrafos consecutivos son un análisis del delito en cuestión en el cual, entre otras consideraciones que no van al caso, menciona que “aun cuando no en todos los casos es la madre quien se hizo cargo de la manutención de los menores, ciertamente cuando ella quedó a su cargo el abandono de los niños la coloca en una situación de angustia particular, pues al estrés emocional debe sumarse el esfuerzo no compartido para la manutención”.

Para abordar el análisis de las excusas del MPF para incluir en la prohibición de mediar a los sujetos intervinientes en el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia, resulta menester abordar el argumento de base: el padre que abandona a los hijos ejerce violencia económica.

¿Qué es la violencia económica? La Ley 26.485 enumera en el artículo 3 los derechos protegidos, entre ellos menciona la integridad económica o patrimonial. Asimismo, el artículo 4 define la violencia contra la mujer como “toda conducta, acción u omisión que afecte, entre otras cosas, la integridad económica o patrimonial”.

Para la mencionada ley, la violencia económica o patrimonial es la que se dirige a:

Ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de la perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes;

La pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales;

La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna;

La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea dentro de un mismo trabajo.

---

<sup>41</sup> Ley Nacional 26.485 artículo 5, inciso 4.

<sup>42</sup> Decreto reglamentario 1011/2010.

Respecto de la violencia económica, el Dr. Hornos en un fallo destaca que excede lo meramente patrimonial y va en convergencia con la violencia psicológica.<sup>43</sup>

El incumplimiento de los deberes de asistencia familiar de un padre en perjuicio del hijo no encuadra en ninguna de las modalidades previamente analizadas en el punto a) como tampoco en el punto b) y menos aún en el d).

Ahora bien, con respecto al punto c) es necesaria una aclaración, ya que es el citado en la resolución de Fiscalía General. El hecho de asegurar que se genera un contexto de violencia de género únicamente en la situación en la cual una mujer debe destinar recursos económicos para atender una situación que no satisface específicamente sus necesidades, resulta una interpretación excesivamente abarcativa de una norma penal y claramente in malam partem, que solo busca ampliar la frontera punitiva impidiéndole a los involucrados conciliar. En ese sentido, el Ministerio Público Fiscal mismo reconoce que la víctima es el menor de edad y que la madre es víctima indirecta, como podría ser víctima indirecta si el menor es lesionado, o si su hijo sufre un robo, ya que deberá destinar recursos para atender a su hijo o reemplazar el bien robado. Entonces, yendo a lo absurdo, bajo el criterio expresado por el acusador público prácticamente todos los delitos contra un menor al cuidado de una madre encuadran en un contexto de violencia de género, pues siempre la madre deberá destinar algún recurso (económico) para reparar la lesión específica al bien jurídico.

El decreto reglamentario 1011/2010, al encuadrar las necesidades de los menores de edad dentro de los medios indispensables para que las mujeres tengan una vida digna, debe aplicarse e interpretarse a la luz del interés superior del niño, al igual que todo el ordenamiento jurídico, incluyendo los criterios generales de actuación.

Queda planteado que, más allá del reproche moral que le puede caber a un padre que se sustrae de facilitar los medios indispensables a su hijo durante cierto periodo de tiempo, es por lo menos muy dístico que tal accionar encuadre en un caso de violencia de género por ser violencia económica, no al menos con la claridad suficiente como para limitar la salida alternativa en absolutamente todos los casos. No se me escapa que en la cotidianeidad la situación de abandono del hijo viene acompañada con un contexto que efectivamente resulta encuadrable en una situación grave de la víctima en el marco de un contexto de violencia de género pero, repito, no resulta adecuado generalizar una cuestión tan delicada y operar de forma burocrática.

#### IV. Caso testigo

Las normas penales cuyo fin es proteger al menor deben interpretarse y aplicarse en ese mismo sentido y no al contrario. No es lo que ocurre en reiteradas ocasiones en el fuero Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires. Para ejemplificar, no me parece nada mejor que traer a colación un caso real, resuelto recientemente por la Sala I de la Cámara de Apelaciones del mencionado fuero.

En lo que a nos concierne, durante este caso<sup>44</sup> ante la denuncia de incumplimiento de los deberes de asistencia, la Defensa, el menor (representado por el Asesor Tutelar) y la víctima tras ser consultada dieron el visto bueno para ir a una instancia de mediación. No así el Ministerio Público Fiscal, dando una muestra de cómo el Estado se apropia completamente del conflicto. En primera instancia, previo dictamen de la Asesoría Tutelar se resolvió "...

---

<sup>43</sup>Voto del Dr. HORNOS, Cámara Federal de Casación Penal, "Reyes, Eduardo Ángel por el delito de acción pública", caso 2669/16, 30/12/2016.

<sup>44</sup>Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA, "Vocal, Víctor Hugo 1- LN 13.944 (incumplimiento de los deberes de asistencia familiar)", caso N 5313/16, 8/05/19.

corresponde solicitar la colaboración de la OFAVyT para que valore la posibilidad de que la Sra. X participe de una solución alternativa, efectuando el informe pertinente”.

Dicha decisión fue apelada por el MPF expresando que es una facultad de este organismo proponer la mediación y que, por el encuadre de violencia de género, está vedada la opción de implementación de ese instituto.

La Defensa expuso que la mediación es un derecho de las partes y no puede quedar solamente supeditada al Ministerio Público. Además, no se escucha a la víctima, que en más de una oportunidad manifestó que desea solicitar una mediación.

El asesor tutelar manifestó que no se advierte en la oposición del fiscal la necesaria seriedad de fundamentos para soslayar la expresa voluntad de la denunciante. Agregó que ni siquiera se fijó fecha de mediación en forma directa, sino que se solicitó la asistencia de una oficina especializada para que evalúe la posibilidad de dicha salida al proceso. Expresó que el juez debe efectuar un control de razonabilidad de la oposición del Fiscal. Por último, expresó que si bien por regla es el Fiscal quien articula la posibilidad de mediar, esta regla no debe aplicarse ciegamente, sin atender a la especie de delito y las particularidades del caso.

Antes de abordar la resolución de la Cámara, me gustaría parar la pelota en este punto. El Fiscal se opuso a que una oficina especializada evalúe la posibilidad de que las partes medien, ignorando principalmente la palabra de la denunciante y sin dar lugar a lo solicitado por el Asesor Tutelar. Esto es muestra cabal de que el endurecimiento de las normas no solo perjudica al imputado, en este caso también a la propia mujer y al menor, que tanto dice querer proteger el MPF a través de la resolución comentada. El efecto resulta totalmente contrario al buscado: desvían el foco de las causas que realmente deben impulsarse, sobrecargan el sistema penal y perjudican a todos los involucrados, salvo el siempre presente y poco razonado interés punitivo, claro.

La Sala I, con buen tino, resolvió a favor de que la OFAVyT intervenga a los fines de informar si es viable una instancia de mediación. Para así resolver, primero calificó la oposición fiscal como dogmática y manifiestamente desconectada de la realidad del proceso (adjetivo que de forma muy acertada se le puede aplicar al criterio general resuelto en la resolución FG 219/15). Explicó que “como toda regla general no puede aplicarse ciegamente sin atender a la especie de delito y las particularidades del caso pues no resulta solo un derecho del imputado, sino principalmente de la víctima el acceder a la justicia y obtener una rápida y eficiente solución”.

