

## **El método hermenéutico y la investigación en Ciencias Sociales**

**Laura Quintana<sup>1</sup> y Julián Hermida<sup>2</sup>**

### **Resumen**

Los métodos de investigación de las Ciencias Naturales y de las Ciencias Sociales, incluyendo la investigación cualitativa, resultan inadecuados para explicar la metodología empleada en algunas oportunidades por el investigador de disciplinas, tales como el Psicoanálisis, el Derecho, la Crítica Literaria y la Teología, cuando el objeto de estudio está constituido por textos. La hermenéutica ofrece una alternativa para investigaciones centradas en la interpretación de textos. La misma implica un proceso dialéctico en el cual el investigador navega entre las partes y el todo del texto para lograr una comprensión adecuada del mismo (círculo hermenéutico). Este método implica también un proceso de traducción, pues se produce un texto nuevo que respeta la esencia del original al mismo tiempo que proporciona un valor agregado a la traducción al poner énfasis en lo histórico-contextual.

**Palabras clave:** hermenéutica, investigación, modelo científico, círculo hermenéutico

### **The Hermeneutics Method and Social Science research**

#### **Abstract**

The research methods of Natural Sciences and Social Sciences, including qualitative research, are inadequate to explain the methodology used in some cases by researchers of some disciplines, such as Psychoanalysis, Law, Literary Criticism, and Theology, when texts are the object of study. Hermeneutics offers an alternative for research focused on the interpretation of texts. It implies a dialectical process in which the researcher navigates between the parts and the whole text to achieve an adequate understanding of the text (hermeneutic circle). This method also involves a translation process, as a new text is produced that respects the essence of the original one while providing added value to the translation by emphasizing the historical context.

---

<sup>1</sup> Profesora e Investigadora, Facultad de Psicología, Universidad de Buenos Aires/Facultad de Psicología, UCES, Buenos Aires, Argentina, Visiting Scholar, Universidad Algoma, Ontario, Canadá.

<sup>2</sup> Profesor e Investigador, Universidad de Flores, Buenos Aires, Argentina/Universidad Algoma, Ontario, Canadá.

**Keywords:** Hermeneutics, research, scientific model, hermeneutic circle

## Introducción

Los investigadores en Psicoanálisis se sumergen en los textos de Sigmund Freud para comprender diversos aspectos de la disciplina, incluso para investigar cuestiones no tratadas directamente por el padre del Psicoanálisis. De manera similar, los juristas estudian exhaustivamente leyes y otros textos jurídicos, como tratados, sentencias judiciales y constituciones para lograr una interpretación adecuada de la norma jurídica contenida en dichos textos. Por su parte, los teólogos se vuelcan a la Biblia y otros textos religiosos para interpretar los preceptos contenidos en tales textos y avanzar el conocimiento en temas bíblicos. Los críticos literarios navegan los textos literarios para interpretarlos, explicarlos y comentarlos.

Si bien la interpretación de textos es milenaria, porque, por ejemplo, el Nuevo Testamento es una interpretación del Antiguo Testamento y los Romanos interpretaban sus leyes escritas (Stein, 1995), la mayoría de los trabajos sobre metodología de la investigación no ahondan en la manera en que estas disciplinas interpretan textos. La corriente predominante hace énfasis en los distintos aspectos del modelo científico y en las diversas adaptaciones y transformaciones que ha venido sufriendo en las últimas décadas, sin ahondar en reflexiones sobre las investigaciones que tienen por objeto de estudio a los textos<sup>3</sup>.

Tanto el método de investigación de las Ciencias Naturales como el método de las Ciencias Sociales –incluso dentro de la perspectiva cualitativa– resultan muchas veces estrechos para las investigaciones cuyo objeto principal es la interpretación de textos, tales como ciertas investigaciones en Psicoanálisis, Derecho, Teología y Crítica Literaria, entre varias otras.

El presente artículo tiene por objetivo explorar las aristas salientes de la hermenéutica como método de interpretación de textos en investigaciones cuyo objeto de estudio es un texto

---

<sup>3</sup> Esto no significa que algunos aspectos del modelo científico, como la construcción de hipótesis o la formulación de objetivos, sean inaplicables en la interpretación hermenéutica.

disciplinar. El foco del artículo no es la tarea de los profesionales de estas disciplinas – terapeuta, abogado, ministro, o crítico- en cuanto concierne a la terapia, a la defensa en un juicio, al sermón o a la reseña de una obra literaria. El foco del artículo es la tarea del investigador de estas disciplinas dentro de un proceso de investigación formal para la elaboración de nuevo conocimiento cuando su objeto de estudio son textos. Para contextualizar el tema, el artículo comenzará con un breve recorrido sobre el modelo científico, su recepción en las Ciencias Sociales y sus perspectivas cualitativa y cuantitativa, para luego centrarse en la hermenéutica como el método de interpretación de textos en investigaciones. A pesar de que ella reniega de procedimientos rígidos, el artículo finaliza con una exploración de los pasos concretos que puede efectuar el investigador para emplear la hermenéutica en una investigación cuyo objeto de estudio esté conformado por textos.

### **El modelo científico**

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. Desde este paradigma, la investigación es concebida como un proceso de producción de conocimiento mediante “el cual se intenta (i) dar respuesta a problemas científicos mediante procedimientos sistemáticos, que incluyen la producción de información válida y confiable, y (ii) comprobar si tienen fundamento empírico las respuestas que, hipotéticamente, se han dado a problemas científicos” (Borsotti, 2007).