Seguidamente, hizo una breve alusión a la historia del tipo penal, el cual mereció “fuertes críticas, tanto desde una perspectiva estrictamente jurídica como la política criminal”. Entre lo expuesto, sin dejar pasar el hecho de que las circunstancias jurídicas y sociales eran diferentes, se trajo a colación el acuerdo plenario “Guersi”, en el cual el juez Martínez sostuvo que “el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, más que proteger, perjudican a sus víctimas. (...) nada se consigue a su favor mandando a prisión a los incumplidores o condenándolos al pago de multas que no se cumplen”<sup>45</sup> (aclaro que no copio la cita entera por cuestiones de brevedad).

En el fallo, los camaristas son determinantes al afirmar que “...en esta especie de delito, por sus características, la decisión de impedir la solución del conflicto por medio de una vía alternativa, en contra de la expresa voluntad de la madre de las víctimas y de los representantes del Ministerio Público de la Defensa y Tutelar, debe estar acompañada de un fundamento suficientemente serio o, como mínimo, conectado con las circunstancias del caso. Esto último no se verifica en la presente incidencia.”

---

<sup>45</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en pleno; “Guersi, Néstor M”, 1981-C-628, 31/07/1981.

## V. Conclusiones

Dogmática y manifiestamente desconectada de la realidad, en base a todo lo expuesto son los adjetivos que más apropiados me parecen para definir el criterio general de actuación que tiene el Ministerio Público Fiscal para abordar los casos encuadrados en un contexto de violencia de género. Resulta necesario tomar este asunto con la seriedad que amerita y destinando los recursos necesarios a fin de que la víctima sea efectivamente escuchada y el problema abordado interdisciplinariamente a fin de dar la mejor respuesta, que no siempre es la persecución penal sorda respecto a las partes.

Una posibilidad puede ser reconsiderar un criterio como el adoptado previamente con la resolución FG 16/2010, con sus debidas correcciones en base a la experiencia de estos nueve años desde esa resolución y con la resolución 219/2015 en el medio. Tal como expuso el mismo Ministerio Público, no se debe caer en la mera concentración de recursos burocráticos que, en algunos casos, solo genera la revictimización y una mayor desconfianza en el órgano estatal que debería responder a la altura de la situación, no utilizando la vieja respuesta del punitivismo. Independientemente de los réditos políticos que, quizá, pueda dar la frase "estamos combatiendo a los violentos", lo cierto es que en gran parte de los casos el castigo no soluciona nada sino que empeora todo.

Otro tema para dilucidar es la razón por la cual el Asesor Tutelar no interviene inmediatamente cuando un menor es víctima de un incumplimiento de asistencia. Simplemente se ignora la voz del principal interesado de que el conflicto se solucione. Particularmente en el delito analizado la víctima principal es un menor de edad, lo cual complejiza aún más la situación y por cada caso que ingresa al sistema penal tenemos un motivo más para replantear la forma de actuar.

Si conocemos (y reconocemos) los beneficios de la mediación/conciliación es necesario no ignorar los medios para que se pueda solucionar de dicha forma el conflicto. En los casos de violencia de género, un trabajo interdisciplinario es importante para encarar de la forma más adecuada estos problemas, no así forzar cualquier caso para habilitar una persecución penal inquisitiva que jamás ayudó.

## V. Bibliografía

- BACIGALUPO, Enrique (2016). *Derecho Penal Parte General*. 2da Ed. Buenos Aires: Hammurabi.
- D'ALESSIO, Andrés J. (2010). *Código Penal Comentado y Anotado*. T. III. Segunda edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: La Ley.
- NUÑEZ, Ricardo (1992). *Tratado de Derecho Penal*. T. V, volumen 1, Córdoba: Lerner.
- DONNA, Edgardo A. (2003). *Derecho Penal. Parte Especial*. T. II-A. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- GARGARELLA, Roberto (dir.) y PASTOR, Daniel (dir.) (2017). *Constitucionalismo, garantismo y democracia*. 1ra ed. Buenos Aires: Ad Hoc.
- MIZRAHI, Mauricio Luis (2015). *Responsabilidad parental*. 1ra ed. Buenos Aires: Astrea.
- QUINTEIRO, Alejandra (coordinación general) (2016). *Justicia penal juvenil en la CABA*. 1ra ed. Buenos Aires: Jusbaire.

LA LEY 13.944 EN LOS PROCESOS PENALES DE UNA CIUDAD: UNA VÍCTIMA INADVERTIDA Y UN CRITERIO GENERAL INFRUCTUOSO (VILENTER GAZARIAN) - APORTES AL DERECHO / REVISTA JURÍDICA DE UFLO UNIVERSIDAD / AÑO 2020 / VOL. 04 / N° 04 / ISSN 2618-4192.

---

-MAIER, Julio (compilador) (1992). *De los delitos y las penas*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

-MAQUEDA ABREU, María Luisa (2007). "¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico". En Revista *InDret* 4/2007. Barcelona.

# Género y corrupción

Maite Guerrero

## Resumen

El presente trabajo se centra en la relación entre los delitos contra la administración pública y el género. Se parte de la base de que existe una concepción social de la mujer como más honesta y menos corrupta que el hombre y se analiza esto en base a lo esgrimido por las corrientes feministas de la igualdad y de la diferencia. Asimismo, se investiga la participación de las mujeres en el ámbito público y las dificultades para acceder a puestos de poder.

Palabras clave: Delitos de corrupción; género; techo de cristal; feminismo de la igualdad; feminismo de la diferencia

## Abstract

This essay focuses on the relationship between gender and corruption. This is examined with basis on the fact that there is a social stereotype that women are more honest and less corrupt than men, and it is analyzed based on the feminist theories of equality and difference. Apart from this, research is done into the involvement of women in politics and the difficulties they face to access positions of power.

Keywords: Corruption; gender; glass ceiling; equality feminism; difference feminism

## I. Introducción

El presente trabajo desarrollará la relación entre los delitos contra la administración pública y el género. Rara vez se analizan los delitos económicos con perspectiva de género, ya que es un área del derecho penal en donde su necesidad no parece tan manifiesta como en otras (delitos contra la integridad sexual o física, por ejemplo). Si se parte de la noción de que en las últimas décadas las mujeres han luchado contra el “techo de cristal” para acceder a puestos de poder que estaban reservados solo para los hombres, es relevante analizar si reciben algún tipo de trato diferenciado en comparación con sus colegas hombres cuando cometen delitos de poder.

A los efectos de delimitar el marco teórico, la noción de género será entendida como “lo que se espera, es permitido y valorado en una mujer o un hombre en un determinado contexto”.<sup>1</sup> Por “funcionario público” tomaré la

---

<sup>1</sup> UNITED NATIONS ENTITY FOR GENDER EQUALITY AND THE EMPOWERMENT OF WOMEN. *Concepts and Definitions*. Disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/osagi/conceptsanddefinitions>.

definición de la Convención de las Naciones Unidas en contra de la Corrupción (CNUCC), la cual establece que “por ‘funcionario público’ se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado Parte”.<sup>2</sup> En cuanto a la noción de “delitos contra la administración pública” se entenderá que ésta engloba todos aquellos delitos comprendidos en el Título XI del Código Penal de la Nación. Por razones de sistematicidad, se hará alusión indistintamente como “delitos contra la administración pública” o “corrupción”.

Se partirá de la base de los estudios realizados a fines del siglo pasado por los investigadores del Banco Mundial David Dollar, Raymond Fisman y Roberta Gatti, así como los aportes que realizaron un tiempo después Anand Swamy, Stephen Knack, Young Lee y Omar Azfar. Estos economistas fueron los primeros en sugerir que los niveles de corrupción descenderán a medida que el número de mujeres en cargos de poder aumente, basándose en los estereotipos de que las mujeres son más honestas y generosas, y, por lo tanto, menos propensas a cometer delitos de poder.<sup>3</sup>

Como respuesta a esto, se procederá a realizar un análisis de las corrientes que defienden la existencia de características propias de los géneros, como el feminismo de la diferencia, en contraste con lo desarrollado en el feminismo de la igualdad, el cual rechaza las posturas esencialistas que hablan de valores naturalmente “femeninos” o “masculinos”.