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.

Además de su naturaleza empírica, el modelo científico se caracteriza por su estricta adhesión a rigurosos procedimientos y estándares que todo investigador debe seguir. Estos estándares

y procedimientos incluyen, en general, los siguientes pasos: (i) identificación de la situación problemática cuya solución requiere de la producción de nuevo conocimiento, (ii) identificación del objeto de investigación, (iii) formulación de preguntas a las que se intentará dar respuesta, (iv) estado del arte, es decir, la exposición sistematizada y crítica del conocimiento teórico y empírico producido sobre el problema, (v) la elaboración del marco teórico de referencia, (vi) los objetivos de la investigación, (vii) las hipótesis, es decir, las conjeturas sobre las soluciones al problema a investigar, (ix) la metodología para la recolección y análisis de datos, (x) el análisis de los datos recolectados, (xi) la presentación de los resultados obtenidos, y (xii) las conclusiones sobre las soluciones al problema planteado (Borsotti, 2007). Asimismo, conforme al modelo científico, las investigaciones deben ser públicas, abiertas a críticas y evaluaciones y detentar una forma que permita que otros puedan construir conocimiento (nuevas investigaciones) a partir de ellas. El arquetipo del modelo científico es el biólogo u otro investigador de las ciencias duras que toma un objeto de investigación, tal como un insecto, una rata, o una hoja de una planta, y lo observa mediante un microscopio en su laboratorio para extraer sus conclusiones.

### **El método de investigación en las Ciencias Sociales**

Las Ciencias Sociales, que sufrían una especie de complejo de inferioridad respecto de las Ciencias Naturales, adoptaron, a partir de Émile Durkheim, el modelo científico de las Ciencias Naturales para lograr prestigio dentro del mundo académico que se orientaba, tanto en Europa como en Norteamérica, hacia una universidad focalizada en la investigación (Menand, Reitter y Wellmon, 2017). Esta adaptación del modelo científico a las Ciencias Sociales surgió dentro de la Sociología y luego se expandió a otras disciplinas.

Como las Ciencias Sociales no pueden poner bajo un microscopio su objeto de estudio –lo que resulta esencial para el modelo científico–, fue necesario construir el objeto de la investigación de manera de colocar al objeto de estudio al exterior del investigador. De este modo, por ejemplo, Durkheim (1895) elaboró el concepto de hechos sociales, los que pasaron a ser objetos de investigación, permitiéndole al científico social colocarse a distancia del objeto de estudio, emulando el trabajo del científico de las Ciencias Naturales. Así, en cada investigación, el investigador debe construir su objeto de estudio para poder observarlo y

analizarlo de manera independiente de sí mismo. La mayoría de las Ciencias Sociales adoptaron este método. Incluso el Derecho en los Estados Unidos importó el modelo científico y lo adaptó –de manera artificial e inadecuada- al estudio de los textos jurídicos. Christopher Columbus Langdell, decano de la Escuela de Leyes de la Universidad de Harvard, a fines del siglo XIX extrapoló el modelo científico al Derecho, donde la sentencia judicial (el caso) pasó a ser el objeto de investigación del Derecho, la biblioteca, el laboratorio del investigador y el descubrimiento de los principios legales de la sentencia judicial, los procedimientos y estándares de la metodología científica (Hermida, 2006).

### **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, como ha sido señalado, 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 y 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 las Ciencias Naturales, 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 el investigador determina y delimita como objeto. 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 misma pasa a ser parte de la propia investigación que se materializa en investigaciones auto-reflexivas (Denzin y Lincoln, 2005). 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.

La perspectiva cualitativa no ha adoptado un único método de recolección y análisis de datos, sino que toma métodos, técnicas e instrumentos de diversas disciplinas y prácticas de investigación, tales como, el estudio de caso –el estudio profundo de todas las dimensiones de un único evento o serie de eventos complejos que se orientan a ilustrar puntos de vista o teorías, investigación acción, entrevistas, *focus groups*, observación y etnografías, entre varios otros, incluyendo también instrumentos vinculados con la investigación cuantitativa, como estadísticas, hojas de cálculos, tablas y gráficos (Denzin y Lincoln, 2005).

A pesar de la variedad disciplinar, teórica y metodológica de la investigación cualitativa, ninguno de los métodos o técnicas seguidos resulta suficiente para explicar la metodología empleada por el investigador de disciplinas cuyo objeto de estudio está constituido por textos.

### **La hermenéutica**

Las Ciencias Naturales recurren a métodos de interpretación de objetos naturales, pero la investigación de textos requiere de un método específico para la comprensión de los mismos. No hay dudas de que los métodos de las Ciencias Naturales podrían ser aplicados a los textos, pero al hacerlo, a los textos se los estaría tratando como objetos naturales, silenciosos e inertes (Palmer, 1969). Como textos, los mismos requieren de un método de interpretación más sutil y específico, que tampoco se halla presente en el arsenal de métodos y prácticas seguidos en la investigación cualitativa.

La 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). La hermenéutica es considerada como parte de la perspectiva cualitativa porque el concepto predominante de la investigación cualitativa incluye, de manera general, todos los enfoques que no son cuantitativos. Sin embargo, la hermenéutica poco tiene en común con los métodos generalmente utilizados en la investigación cualitativa, y mucho menos con la perspectiva cuantitativa del modelo científico de las Ciencias Naturales. Habermas (1970) distingue el enfoque hermenéutico de uno empírico-analítico y de otro crítico-social. Para Habermas (1970), el enfoque hermenéutico otorga preponderancia y estatuto científico a la investigación bibliográfica.

El campo de la hermenéutica se desarrolló como un esfuerzo para lograr modos históricos y humanísticos del entendimiento (Paterson y Higgs, 2005). 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. De esta manera, su foco de atención es doble: (i) el hecho de la comprensión de un texto y (ii) qué significan la interpretación y la comprensión (Palmer, 1969).

### **Las dimensiones de la hermenéutica**

La hermenéutica presenta una triple dimensión, esto es: (i) la hermenéutica como lectura, (ii) la hermenéutica como explicación y (iii) la hermenéutica como traducción, lo que permite apreciar la complejidad y, a la vez, especificidad de la hermenéutica como teoría y como método interpretativo para la comprensión de textos (Palmer, 1969).

- Lectura

Toda lectura (silenciosa) de un texto es una forma encubierta de una interpretación oral, por lo que los principios de la interpretación oral, tales como la actuación, el énfasis, la entonación, se aplican a la interpretación de cualquier texto. Para poder entender un texto es necesario entender de antemano lo que se va a decir, pero este entendimiento debe provenir del texto mismo, lo que demuestra la existencia de un proceso dialéctico que implica que es

necesario entender para leer un texto y tal entendimiento proviene únicamente de una lectura interpretativa del propio texto<sup>4</sup>.

- Explicación

La explicación como parte de la interpretación hace énfasis en el aspecto discursivo de la comprensión. Los textos no solamente dicen algo, sino que también explican algo, lo racionalizan y lo clarifican.

Dado que el significado de todo texto depende de su contexto, el procedimiento explicativo provee el medio para lograr la comprensión del mismo. En la hermenéutica, el horizonte del contexto, los significados previos y las intenciones son parte de la etapa previa a la comprensión de un texto, denominada pre-comprensión- por lo que es necesario preguntarse qué conocimiento previo es necesario para poder interpretar un determinado texto.

El investigador, para poder comprender un texto debe pre-comprender el tema y la situación antes de poder entender e interpretar su significado. En la práctica, esto implica desplazarse repetida y cíclicamente entre las partes o aspectos del fenómeno y el todo, con el objetivo de obtener una mayor comprensión del texto. Usando el concepto y la práctica del círculo hermenéutico, los investigadores reconocen que el texto se entiende como un todo porque sus partes están integradas en el todo. Al mismo tiempo, los investigadores reconocen cómo el todo contextualiza cada una de las partes, buscando iluminar el texto dentro de su contexto (Paterson y Higgs, 2005). El proceso implica un examen de las partes, definiendo cada componente antes de que las partes sean reintegradas al todo (Bontekoe, 1996).

De esta manera, se recurre a un entendimiento parcial para poder continuar interpretando y comprendiendo. El texto mismo provee el contexto para su propia interpretación, lo que exige, como se señaló, un cierto conocimiento previo del tema (pre-comprensión). De lo contrario, no puede haber comunicación entre el intérprete y el texto. La función explicativa de la hermenéutica constituye un vehículo para la pre-comprensión para la interpretación de un texto (Palmer, 1969).

---

<sup>4</sup> Esta relación entre lectura y entendimiento es similar a la relación entre asimilación y acomodación (Piaget, 1972).



- Traducción

Tanto la interpretación como la traducción son formas de hacer entendible algo que no lo es (Owji, 2013). El traductor y el investigador se convierten en un mediador no solo entre dos lenguas o dos mensajes sino también entre dos culturas.

La tarea de un traductor consiste en un proceso de negociación de significados entre el productor y el receptor del texto (Mason, 1990), donde la traducción nunca es literal, sino que el objetivo del traductor es el de producir un texto nuevo (traducción) que tenga el mismo significado que en el texto original pero que sea expresado de manera que le resulte natural al receptor del mismo en su propia lengua (Larson, 1984). En este sentido, la traducción intenta remplazar un mensaje en una lengua por el mismo mensaje en otra. Esto requiere comprender, evaluar e interpretar cada aspecto y elemento del mensaje, su contexto, las condiciones históricas imperantes durante su producción y todos los demás antecedentes y características del lenguaje en que fue codificado el mensaje para lograr el mismo propósito en el mensaje traducido (Kelly, 2005).

La tarea del investigador que interpreta un texto es similar a la tarea de un traductor que lo interpreta para traducirlo a otra lengua, pero el resultado hermenéutico contiene un valor agregado respecto de la traducción al poner énfasis en lo histórico-contextual.

El investigador cuenta con el mismo arsenal de estrategias que el traductor, las que incluyen, el cambio de visibilidad, que incrementa la presencia del traductor en el texto, el cambio de coherencia, mediante la cual se efectúan cambios en el texto original, combinando párrafos y recurriendo a otros textos del mismo autor o de otros autores, traducción parcial, es decir, la no incorporación de ciertos aspectos del texto en la traducción y la trans-edición, es decir, cambiar la organización, cierta información, y todo aquello que sea necesario para hacer inteligible al texto (Owji, 2013).