En cuanto a la hipótesis del trabajo, esta se centrará en que la desigualdad en la participación en el ámbito público contribuye a perpetuar la representación social de que las mujeres no cometen delitos de corrupción. En este orden de ideas, se intentará probar que la concepción de la mujer en puestos de poder como menos propensa a cometer actos contra la administración pública resulta en un perjuicio hacia las mujeres que acceden a estos espacios dado que se les impone un rol de “salvadoras” y se utiliza su supuesta superioridad moral como medio para alcanzar el fin de disminuir los índices de corrupción.

## II. Género y corrupción

En las últimas décadas ha surgido la pregunta de si poniendo un número mayor de mujeres en cargos altos, los niveles de corrupción descenderían. Desde esta base partieron los estudios realizados a fines del siglo pasado por los investigadores del Banco Mundial David Dollar, Raymond Fisman y Roberta Gatti, así como los aportes que realizaron un tiempo después Anand Swamy, Stephen Knack, Young Lee y Omar Azfar. Estos economistas sugieren en sus investigaciones que los niveles de corrupción descenderán a medida que el número de mujeres en cargos de poder aumente, basándose en estudios que afirman que las mujeres son menos propensas a cometer delitos de poder.

---

<sup>2</sup> CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN (CNUCC). Disponible en: [https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications\\_unodc\\_convention-s.pdf](https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf).

<sup>3</sup> RAMOS RUIZ, Y. (2016). “La corrupción y sus vínculos con el género. Una aproximación al caso Mexicano”. En *Revista Mexicana de Análisis Político y Administración Pública*. Departamento de Gestión Pública y Departamento de Estudios Políticos y de Gobierno, Vol. V, N 2, 2016, pág. 80.

En su artículo *Are women really the fairer sex?*, publicado en 1999, David Dollar, Raymond Fisman y Roberta Gatti analizan “la relación entre la participación femenina en las legislaturas y el nivel de corrupción percibida en una muestra de más de 100 países”.<sup>4</sup> A través del sistema de medición CORRUPT (International Country Risk Guide’s Corruption Index) y una variable denominada “PARL” para medir la participación femenina en los gobiernos, basada en el estudio “Women in Parliaments: 1945-1995” de la Unión Interparlamentaria (UIP), encuentran una “fuerte, negativa y estadísticamente significativa relación entre la proporción de mujeres en la legislatura de un país y los niveles de corrupción”.<sup>5</sup>

Su estudio se basa en la premisa de que “un considerable cuerpo de trabajo ha sugerido que ha encontrado diferencias sistemáticas en características de comportamiento en los géneros”,<sup>6</sup> lo que les permite inferir que “si las mujeres son menos propensas que los hombres a comportarse oportunísticamente, entonces traer más mujeres al gobierno puede resultar en beneficios significativos para la sociedad en general”.<sup>7</sup>

Estos investigadores concluyen que “numerosos estudios de conducta han encontrado que las mujeres son más confiables y con más espíritu público que los hombres. Estos resultados sugieren que las mujeres serían particularmente eficientes en promover gobiernos honestos. Consistente con esta hipótesis, encontramos que a mayor presencia de mujeres en los parlamentos, menores niveles de corrupción”.<sup>8</sup>

Los economistas Anand Swamy, Stephen Knack, Young Lee y Omar Azfar profundizaron esta investigación en su artículo *Gender and Corruption* (2000), donde analizaron la relación entre los delitos de corrupción y el género. Utilizaron como método de investigación una serie de encuestas realizadas por la Encuesta Mundial de Valores entre los años 80 y 90 sobre el nivel de aceptación de ciertas conductas ilegales o deshonestas y las ocasiones en las que estaría justificado incurrir en ese tipo de comportamientos. El estudio reveló una diferencia significativa entre las respuestas de hombres y mujeres, siendo las mujeres las que por mayoría opinaron que la conducta ilegal no podría ser justificada bajo ninguna circunstancia.

Sobre la base de estos datos, los investigadores concluyeron que “podría argumentarse que una mayor participación de las mujeres en la vida pública debería tener un impacto mayor en la corrupción en países en los que la brecha de género (...) es mayor”.<sup>9</sup> En un intento de explicar este fenómeno, los autores teorizan que las mujeres “podrían haber sido criadas para ser más honestas o más adversas a los riesgos que los hombres”<sup>10</sup> o que sientan que las leyes existen para proteger a los hombres y por lo tanto son “más propensas a seguir las reglas”.<sup>11</sup> Asimismo, mencionan la posibilidad de que las mujeres “hayan sido criadas para tener mayores niveles de auto-control que los hombres, lo que afecta su propensión a incurrir en comportamientos criminales”.<sup>12</sup>

Estas conclusiones se derivan del hecho de que las mujeres suelen mostrar un mayor rechazo hacia las conductas

<sup>4</sup> DOLLAR, D., FISMAN, R. y GATTI, R. (1999). “Are Women Really the Fairer Sex? Corruption and Women in Government”. En *The World Bank Development Research Group*, pág. 2. Disponible en: <http://siteresources.worldbank.org/INTGENDER/Resources/wp4.pdf>.

<sup>5</sup> *Ibíd.*

<sup>6</sup> *Ibíd.*, pág. 1.

<sup>7</sup> *Ibíd.*, pág. 6.

<sup>8</sup> *Ibíd.*, abstract.

<sup>9</sup> SWAMY, A., KNACK, S., LEE, S. y AZFAR, O. (2000). *Gender and Corruption*. Massachusetts: The World Bank, pág. 15. Disponible en: [http://web.williams.edu/Economics/wp/Swamy\\_gender.pdf](http://web.williams.edu/Economics/wp/Swamy_gender.pdf).

<sup>10</sup> *Ibíd.*, pág. 22.

<sup>11</sup> *Ibíd.*

<sup>12</sup> *Ibíd.*

criminales que los hombres, cuestión que ha sido ampliamente abordada por los criminólogos, quienes sostienen que “las mujeres son siempre y en todo lugar menos propensas que los hombres a cometer actos delictivos”.<sup>13</sup> Esto se deriva de una amplia tradición en la criminología clásica de excluir el análisis de género en la cuestión criminal y, como expresa Anitúa, “[la criminología tradicional] no solo cuando hablaba de delincuencia, sino también al referirse a las víctimas y en general a la sociedad, lo hacía asumiendo –voluntaria o involuntariamente– una perspectiva machista, que asumía la inferioridad de la mujer como algo natural”.<sup>14</sup>

En contraste con esta posición tradicional, diversas criminólogas afirman que esto se debe a un enfoque exclusivamente masculino del delito, que se pone en evidencia a través de estudios criminológicos que “se hacen desde la perspectiva del hombre y sus resultados, considerados como verdades universales válidas para ambos sexos, invisibilizan –de este modo– a la mujer”.<sup>15</sup> Asimismo, sostienen que al momento de analizar la criminalidad femenina prevalece la aplicación de teorías criminológicas que son ampliamente rechazadas por la comunidad científica, como las teorías positivistas, que enfocan “el problema de la delincuencia femenina a partir de las características biológicas y naturales atribuidas como propias al sexo femenino”.<sup>16</sup> De esta manera, queda en evidencia que el análisis de género no es un elemento que ha predominado en la criminología clásica, ya que, en palabras de Agustina Skulj, “los delitos cometidos por mujeres y su victimización fueron ignorados, trivializados y minimizados”.<sup>17</sup>

Si nos basamos en las conclusiones a las que arriban estudios como los antes nombrados, podríamos afirmar que existen diferencias significativas entre las formas de comportarse de los hombres y las mujeres frente a distintos actos de corrupción. Cabe preguntarse en este punto de qué manera han analizado este fenómeno las distintas corrientes feministas.

### III. El feminismo de la igualdad y el feminismo de la diferencia

El feminismo ha tratado de dar una explicación sobre el origen de la idea de que las mujeres poseen ciertas características diferenciadas de los hombres por naturaleza. Entre las corrientes feministas principales se destacan dos: el feminismo de la igualdad y el feminismo de la diferencia.

El feminismo de la igualdad surge en el siglo XX con el objetivo de lograr la igualdad legal entre hombres y mujeres. Esta primera etapa del feminismo se caracteriza por el rechazo a los roles de género y por la supresión de las políticas que resultaban discriminatorias hacia las mujeres. En palabras de Alexandra Facchi “querían eliminar las diferencias entre los sexos, que tal como estaba consolidada en la cultura y en la vida occidental significaba inferioridad, subordinación y exclusión de las mujeres”.<sup>18</sup> Así, la diferencia es percibida como “un estado de minoración del que hay que salir definitivamente, para convertirse en ‘hombre’ o para ser iguales que los hombres”.<sup>19</sup>

<sup>13</sup> SÁNCHEZ, M. N. (2004). “La mujer en la teoría criminológica”. En *Revista de estudios de género La Ventana*, México, N° 20, pág. 241.

<sup>14</sup> ANITÚA, G. I. (2005). *Historia de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, pág. 469

<sup>15</sup> SÁNCHEZ, M. N., ob. cit.

<sup>16</sup> *Ibid.*, pág. 242.

<sup>17</sup> SKULJ, A. (2013). “Violencia de género en América Latina: aproximaciones desde la criminología feminista”. En *Delito y Sociedad*, España, Universidad de la Coruña, N° 35, año 22, pág. 85.

<sup>18</sup> FACCHI, A. (2005). “El pensamiento feminista sobre el Derecho. Un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl”. En *Revista Academia*, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UBA, pág. 28.

<sup>19</sup> BIEDMA LÓPEZ, J. (2008). “El pensamiento de la diferencia sexual”. En *Boletín Millares Carlo*, N° 27, Centro Asociado UNED, La Palmas de Gran Canaria, pág. 317.

En contraste con esta posición, a fines de los años 70 surge la corriente denominada feminismo de la diferencia. Este movimiento basa su teoría en la reivindicación de las características estereotípicamente femeninas y el rechazo a sus connotaciones negativas, así como la negación de las características masculinas como “justas” o “universales”.<sup>20</sup> Asimismo, “aspira a dar mundo al deseo femenino, y rechaza la igualdad como una nueva máscara de opresión”.<sup>21</sup> Este movimiento se caracteriza principalmente por la adopción de la estrategia de “[aceptar] en general la afirmación de que los hombres y las mujeres son diferentes –que los hombres son racionales, activos, etc., y que las mujeres son irracionales, pasivas, etc.”.<sup>22</sup>

La principal diferencia entre ambos pensamientos es la importancia que le atribuyen a la igualdad a la hora de fabricar políticas públicas: mientras el feminismo de la igualdad insiste en que no deben hacerse distinciones entre los géneros ya que “poner el acento en la diferencia de género es perjudicar a las mujeres”,<sup>23</sup> el feminismo de la diferencia propone tomar en consideración la situación diferenciada de las mujeres bajo la consideración de que “el feminismo de la igualdad, lejos de combatir el sexismo, lo [reproduce], al devaluar la feminidad”.<sup>24</sup> Esta discusión trae como consecuencia la iniciativa del feminismo de la diferencia de “reclamar que se tengan en cuenta las especificidades femeninas incluso suprimiendo los criterios consolidados de igualdad ‘formal’”,<sup>25</sup> apoyándose en la teoría de la filósofa feminista Carol Gilligan, quien sostiene que “el razonamiento moral femenino se desarrolla siguiendo caminos y asumiendo contenidos diferentes respecto del masculino”<sup>26</sup> y que “[...] la configuración particular de la moral femenina [no es] tampoco necesariamente el resultado de la opresión sexual y de roles culturalmente impuestos”.<sup>27</sup> Muchas de estas nociones que adoptan conceptos esencialistas se han utilizado para justificar la elaboración de políticas públicas, entre ellas políticas anticorrupción.<sup>28</sup> Esto se evidencia a partir de la adopción de medidas por distintos gobiernos latinoamericanos que han sido elaboradas sobre la base de estudios científicos que afirman que las mujeres suelen tomar distintas decisiones políticas que los hombres y, por lo tanto, esta diferencia debe ser aprovechada para el bien de la sociedad. Cabe destacar que la aplicación de estas teorías que propician la idea de que las mujeres naturalmente se comportan de una manera más honesta resulta en una concepción de las mujeres como “salvadoras”, que gracias a su “superioridad moral” pueden resolver el problema de la corrupción.

En el caso de México, las autoridades “conformaron exclusivamente con mujeres los equipos de policía de tránsito autorizados a poner multas por infracciones, precisamente aduciendo la mayor honestidad de las mujeres, como una forma de prevenir y evitar la corrupción”.<sup>29</sup> Medidas similares fueron tomadas en El Salvador, donde la policía

<sup>20</sup> FACCHI, A., ob. cit.

<sup>21</sup> BIEDMA LÓPEZ, J., ob. cit.

<sup>22</sup> OLSEN, F. (2000). “El sexo del derecho”. En Ruiz, A. (comp.). *Identidad femenina y discurso jurídico*, Buenos Aires: Biblos, pág. 6.

<sup>23</sup> FRASER, N. (1995). “Multiculturalidad y equidad entre los géneros: un nuevo examen de los debates en torno a la ‘diferencia’ en EEUU”. En *Revista de Occidente*, Madrid, Fundación José Ortega y Gasset, N 173, pág. 38.

<sup>24</sup> *Ibid.*, pág. 39.

<sup>25</sup> FACCHI, A., ob. cit., pág. 31.

<sup>26</sup> *Ibid.*, pág. 32.

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> Conclusiones y recomendaciones generales del taller “Diálogo anticorrupción y género: un análisis de la dimensión de género en la lucha contra la corrupción en América Latina”, Programa de Cooperación de la Unión Europea para cohesión social en América Latina, Transparencia Internacional (TI), ONU Mujeres, Buenos Aires, 2018.