Asimismo, la tarea del intérprete es también una función histórica, es decir, un entendimiento histórico de los textos, dado que el texto se considera siempre un objeto histórico (Dilthey, 1988) por lo que se requiere traducir o interpretar el mensaje a la luz de su contexto y encontrar su equivalente en el contexto contemporáneo.

De las dimensiones de la hermenéutica, se desprende que la misma trabaja necesariamente con el lenguaje, el cual determina la visión y el pensamiento del ser humano, por lo que la comprensión de textos constituye siempre un emprendimiento histórico, dialéctico y lingüístico (Palmer, 1969).

### **El enfoque hermenéutico**

El enfoque hermenéutico descansa en la premisa del círculo hermenéutico, el cual establece la relación entre el todo y sus partes. Las partes de un texto –lingüísticas y estructurales- no pueden entenderse aisladamente del todo, es decir, el texto completo. Y solo podemos comprender el todo en cuanto el mismo se expresa en sus partes. De esta manera, el investigador se mueve en un círculo entre partes del texto y todo el texto y entre todo el texto y partes del texto (Wachterhauser, 2002).

Otro de los aspectos identificativos del enfoque hermenéutico (Gadamer. 1975, 1981) es el uso de preguntas y respuestas en el análisis de textos (Paterson y Higgs, 2005). La lógica de la pregunta y la respuesta es especial para las ciencias hermenéuticas, las cuales no construyen generalizaciones a partir de datos de forma lineal, incremental e inductiva<sup>5</sup>, sino que comienzan con el todo, el general, la predicción y el trabajo hacia la parte (Weinsheimer, 1985) y luego regresan de nuevo al conjunto (Paterson y Higgs, 2005).

Para Gadamer (1981), las claves de la comprensión de un texto no son la manipulación ni el control, como en el modelo científico, sino la participación del interprete en la interpretación y la apertura a los caminos interpretativos a los que lleve el texto (Paterson y Higgs, 2005). Tampoco lo es el conocimiento como tal, sino la experiencia. Para Gadamer (1981), el

---

<sup>5</sup> Inducción, abducción y deducción. El razonamiento inductivo comienza con observaciones que son específicas y de alcance limitado y procede a una conclusión generalizada que es probable, pero no cierta, a la luz de la evidencia acumulada. El razonamiento inductivo se mueve de lo específico a lo general. Gran parte de la investigación científica se lleva a cabo mediante el método inductivo: recopilación de evidencia, búsqueda de patrones y formación de hipótesis o teorías para explicar lo que se ve. Sin embargo, cabe puntualizar que ninguna cantidad de evidencia inductiva garantiza la conclusión. Esto se debe a que no hay forma de saber que se ha reunido toda la evidencia posible y que no existe más evidencia no observada que pueda invalidar mi hipótesis. El razonamiento deductivo comienza con la afirmación de una regla general y procede de allí a una conclusión específica garantizada. El razonamiento deductivo pasa de la regla general a la aplicación específica: en el razonamiento deductivo, si las afirmaciones originales son ciertas, la conclusión también debe ser cierta. El razonamiento abductivo generalmente comienza con un conjunto incompleto de observaciones y procede a la explicación más probablemente posible para el conjunto.

objetivo de la hermenéutica no es establecer reglas objetivamente válidas para la comprensión sino concebir la comprensión misma del modo más amplio posible. La hermenéutica no se preocupa por lograr una comprensión más correcta (y, por lo tanto, con establecer reglas para la interpretación válida) sino con comprender más profundamente y más valderamente (Palmer, 1969).

A modo de ejemplo, en Psicoanálisis, cuando el investigador se propone ahondar en un concepto psicoanalítico, generalmente, comienza por una exploración bibliográfica freudiana en la que precisa, ubica, revisa y compara los conceptos a investigar (Quintana 2016), lo que complementa con una interpretación y comparación de las bases teóricas de los textos seleccionados, intentando buscar que los diferentes textos, pertenecientes a distintos momentos teóricos, dialoguen entre sí. El investigador aborda la temática desde una lectura crítica, desplegando las ideas freudianas en toda su riqueza e innovación, pero señalando también sus obstáculos y contradicciones (Quintana, 2017).

En el campo del Derecho, también se emplea la hermenéutica para interpretar textos jurídicos, es decir fuentes legales primarias, con el propósito de explicar, evaluar o predecir decisiones judiciales o legislativas o desarrollar reformas legales (Sánchez Zorrilla, 2011). El objetivo es descubrir la ley o aplicar la ley descubierta a situaciones particulares (Dawson, 1991-1992). Para ello, se recurre a la interpretación de todos los elementos del texto, incluyendo los gramaticales, semánticos y extensivos. La tarea del investigador es tratar de descifrar lo más auténticamente posible el significado, actual, de la norma mediante el recurso a cada una de las dimensiones de la interpretación hermenéutica (Hutchinson y Nigel, 2012).

### **La práctica de la hermenéutica**

Si bien la hermenéutica rechaza los procedimientos y estándares rígidos del modelo científico resulta de utilidad explorar qué pasos puede seguir un investigador en la práctica para llevar a cabo una investigación en la que se aboque a interpretar textos desde la hermenéutica.

Estos pasos, que se enumeran para facilitar su lectura, no ocurren de modo lineal en el tiempo, sino que son parte de un proceso cíclico que continúa a lo largo de toda la investigación.