<sup>29</sup> *Género y Corrupción en América Latina, ¿Hay alguna conexión?* Centro Regional para América Latina y el Caribe, Panamá - Dirección Regional para América Latina y el Caribe (DRALC), Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), 2014, pág. 13.

de tránsito de las ciudades de San Salvador, San Miguel y Santa Ana está conformada exclusivamente por mujeres, bajo la justificación de que "(...) los valores familiares y morales de las agentes contribuyen a la disminución de casos de corrupción al interior de la Policía de Tránsito".<sup>30</sup> En Colombia, un alcalde que sostuvo que "la mujer es menos sobornable, más responsable, no se mete en desórdenes de francachelas y tiene mucho orden administrativo y organizacional"<sup>31</sup> conformó su gabinete con una amplia mayoría de mujeres "como una forma de aumentar la transparencia en la gestión y como un freno a la corrupción".<sup>32</sup> Por último, saliendo del contexto latinoamericano, se tomó una posición similar en Uganda, en donde Anne Marie Goetz recuenta que "la gran mayoría de los puestos de tesorería en el nuevo gobierno local [han sido] asignados a mujeres, donde se espera que apliquen su prudencia manejando los gastos domésticos para frenar el malgasto en las oficinas públicas".<sup>33</sup>

Resulta imprescindible analizar qué consecuencias traen estas políticas para las mujeres y qué implicancias tiene la concepción de que las mujeres pueden "salvar" a los países de la corrupción, especialmente si estas medidas están siendo elaboradas sobre la idea de que existen características propias de los géneros. Si bien la elaboración de políticas públicas en los términos planteados por el feminismo de la diferencia puede resultar beneficioso a corto plazo, "a la larga puede tener efectos contraproducentes si se ponen las expectativas de frenar la corrupción con las mujeres (y en 'su naturaleza incorruptible')".<sup>34</sup>

Siguiendo esta misma línea, no debemos olvidar que poner el foco en las características naturales y las diferencias entre los sexos puede ser un arma de doble filo: si bien la revalorización de las características tradicionalmente atribuidas al género femenino puede traer consecuencias positivas, este tipo de discurso ha sido utilizado ampliamente para legitimar la exclusión de las mujeres de ciertos ámbitos de poder. A modo de ejemplo se puede mencionar el discurso de Ministro Robert Lecourt en el año 1945 cuando se encontraba en discusión el acceso de las mujeres a la magistratura, en donde pronunció que "(...) tanto en el ámbito penal como en el civil, sus cualidades de delicadeza, sensibilidad, adjuntadas al de la ciencia del derecho le permiten contribuir felizmente al pronunciamiento de los fallos y de las sentencias".<sup>35</sup> Con este discurso, el Ministro hacía referencia a que no sería tan dañino incluir a las mujeres en la magistratura ya que sus cualidades innatas de delicadeza y sensibilidad le facilitarían pronunciarse en los casos. Claro que este discurso tenía como intención limitar a las mujeres a un ámbito determinado, que en este caso eran "las cuestiones atinentes al menor delincuente y a la familia".<sup>36</sup>

Sin embargo, más allá de que la representación social de la mujer como más propensa que el hombre a rechazar conductas criminales sigue plenamente vigente, la evidencia sobre la relación del género con la corrupción continúa siendo ampliamente inconclusa. No se puede soslayar que existen otros factores que resultan relevantes para este análisis, como la desigualdad en la participación en el ámbito público, los obstáculos para acceder a cargos donde se toman decisiones relevantes y la amenaza de la penalización.

---

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> *Ibid.*, pág. 14.

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> GOETZ, A. M. (2007). *Political Cleaners: Women as the New Anti-Corruption Force?* Brighton: University of Sussex, pág. 89.

<sup>34</sup> *Ibid.*, prólogo.

<sup>35</sup> BOIGEOL, A. (2005). "Las mujeres y la Corte. La difícil implementación de la igualdad de sexos en el acceso a la magistratura". En *Revista Academia*, Año 3, N 6, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, pág.11

<sup>36</sup> *Ibid.*

#### IV. Las dificultades de acceso al poder

Es importante resaltar que las mujeres continúan siendo ampliamente excluidas de los ámbitos de poder económico<sup>37</sup> y que esta exclusión se traduce en una mayor dificultad para posicionarse en esferas de poder. Asimismo, las mujeres suelen experimentar mayores niveles de desempleo y pobreza,<sup>38</sup> lo que las pone en una situación de especial vulnerabilidad al encontrar un empleo, por lo que “no podrían permitirse comportarse de una manera corrupta en sociedades en donde representan a una minoría en la esfera pública y, por lo tanto, a una clase vulnerable”.<sup>39</sup> Sumado a esto, el “techo de cristal” suele jugar un rol clave en la limitación que sufren las mujeres para alcanzar cargos altos dentro de la administración pública de un país. Más allá de que en las últimas décadas el número de mujeres en los poderes del Estado haya aumentado significativamente, las barreras a las que se enfrentan las mujeres que quieren alcanzar puestos significativos de toma de decisiones no parecen disminuir y, además, “los ámbitos de acceso son espacios estereotípicamente considerados ‘femeninos’ (educación, salud, derechos de las mujeres, familia) y no se constituyen en el nivel de mayor poder, importancia o prestigio político ministerial, como los ministerios de asuntos políticos, económicos, etc.”.<sup>40</sup>

Según un informe de “Transparency International” del año 2016, “[Las mujeres] sienten una mayor presión a adecuarse a las normas políticas existentes sobre corrupción. Por lo tanto, en ambientes profesionales, es menos probable que se involucren en la corrupción por miedo a ser descubiertas y perder sus trabajos”.<sup>41</sup> En esta misma línea, el informe afirma que “Las mujeres han sido tradicionalmente sub-representadas en interacciones dominadas por los hombres donde ocurre la corrupción, como el comercio o la política” y que “como *newcomers* a la política o a los negocios, están menos familiarizadas con las reglas de las transacciones ilícitas y su inexperiencia puede limitar también su habilidad de involucrarse en transacciones corruptas”.<sup>42</sup> De forma consistente, Mikko Hietikko, de la Universidad Aalto de Finlandia, argumenta que “las mujeres pueden simplemente no tener las oportunidades de involucrarse en actos de corrupción debido a la discriminación. [...] Es posible que las mujeres tengan menos interacciones con oficiales que los hombres, por lo tanto se encontrarían involucradas con la corrupción con menos frecuencia”.<sup>43</sup>

Asimismo, un estudio realizado por Fernanda Rivas en 2006 lleva a la autora a concluir que “sería esperable que [las mujeres] tengan más reparos a la hora de aceptar sobornos, dado el riesgo de ser descubiertas y castigadas”.<sup>44</sup> De

<sup>37</sup> DERSNAH, M. A. (2015). “Women in Political and Public Life”. En *Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, pág. 5.

<sup>38</sup> ORGANIZACIÓN NACIONAL DEL TRABAJO (OIT). *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo. Tendencias del Empleo Femenino*, 2018.

<sup>39</sup> HIETIKKO, M. (2016). *Gender and corruption: do women bribe less and why? – Evidence from global survey*. Helsinki: Aalto University, pág. 31.

<sup>40</sup> MACHICAO BARBERY, X. y CAPOBIANCO SÁINZ, S. (comp.) (2013). *Los techos de cristal en la participación política de las mujeres*. La Paz: Cooperación Técnica Alemana (GIZ) y Asociación de Consejalas de Bolivia (ACOBOL).

<sup>41</sup> TRANSPARENCY INTERNATIONAL (TI), *Gender and Corruption Topic Guide*, Berlín, 2016, pág. 5.

<sup>42</sup> *Ibid.*, pág. 6.

<sup>43</sup> HIETIKKO, M., ob. cit., pág. 25.

<sup>44</sup> ALOISIO, C. y PÉREZ MUÑOZ, C. (2010). “¿Son las mujeres un arma eficaz en el combate contra la corrupción? ¿Es deseable que lo sean?”. En THITEUX-ALTSCHUL, M. (ed.). *Género y corrupción. Las mujeres en la democracia participativa*. Buenos Aires: Libros del Zorzal, pág. 26.

la misma manera concluye Hietikko en cuanto a que “La explicación propuesta es que las mujeres son más adversas a los riesgos de violar las normas políticas y que la discriminación de género hace que la violación de normas institucionales ponga en una situación más riesgosa a las mujeres que a los hombres”.<sup>45</sup>

La cuestión de la oportunidad también resulta relevante y, de este modo, Anne Marie Goetz se pregunta: “los acuerdos en torno a la corrupción, ¿se hacen de noche, al tomar unas copas, en lugares que las mujeres no frecuentan? Si así fuera –creo que muchas veces sucede–, entonces las mujeres no tendrían acceso a esas redes en la misma medida que los hombres, por lo menos cuando están en posiciones iniciales de poder público”.<sup>46</sup> Está autora también resalta que “las formas en las que las mujeres son reclutadas (o no) al liderazgo y las tropas de los partidos políticos restringe sus oportunidades para involucrarse en actividades de corrupción. Estas restricciones se relacionan con la relativa exclusión de las mujeres de las redes de favoritismo de los hombres, y los riesgos sexuales asociados con la inclusión”.<sup>47</sup>

Resulta importante resaltar en este punto que la percepción de la mujer como menos corrupta se debe en gran parte a estos factores, que denotan que la escasa participación política de las mujeres y los roles de subordinación que le son generalmente asignados contribuyen a reproducir la idea utilitarista de que la incorporación de más mujeres en ámbitos de poder puede servir como una herramienta anticorrupción.

## V. Conclusión

La pregunta sobre si el género de los/as funcionarios/as públicos tiene algún tipo de relación con los índices de corrupción de un país continúa sin respuesta. Investigaciones como las realizadas por el Banco Mundial pueden resultar útiles hasta cierto punto, pero no se debe ignorar que este tipo de discursos pueden llevar a la equivocada conclusión de que la razón para incorporar más mujeres en cargos de poder es para utilizarlas como herramienta anticorrupción, lo que importa asumir una mirada esencialista de las mujeres.

Resulta de suma trascendencia que se fomente la participación política de las mujeres en el ámbito público, pero no bajo un concepto utilitarista de la mujer como “salvadora” del orden político, sino porque las mujeres han sido históricamente subrepresentadas en la administración pública. La falta de oportunidades, el “techo de cristal”, la discriminación tanto por género como por otras características como color de piel u orientación sexual continúan configurando impedimentos para que mujeres capacitadas no lleguen a ocupar roles con significativo poder de decisión, y resulta imprescindible preguntarse hasta qué punto puede considerarse una conquista el hecho de que una mujer ocupe un puesto de poder si este está siendo cedido en base a prejuicios.

Aún cuando *prima facie* podría argumentarse que estos prejuicios benefician a las mujeres ya que se las percibe como más responsables y dignas de confianza, los estereotipos de género que recaen sobre las mujeres líderes no representan ningún tipo de ventaja para ellas si no se tienen en consideración los múltiples factores que contribuyen a limitar su participación en el ámbito público.

---

<sup>45</sup> IETIKKO, M., ob. cit., pp. 27-28.

<sup>46</sup> GOETZ, A. M. (2010). “¿Son las mujeres menos propensas a ser corruptas?”. En THITEUX-ALTSCHUL, M. (ed.). *Género y corrupción. Las mujeres en la democracia participativa*. Buenos Aires: Libros del Zorzal, pág. 9.

<sup>47</sup> GOETZ, A. M., *Political Cleaners: Women as the new...*, ob. cit., pág. 99.

## VI. Bibliografía

- ANITÚA, G. I. (2005). *Historia de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- ALOSIO, C. y PÉREZ MUÑOZ, C. (2010). "¿Son las mujeres un arma eficaz en el combate contra la corrupción? ¿Es deseable que lo sean?". En THITEUX-ALTSCHUL, M. (ed.). *Género y corrupción. Las mujeres en la democracia participativa*. Buenos Aires: Libros del Zorzal.
- BIEDMA LÓPEZ, J. (2008). "El pensamiento de la diferencia sexual". En *Boletín Millares Carlo*, N 27, Centro Asociado UNED, La Palmas de Gran Canaria, pág. 317
- BOIGEOL, A. (2005). "Las mujeres y la Corte. La difícil implementación de la igualdad de sexos en el acceso a la magistratura". En *Revista Academia*, Año 3, N 6, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, pág. 11.
- Conclusiones y recomendaciones generales del taller "Diálogo anticorrupción y género: un análisis de la dimensión de género en la lucha contra la corrupción en América Latina", Programa de Cooperación de la Unión Europea para cohesión social en América Latina, Transparencia Internacional (TI), ONU Mujeres, Buenos Aires, 2018.
- Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC).
- DERSNAH, M. A. (2015). "Women in Political and Public Life". En *Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*.
- DOLLAR, D., FISMAN, R. y GATTI, R. (1999). "Are Women Really the Fairer Sex? Corruption and Women in Governmen". En *The World Bank Development Research Group*.
- FACCHI, A. (2005). "El pensamiento feminista sobre el Derecho. Un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl". En *Revista Academia*, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UBA.
- FRASER, N. (1995). "Multiculturalidad y equidad entre los géneros: un nuevo examen de los debates en torno a la 'diferencia' en EEUU". En *Revista de Occidente*, Madrid, Fundación José Ortega y Gasset, N 173.
- Género y Corrupción en América Latina, ¿Hay alguna conexión?*, Centro Regional para América Latina y el Caribe, Panamá - Dirección Regional para América Latina y el Caribe (DRALC), Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), 2014
- GOETZ, A. M. (2010). "¿Son las mujeres menos propensas a ser corruptas?". En THITEUX-ALTSCHUL, M. (ed.). *Género y corrupción. Las mujeres en la democracia participativa*. Buenos Aires: Libros del Zorzal
- GOETZ, A. M. (2007). *Political Cleaners: Women as the New Anti-Corruption Force?* Brighton: University of Sussex.

- HIETIKKO, M. (2016). Gender and corruption: do women bribe less and why? – *Evidence from global survey*. Helsinki: Aalto University.
  
- MACHICAO BARBERY, X. y CAPOBIANCO SÁINZ, S. (comp.) (2013). *Los techos de cristal en la participación política de las mujeres*. La Paz: Cooperación Técnica Alemana (GIZ) y Asociación de Consejalas de Bolivia (ACOBOL).
  
- Organización Nacional del Trabajo (OIT). *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo. Tendencias del Empleo Femenino*, 2018.
  
- RAMOS RUIZ, Y. (2016). “La corrupción y sus vínculos con el género. Una aproximación al caso Mexicano”. En *Revista Mexicana de Análisis Político y Administración Pública*, Departamento de Gestión Pública y Departamento de Estudios Políticos y de Gobierno, Vol. V, N 2.
  
- SANCHEZ, M. N. (2004) “La mujer en la teoría criminológica”. En *Revista de estudios de género La Ventana*, México, N 20.
  
- SKULJ, A. (2013). “Violencia de género en América Latina: aproximaciones desde la criminología feminista”. En *Delito y Sociedad*, España, Universidad de la Coruña, Año 22, N° 35.
  
- SWAMY, A., KNACK, S., LEE, S. y AZFAR, O. (2000). *Gender and Corruption*. Massachusetts: The World Bank
  
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL (TI), *Gender and Corruption Topic Guide*, Berlín, 2016.
  
- OLSEN, F. (2000). “El sexo del derecho”. En Ruiz, A. (comp.). *Identidad femenina y discurso jurídico*, Buenos Aires: Biblos.
  
- UNITED NATIONS ENTITY FOR GENDER EQUALITY AND THE EMPOWERMENT OF WOMEN. *Concepts and Definitions*.