Al abordar un texto, 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 (McCaffrey, Raffin-Bouchal, y Moules, 2012). 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 (Berg & Lune, 2012). La investigación histórica se basa en una amplia variedad de fuentes, tanto primarias como secundarias, que van más allá de la interpretación de textos. Incluso, cuando el historiador analiza un texto, tanto sea como fuente primaria o como secundaria, su enfoque difiere radicalmente del hermenéutico. El historiador somete al texto a un análisis donde busca obtener evidencias y pruebas cuantificables para la validación del texto como fuente de eventos históricos que le permitan construir un relato de acontecimientos del pasado (Lundy, 2008).

En segundo lugar, es necesario recurrir a la reflexión (McCaffrey, Raffin-Bouchal, y Moules, 2012). 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 (McCaffrey, Raffin-Bouchal, y Moules, 2012).

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 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, descifrará los símbolos equívocos del texto, desempolvará 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 histórico y adaptándolo a la realidad contemporánea del investigador.

Por ejemplo, para interpretar la posición de Freud sobre el complejo de masculinidad a la luz del carácter de lo femenino (Quintana, 2015) es necesario contar con un conocimiento previo del Psicoanálisis en general y de las nociones de carácter y del complejo de castración (Quintana, 2015). Este conocimiento previo permitirá al investigador comenzar por seleccionar los textos en los que Freud (1925, 1933, 1931) trata el tema (Algunas consecuencias psíquicas de las diferencias anatómicas, La feminidad y Sobre la sexualidad femenina). Luego, el investigador deberá examinar con sensibilidad histórica el contexto en el que Freud escribió estos textos. Deberá, a modo de ejemplo, comprender la sociedad de fines del siglo XIX y principios del siglo XX, el rol de la mujer y del hombre en la sociedad de entonces, 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.

### **Conclusiones**

La metodología de investigación de las Ciencias Naturales y de las Ciencias Sociales, incluyendo la investigación cualitativa, resulta inapropiada para llevar a cabo investigaciones en ciertas disciplinas, tales como el Psicoanálisis, el Derecho, la Crítica Literaria y la Teología, cuando su objeto de estudio son textos disciplinares. La interpretación de textos requiere de un método apropiado dada la complejidad y especificidad subyacente en la comprensión histórica, dialéctica y lingüística de los mismos.

La hermenéutica proporciona una alternativa adecuada para la interpretación de los textos. La interpretación hermenéutica ha sido empleada en investigaciones en diversas disciplinas con resultados exitosos. Sin embargo, no en todos los trabajos de investigación se explicita su uso, en parte porque la investigación, particularmente la que tiene lugar dentro del ámbito académico, está dominada por el modelo científico de las Ciencias Naturales y sus adaptaciones a las Ciencias Sociales.

En la investigación hermenéutica, el investigador se involucra en un proceso dialéctico en el que explora la historia del texto, reflexiona focalizando la atención entre el texto y las estructuras de pensamiento del investigador, dialoga con el texto, interrogándolo y buscando respuestas a sus preguntas e interpreta el texto en un recorrido de ida y vuelta entre las partes y el todo del texto. Para ello, recurre a cada una de las dimensiones de la hermenéutica: la lectura, la explicación y la traducción, contando para a tales efectos con un sinnúmero de estrategias y procesos intelectuales que le permiten llegar a una comprensión profunda de los textos y así avanzar el conocimiento en la disciplina.

## Referencias bibliográficas

- Berg, B. L. & Lune, H. (2012). *Qualitative research methods for the social sciences* (8th ed.). Boston: Pearson.
- Bontekoe, R. (1996). *Dimensions of the hermeneutic circle*. Atlantic Heights, NJ: Humanities Press.
- Borsotti, C. (2009). *Temas de metodología de la investigación en Ciencias Sociales empíricas (Ideas en debate: serie educación)*. Buenos Aires: Miño y Dávila.
- Comte, A. (1865). *A General View of Positivism*. London: Trübner and Co.
- Denzin, Norman K. and Lincoln, Yvonne S. (2000, 2ed ed.). *Handbook of Qualitative Research*. London: Sage.
- Dilthey, W. (1988). *Introduction to the human science: An attempt to lay a foundation for the study of society and history* (R. J. Betzanos, Trans.). Detroit, MI: Wayne State University Press.
- Durkheim, E. (1895). *Les règles de la méthode sociologique*. Paris: Librairie Félix Alcan.
- Feyerabend. *Against methods*. (2010). Verso Books, 4th edition. First published in 1975.
- 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.), *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. Ed. Amorrortu.
- Gadamer, H. (1981). *Reason in the age of science*. Cambridge, MA: MIT Press.
- Gadamer, H. G. (1975). *Truth and method*. London: Sheed & Ward.
- Habermas, Jurgen (1970) – *On Hermeneutics’ claim to Universality*, in Mueller – Vollmer, Kurt: *The Hermeneutics Reader*, Blackwell, Oxford, 1985.

- Hermida, Julian (2006) "Teaching Criminal Law in a Visually and Technology Oriented Culture: A Visual Pedagogy Approach" *Legal Education Review*, 8, 153.
- Kuhn, Thomas (1996). *The structure of scientific revolution*. University of Chicago Press. First published in 1962.
- Luhmann, N. (1983). *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- Lundy, K. S. (2008). Historical Research. En L. M. Given (Ed.), *The SAGE Encyclopedia of Qualitative Research Methods: Volumes 1 & 2* (pp. 395-399). Thousand Oaks: SAGE Publications.
- McCaffrey, G., Raffin-Bouchal, S., & Moules, N. J. (2012). Hermeneutics as Research Approach: A Reappraisal. *International Journal of Qualitative Methods*, 214–229. <https://doi.org/10.1177/160940691201100303>
- Menand, L., Reitter, P. & Wellmon, C. (2017). *The Rise of the Research University: A Sourcebook*. Chicago: University of Chicago Press.
- Owji, Zohre (2013). Translation Strategies: A Review and Comparison of Theories, *Translation Journal*, Volume 17, No. 1.
- Palmer, R. E. (1969). *Hermeneutics: Interpretation Theory in Schleiermacher, Dilthey, Heidegger, and Gadamer*. Evanston, IL: Northwestern University Press.
- Paterson, M., & Higgs, J. (2005). Using hermeneutics as a qualitative research approach in professional practice. *The Qualitative Report*, 10(2), 339-357. Retrieved [Insert date], from <http://www.nova.edu/ssss/QR/QR10-2/paterson.pdf>.
- Piaget, J. *The Psychology of the Child*; Basic Books: New York, 1972.
- Quintana, L. (2015). “El carácter de lo femenino”, en las Memorias del VI Congreso internacional de Investigación y práctica profesional. Facultad de Psicología, Universidad de Buenos Aires, CABA, Argentina, págs.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, págs. 625-630.
- Quintana, L. (2017). “Carácter y trauma” en Memorias del VI Congreso Internacional de Investigación de Psicología, UNLP, Provincia de Buenos Aires, Argentina, págs.



625-630.

- Ricoeur, P. (1976). *Interpretation theory: Discourse and the surplus of meaning*. Fort Worth, Texas: Texas Christian University Press.
- Sánchez Zorrilla, M. (2011). La metodología en la investigación jurídica: Características peculiares y generales para investigar en el Derecho, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, No. 14, p. 317.
- Wachterhauser, B. (2002). "Getting it Right: Relativism, Realism and Truth," in *The Cambridge Companion to Gadamer* (ed. Robert J. Dostal; New York: Cambridge University Press, 77-78, n. 4.
- Weinsheimer, J. C. (1985). *Gadamer's hermeneutics: A reading of truth and method*. New Haven, CT: Yale University Press.

## *El proceso de mediación en el Poder Judicial de la CABA*

### *Algunas observaciones desde la óptica restaurativa*

Por Juan Bautista Libano<sup>6</sup>

Resumen: Actualmente la práctica de mediación se encuentra instituida en casi todas las jurisdicciones del país, sin embargo, su incorporación como método alternativo para la solución del conflicto en materia penal es bastante reciente, y el debate sobre su aplicación sobre esta rama del derecho sigue abierto. Sin embargo, en el ámbito de la justicia penal, contravencional y de faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se trata de un instituto que viene trabajando desde hace más de diez años, y actualmente el número de causas que son derivadas al Centro de Mediación es realmente significativo. En este sentido, la mediación constituye una herramienta fundamental para solucionar conflictos de manera pacífica. En el presente trabajo se explica, por un lado, cómo funciona el instituto en el ámbito de la CABA, y por el otro, se resalta la necesidad de realizar determinados cambios al mismo, basados en el modelo de la justicia restaurativa.

Palabras clave: mediación, delitos, justicia restaurativa, Ciudad de Buenos Aires.

### *The Mediation Process in the City of Buenos Aires Courts*

#### *Some Remarks from a Restorative Perspective*

#### Abstract

Mediation is a common practice in almost all Argentine jurisdictions. However, there is a clear resistance to incorporate it in criminal matters. In the City of Buenos Aires, mediation in criminal offences began over ten years ago, and currently the number of cases

---

<sup>6</sup> Filósofo y Abogado. Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Flores. Funcionario judicial del Poder Judicial de la CABA.

that are referred to the Mediation Center is quite significant. Mediation is a fundamental tool for resolving conflicts peacefully. This article explains how mediation works in the City of Buenos Aires. It also highlights the need to make certain changes based on the restorative justice model.

Keywords: mediation, crimes, restorative justice, Buenos Aires.

### **A modo de Introducción.**

*“No puede parecer irracional la propuesta de privilegiar, como reacción frente al delito, la restitución al statu quo ante. En verdad, ésta es, teóricamente, la respuesta ideal (...) bajo dos condiciones: que ello no perjudique, sino que coopere, con los fines propuestos para la pena estatal; que ella no provoque una nueva expropiación de los derechos de la víctima para resolver el conflicto”.<sup>7</sup>*

Julio Maier

En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la mediación fue considerada por la Convención Constituyente en el año 1996 cuando sancionó la Constitución de la Ciudad. De este modo, en el artículo 106<sup>8</sup>, al establecer la competencia

---

<sup>7</sup> Maier, Julio B.J., “La víctima y el sistema penal”, en AA.VV, “De los delitos y las víctimas”, Ad-Hoc 1992, pag.207 y ss.

<sup>8</sup> ARTICULO 106.- Corresponde al Poder Judicial de la Ciudad el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por esta Constitución, por los convenios que celebre la Ciudad, por los códigos de fondo y por las leyes y normas nacionales y locales, así como también organizar la mediación voluntaria conforme la ley que la reglamente. Ejerce esta competencia, sin perjuicio del juicio por jurados que la ley establezca.

del Poder Judicial local, señala que le corresponde organizar la mediación voluntaria conforme la ley que la reglamente.