# El origen de las modificaciones a los artículos 119 y 120 del Código Penal argentino y la influencia del Código Penal español (arts. 178 a 181)<sup>1</sup>

Rodrigo Delgado<sup>2</sup>

## Resumen

Inserto en el marco del proyecto de investigación sobre la reforma del artículo 119 del Código Penal de la Nación, tenemos como punto de partida el Decreto 340/2017, publicado el 17/05/17 en el Boletín Oficial, en el que el Poder Ejecutivo Nacional promulgó la Ley 27.352 que modifica este artículo del Código Penal de la Nación, con el objetivo de precisar las acciones que comprende el delito de abuso sexual. Concretamente, la parte más trascendente de la modificación es su primer párrafo, pues el resto del artículo permanece intacto. En primer término, lo que se observa en el párrafo inicial es que se ha suprimido la frase “persona de uno u otro sexo” reemplazándose por la palabra “persona”. La modificación sustancial estriba en el saneamiento de una discusión doctrinaria y jurisprudencial, en cuanto a que la frase “por cualquier vía” se prestaba a dos interpretaciones (una amplia y otra restrictiva) al entenderse que ciertos actos abusivos eran considerados dentro del párrafo segundo del art. 119 “abuso sexual gravemente ultrajante” conformando la interpretación restrictiva; en tanto, otros autores entendían que la “vía bucal” se consideraba un abuso sexual con acceso carnal “violación”, conformando la interpretación amplia. La norma modificada aclara que el abuso sexual con acceso carnal “violación” conserva la misma penalidad, esta frase varias veces debatida “acceso carnal”; pero se aclara enfáticamente que el mismo puede ser “por vía anal, vaginal o bucal” y se agrega otros conceptos tales como: “o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías”, que no son novedosos pues ya figuraban en el Código Penal español (art. 179) y también en la disidencia que había realizado la Dra. María Elena Barbagelata en el Anteproyecto de Reforma Integral del Código Penal de 2014.

Palabras clave: Código penal; abuso sexual; reforma.

---

<sup>1</sup> Este trabajo forma parte de la investigación que se realiza en el marco de un proyecto de UFLO Universidad.

<sup>2</sup> Alumno de Derecho en UFLO Universidad. Contacto: rodrigodelgado@hotmail.com/1535829804

## I. Introducción

Inserto en el marco de la nueva regulación del artículo 119 del Código Penal de la Nación, tal modificación se da con el objetivo de precisar las acciones que comprenden al delito de abuso sexual, alejado de la lacónica referencia dada previamente por el viejo art. 119 modificado por la Ley 25.087 de 1999.

La parte más trascendente de la modificación es en el primer párrafo del art. 119 –pues el resto del articulado permanece intacto– hay una controversial referencia al sujeto pasivo en dicho delito, ya que en el párrafo inicial es que se ha suprimido la frase “persona de uno u otro sexo” reemplazándose por la palabra “persona”.

Si bien la redacción anterior dejaba perfectamente aclarado que el sujeto pasivo de este tipo de delitos podía ser tanto varón como mujer, estimo que la nueva formulación no altera en su esencia lo dicho, pues al hablar simplemente de “persona” se sobreentiende que genéricamente abarca tanto el género femenino como el masculino.

A su vez, resulta menester hacer referencia al artículo 120 del mencionado Código, el cual se mantiene vigente desde la reforma de la Ley 25.087 de 1999, ya que mantiene relación directa con el art. 119, si bien se tipifica a la misma conducta, en ambos artículos. Estamos ante el mismo tipo penal, pero es clara la distinción en cuanto a la edad del sujeto pasivo

La Ley 25.087 sustituyó el término “tenga acceso carnal” por el de “hubiere acceso carnal”, que se conserva con la reforma introducida por la Ley 27.352, y ello trajo consigo algunas interpretaciones encontradas, sobre todo con referencia al papel que jugaba el sujeto activo en este tipo de delito. En efecto, anteriormente era doctrina mayoritaria que el sujeto activo del delito solo podía serlo el hombre, pues era quien mediante una actividad viril consistente en la penetración o introducción completa o incompleta, llevada a cabo con su órgano sexual el acceso en cavidad del sujeto pasivo, pues se suponía un sujeto accedente y un sujeto accedido. El término especificado en la ley al requerir que el autor “tenga acceso carnal” impide que se pueda considerar sujeto activo a la mujer o al pederasta pasivo que se hace penetrar por el varón. No obstante ello, había un sector de la doctrina que entendía que era posible la violación inversa.

Más luego de que se articulara la reforma antes mencionada, la cuestión no se advertía tan clara. En una tesis restrictiva se consideraba que el autor material del hecho solo podía ser el hombre porque es el único que puede penetrar y el que posee el miembro viril que sirve para aquello. En el caso de la mujer, la cuestión pasaba por la imposibilidad de acceder carnalmente a otra persona, esto es, la incapacidad de penetrarla. En la medida en que el legislador insistió en usar las palabras “acceso carnal” de modo que cuando un hombre o una mujer son penetrados por objetos, el tipo se desplaza al sometimiento sexual gravemente ultrajante. El problema se suscita en los casos en que la mujer actúe como autor mediato, esto es, valiéndose de un inimputable o de alguien que actúe por error. En estos casos, si la violación es un delito de propia mano, no podría tipificarse el art. 119, párrafo tercero del CP.

## II. Desarrollo

Quizás el legislador ha perdido una oportunidad más para suprimir de la norma el tan controvertido concepto “acceso carnal” que tanto debate ha suscitado en la doctrina, para sustituirlo por el término “penetración”. La acepción “acceso carnal” se entiende como la penetración del órgano sexual masculino en orificio natural de la víctima, de modo de posibilitar la cópula o un equivalente de la misma, sea por vía normal o anormal.

Núñez<sup>3</sup> consigna que no obstante la carencia de antecedentes explicativos de la fórmula no ha impedido a la doctrina llegar a un absoluto acuerdo, por lo menos acerca de que “tener acceso carnal” significa introducción, aunque imperfecta, del órgano sexual masculino en el cuerpo de la víctima. Agrega que: “La posibilidad de que el acceso sea con ‘persona de uno u otro sexo’ (art. 119), señala en forma indudable que la ley no solo se refiere al ayuntamiento carnal, según natura, entre un varón y una mujer, por la vía copulativa de ésta, sino también el concubito contra natura por vía rectal”.

Donna<sup>4</sup> entiende que no hay duda de que el acceso carnal es la penetración del órgano masculino en la vagina de la mujer, considerando de esta manera el concepto básico de acceso carnal, dentro de una concepción cultural más conservadora. Ahora, si se busca un concepto más amplio que abarque una idea de lo sexual no discriminadora del otro, se puede extender la idea de acceso carnal a la penetración del órgano masculino vía anal. En estos dos conceptos se engloba la idea de acceso carnal como forma análoga de cópula sexual. Como el término es normativo, varía según las épocas, de allí que el legislador debe esforzarse en conceptualizarlo más. Pero está claro que se trata de un concepto de claro contenido sexual y que además tiene que ver con el acto sexual básico.

Finalmente, Creus y Buompadre<sup>5</sup> sostienen en forma contundente que como el acceso carnal abusivo tiene como sujetos pasivos tanto la mujer como el hombre, hay que concluir que la penetración es típica tanto cuando se realiza por vía vaginal como cuando se realiza por vía anal.