Posteriormente, el instituto fue incluido en el Código Contravencional<sup>9</sup>, en el Código Procesal Penal<sup>10</sup>, y en el Régimen Procesal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires<sup>11</sup> como método solución de conflictos.

Administrativamente la puesta en marcha del instituto estuvo en cabeza del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.<sup>12</sup> En este sentido, frente al crecimiento exponencial de los casos derivados, en febrero de 2013 se dictó la Resolución

---

<sup>9</sup>El Art. 41 de la Ley 1472 regula la conciliación o autocomposición para el caso de que el imputado/a y la víctima lleguen a un acuerdo sobre la reparación del daño o resuelven el conflicto que generó la contravención y siempre que no resulte afectado el interés público o de terceros. La conciliación o autocomposición puede concretarse en cualquier estado del proceso, y el juez debe homologar los acuerdos y declarar extinguida la acción contravencional. Respecto de la mediación el fiscal puede solicitar el asesoramiento y el auxilio de personas o entidades especializadas para procurar el acuerdo de las partes en conflicto o instar a los interesados para que designen un mediador. Por su parte el Art. 15 de la Ley 12 (Procedimiento contravencional) establece que el damnificado o damnificada por alguna contravención no es parte en el proceso ni tiene derecho a ejercer en este fuero acciones civiles derivadas del hecho. Tiene derecho a ser oído por el o la Fiscal, a aportar pruebas a través de éste y a solicitar conciliación o autocomposición.

<sup>10</sup>El Art. 204 del CPPCABA establece que: *en cualquier momento de la investigación preparatoria y hasta que se formule el requerimiento de juicio el/la Fiscal podrá: (...) 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. 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 efectuaren dentro de un grupo familiar conviviente, aunque estuvieren constituidos por uniones de hecho (artículo 8 de la Ley 24417 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. El acuerdo de mediación o composición implicará la resolución definitiva del conflicto y no podrá estar sometido a plazo ni regla de comportamiento alguna. 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. En caso de acuerdo el/la Fiscal dispondrá el archivo de las actuaciones sin más trámite.* (Conforme art. 46 de la Ley N° 6020, BOCBA N° 5490 del 01/11/2018)

<sup>11</sup>El Título VIII del Régimen Procesal Penal Juvenil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires regula las vías alternativas de resolución de conflictos, siendo que el art. 53 establece que dichas vías son la mediación y la remisión. Por su parte, el art. 25 establece que la pena a un menor de edad se impone como último recurso y que se debe procurar a la resolución del conflicto.

<sup>12</sup>En una primera instancia, durante el año 2006, el Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires aprobó la puesta en marcha del "Programa de Implementación del Cuerpo de Mediadores de la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires"

de Presidencia N° 105/2013 que creó el Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos.<sup>13</sup>

La Dirección General del Centro de Mediación tiene, entre otras funciones, la de impulsar y desarrollar las intervenciones del Centro en el ámbito del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, la de mantener una vinculación necesaria con magistrados y funcionarios de los distintos fueros del Poder Judicial de la Ciudad y la de articular con las máximas autoridades del Ministerio Público la prestación del servicio de mediación y otros métodos alternativos de solución de conflictos.<sup>14</sup>

Hoy, el número de causas que son derivadas al Centro de Mediación en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es realmente significativo.<sup>15</sup> Sin embargo, a pesar de los aspectos positivos, y las soluciones del conflicto para algunos casos concretos, se advierten cuestiones estructurales que podrían mejorarse a fin de optimizar el servicio de justicia.

El presente trabajo resalta la necesidad de realizar determinados cambios al instituto de la mediación, basados en el modelo de la justicia restaurativa, a fin de lograr dicha optimización. En este sentido, se parte de la base de que, si bien el mencionado instituto no es propiamente restaurativo, podría ser transformado incorporando algunas reformas puntuales.<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> El Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos depende funcionalmente del Plenario del Consejo de la Magistratura, como así también el Cuerpo de Abogados Mediadores y el Equipo Interdisciplinario. Durante 2014, se modificó la estructura del Centro de Mediación, creándose mediante la Resolución de Presidencia N° 1188/2014 una Dirección General en lugar de la presidencia. Asimismo, mediante Resolución del Plenario de Consejeros N° 177/2014, se designó un Consejero Coordinador. Las áreas del Centro de Mediación, además del Consejero Coordinador, han quedado integradas por una Dirección General, de la cual dependen el Departamento de Políticas en Materias Especiales y Apoyo Técnico Operativo y la Dirección del Centro de Mediación. De esta Dirección dependen tres departamentos, el Departamento de Coordinación del Cuerpo de Abogados Mediadores y Equipo Interdisciplinario; el Departamento de Intervención en Conflictos Complejos Multiparte y el Departamento de Gestión Administrativa.

<sup>14</sup> Fábregas, D. *El Proceso de mediación en el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*. Editorial JUSBAIRES. CABA. 2015.

<sup>15</sup> Ver al respecto los “Anuarios Estadísticos de Mediación” elaborados por la Oficina de Estadísticas del Consejo de la Magistratura, publicados en la página [www.jusbaires.gob.ar](http://www.jusbaires.gob.ar).