En relación a ello, es importante destacar que la introducción de objetos es tipificada como violación en el art. 179 del Código Penal de España; en el art. 164 inciso b) del Código Penal de Portugal; en el art. 308 del Código Penal de Bolivia, y en el Anteproyecto de Reforma del Código penal de la República Oriental del Uruguay –art. 50 –, entre otros. Por otra parte, la introducción de objetos por vía vaginal o anal configura violación en los términos de los Artículos 7 1) g); 8 2) b) xxii; y 8 2) e) vi del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, conforme los Elementos de los Crímenes aprobados en el primer período de sesiones de la Asamblea de los Estados Parte (3 al 10 de septiembre de 2002) ([8]). El Tribunal Penal Internacional para Ruanda, por su parte, ha establecido que “las variaciones en el acto de violación pueden incluir actos que incluyen la inserción de objetos y/o el uso de orificios del cuerpo que no se consideran intrínsecamente sexuales”.<sup>6</sup>

En cuanto a lo referente a la conjunción copulativa existen dos concepciones que se han dado a través de tiempo y que en cierta forma han determinado el alcance del concepto: a) La biológica, que atiende a la problemática desde un ángulo eminentemente fisiológico que impone el acoplamiento por vía naturales del cuerpo de la víctima sean normales o anormales. De esta manera, a la primera la ubica únicamente en el conducto vaginal, es decir, que accede el hombre y es accedida la mujer, o sea, es el denominado coito normal. Pero ante la posibilidad de reacciones eróticas similares, ya sea por dotación glandular o sensibilidades de zonas erógenas se admite también la vía rectal femenina o masculina. Este criterio imponía una visión concreta y aproximada del órgano apropiado para el coito propiamente dicho; b) La otra concepción es la jurídica, que es donde los límites del acceso carnal se amplían en forma considerable admitiendo toda actividad directa de la libido, natural o no en que exista una intervención de los genitales del actor que pueda representar el coito, o una forma degenerada o equivalente de éste.

---

<sup>3</sup> NÚÑEZ, Ricardo (1987). *Tratado de Derecho Penal*. Córdoba: Lerner, pág. 248.

<sup>4</sup> DONNA, Edgardo (2005). *Delitos contra la integridad sexual*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, pág. 61.

<sup>5</sup> CREUSS, Carlos y BUOMPADRE, Jorge (2018). *Derecho Penal Parte Especial*. Buenos Aires: Astrea, pág. 209.

<sup>6</sup> AA. VV. (2016) “Ley 27.352. Abuso sexual. Reforma Código Penal”. En Revista *Pensamiento Penal*. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/43278-arts-119-120-abusos-sexuales>.

La adopción de cualquiera de estas dos hipótesis llevaría a determinar la ubicación legal de la *fellatio in ore*, cuestión dirimida por la reforma. Con esta anterior referencia, Buompadre<sup>7</sup> esbozaba sus reparos tanto para el criterio biológico como el jurídico, ya que, según su apreciación, el primero resultaba demasiado estricto frente al texto de la ley, pues al hacerse referencia a la “persona de uno u otro sexo” se está admitiendo de manera expresa la posibilidad del acceso carnal por vía anal. De esto se concluye que el sujeto pasivo del delito también puede ser un varón –en efecto lo es, pues tanto ahora como antes se hablaba de que el sujeto pasivo podía ser persona de uno u otro sexo –.

En cuanto al segundo criterio, lo motejaba de excesivo debido a que su aceptación sin reservas llevaría a punir como abuso sexual agravado conductas que no pueden encuadrarse en este título, de forma que implicaría una efectiva lesión al principio de legalidad (art. 18 de la CN) que prohíbe precisamente, la aplicación *analógica in malam partem* de la ley penal. De modo que al descartar el criterio biológico por insuficiente, consideraba que el criterio jurídico tampoco propone un concepto preciso de acceso carnal, del que podía inferirse que también quedan abarcados en la forma el coito oral y otras prácticas sexuales equivalentes, cuestión con la que no estaba de acuerdo. Soler<sup>8</sup> define el acceso carnal como la penetración del órgano sexual en el cuerpo de la víctima, siendo indistinto que la misma se haga por vía normal o anormal. Es una enérgica expresión –refiriéndose al acceso carnal– que significa que la penetración sexual se produce, pues, cuando el órgano genital entra en el cuerpo, ya sea por vía normal o anormal. Esta inteligencia se deduce, además, de la referencia que hace el CP a otros abusos deshonestos sin que haya acceso carnal; también aduce que ninguno de los dos criterios acierta con la precisión que concuerda con el principio de legalidad. El acceso carnal es sin duda un concepto normativo del tipo, cuyo contenido debe ser buscado en lo que culturalmente se entiende por tal, en relación al bien jurídico protegido.

### III. Conclusión

Gran parte de la doctrina que entiende que el sujeto activo debe ser necesariamente un hombre por ser el que penetra con su miembro viril también lo interpretan a la inversa, ya que el sujeto activo –según la norma– puede ser tanto varón como mujer al consignar la frase “realizare otros actos análogos introduciendo objetos o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías” (anal o vaginal). El sujeto pasivo no cambia, pues también puede ser un varón como una mujer.

Con respecto a los actos análogos, es decir, actos de penetración con objetos (sean estos palos, botellas, consoladores y la variedad que la imaginación perversa pueda poner en práctica) o partes del cuerpo, dice la ley, en esta situación se abarca tanto el miembro viril masculino como los dedos y la lengua, pues constituyen parte del cuerpo humano, lo que puede acontecer tanto por vía anal como vaginal, circunstancias que anteriormente se encuadraban en el abuso sexual gravemente ultrajante. A partir de la modificación, el legislador lo tipifica como abuso sexual con acceso carnal.

De hecho que la nueva redacción del tercer párrafo del art. 119 es una réplica del art. 179 del Código Penal español, salvo la pena que en nuestro caso va de seis a quince años de reclusión a prisión y en el español la mínima es la misma y el máximo llega a los doce años de prisión.

Con respecto al abuso sexual gravemente ultrajante, en la legislación española no se advierte una figura independiente

---

<sup>7</sup> BUOMPADRE, Jorge (2003). *Derecho Penal. Parte especial*. Corrientes: Mave, págs. 391/393.

<sup>8</sup> SOLER, Sebastián (1992). *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires: TEA, pag. 281.

como la nuestra, sino que el ejercicio de violencia o intimidación que revisten un carácter particularmente degradante o vejatorio constituyen agravantes de los delitos de violación y abusos sexuales (art. 180, inc. 1; art. 181, inc. 5). Y se aclara que no cabe, sin embargo, el concurso entre la cualificación 1ª (carácter particularmente degradante o vejatorio) y el delito contra la integridad moral del art. 173, inc. 1, pues el delito contra la integridad moral supone ya de por sí una degradación o un trato vejatorio, que es lo que constituye la esencia de esta cualificación de la agresión sexual.

En conclusión, en el abuso sexual gravemente ultrajante quedan incluidos aquellos actos violentos o intimidatorios o a menores de trece años que impliquen, por su duración o por las circunstancias de su realización, un sometimiento o cosificación de la víctima que afecte física y psíquicamente a ésta y se descartan, como se venía haciendo antes, los actos en los que se utilizaban elementos análogos al miembro viril. Todo ello ya no constituye un abuso sexual gravemente ultrajante y pasa a ser abuso sexual con acceso carnal o violación con el consiguiente aumento de la pena.

Quizás, tal como se hizo con respecto al párrafo tercero del art. 119 al implementar una copia del art. 179 del Código Penal español, hubiera sido adecuado que el legislador suprima la figura del abuso sexual gravemente ultrajante dado que aún genera entredichos en la doctrina y jurisprudencia. En este sentido, tal como en el Código Penal español se podrían haber introducido las circunstancias vejatorias y degradantes como agravantes del abuso sexual (del primer párrafo del art. 119 del CP).