<sup>16</sup> Hay quienes consideran que la mediación penal en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se enmarca dentro de un programa de justicia restaurativa (ver al respecto: Mazzeo, P. “la mediación penal como un programa de justicia restaurativa”, en Fábregas, Op. Cit. Pág. 65). No compartimos este criterio, por las razones que se expondrán en el presente artículo.

## **Derecho Penal y gestión de los conflictos: la crisis de un modelo obsoleto.**

Sabido es que la justicia por mano propia no está permitida en el Derecho, y que por eso la jurisdicción es la facultad otorgada a los jueces para administrar justicia. Sin embargo, en los casos regulados por la legislación penal, a veces, no se vislumbra de manera clara que criterio sería propiamente “justo” aplicar.

Dicho problema se relaciona con el sentido que se le otorga a la pena, o al castigo, y el pretendido fin resocializador que proclama<sup>17</sup>. Nuestro sistema penal hunde sus raíces en la línea histórica europea, y los antecedentes de la pena nos remiten al orden medieval en dicho continente<sup>18</sup>. En este sentido, más allá de los discursos progresistas, en la Modernidad, la reformulación del castigo/suplicio social reproduce la lógica de los dispositivos de control de antaño.<sup>19</sup>

Por ello, frente a los tipos específicos de conflicto que caen dentro de la órbita del derecho penal, el Estado reacciona, en la mayoría de los casos, bajo la estructura epistemológica, y basado en los supuestos éticos, que dan sustento a una lógica sancionatoria que se cristaliza en el viejo dispositivo de la pena.<sup>20</sup>

A ello se suma que, como señala Howard Zehr, el sistema actual está impulsado en parte por una subyacente compleja industria de la administración de justicia con un fuerte interés en mantener el *statu quo*. En este sentido, los procesos políticos y la forma en que los medios de comunicación presentan el problema de la inseguridad alimentan una fuerte pretensión punitiva.

---

<sup>17</sup> El Artículo N° 18 de la Constitución Nacional establece que: (...) *las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice.*

<sup>18</sup> En el orden social medieval, fuertemente teocéntrico, la referencia a los Tribunales de la Inquisición es particularmente necesaria. En tal marco, los suplicios públicos ocupaban el lugar de la estructura-estructurante, es decir de la unidad que puede informar desde ella a las partes que la rodean. En tal marco, eran comunes los suplicios públicos (contrariamente, los juicios eran ocultos)

<sup>19</sup> De este modo, el dispositivo de la pena exhibe parentesco histórico y estructural con la lógica religiosa del pecado y el castigo.

<sup>20</sup> Entre los elementos que comparte la estructura “pecado – suplicio” con su sucesora “delito – pena” se pueden destacar los siguientes: 1) la condición individual del sujeto (las responsabilidades sociales, grupales, etc. se diluyen); 2) la necesidad de imposición de un castigo como expiación, con el objeto de hacer “pagar por el error cometido”; 3) la intervención de un tercero que intercede dilucidando el hecho unguido de autoridad (el juez, el sacerdote, un pastor, etc.).

Sin embargo, hace tiempo que los teóricos del derecho penal vienen denunciando que la pena no cumple con el fin que se propone, y que, en el marco de una sociedad con altos índices de desigualdad social, políticas de endeudamiento, e impunidad para ciertos sectores sociales o determinado tipo de delitos (como los de cuello blanco, los ecológicos, etc.), solo sirve para identificar culpables que funcionan como chivos expiatorios.<sup>21</sup>

Este panorama se da en el marco de lo que se llama “la crisis de la Modernidad”<sup>22</sup>, bajo la cual se pone en cuestionamiento la autoridad para organizar la vida en sociedad, componente central de la potencia estatal para instituir subjetividades. Por ello, el ocaso de la pena, es decir, de la sanción penal que ya no tiene la eficacia que alguna vez tuvo, excede la lógica penal, y debe entenderse dentro de un contexto dentro del cual se encuentra inscripta.<sup>23</sup>

Estas consideraciones son analizadas por el profesor Roberto Gargarella<sup>24</sup> en un artículo titulado “*El Derecho y el castigo: de la injusticia penal a la justicia social*”, en el cual examina la legitimidad de la coerción estatal en condiciones de injusticia social, e introduce la noción de alienación legal<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> Se trata de lo que se conoce como “derecho penal del enemigo”, y consiste en la construcción de un estereotipo de criminal que, con su sola presencia, amenazaría a la sociedad, conformada por la “gente de bien”. Lo fueron las brujas en el medioevo, y lo son actualmente determinados grupos de ciudadanos que cumplen algunos estereotipos.

<sup>22</sup> Conceptualizada de diversas maneras (Modernidad Líquida según Bauman, Postmodernidad según Lyotard, Segunda Modernidad según Beck, etc.), la crisis pone énfasis en la deconstrucción del sujeto racional moderno, identificado por Protágoras como «la medida de todas las cosas», por Descartes como punto fundante de todo conocimiento, y luego elevado por el Renacimiento italiano a nivel de modelo universal (representado por Leonardo da Vinci en el Hombre vitruviano). Ese ideal, que simbolizaba la imagen de la perfección corporal, y una serie de valores intelectuales, discursivos y espirituales vinculados con el emblema evolucionista, para la posmodernidad, se ha desarrollado históricamente como un modelo hegemónico de civilización, que ha plasmado la idea de Europa como centro del mundo. La pretensión de universalizar su propio paradigma eurocéntrico es contraria a la lógica del multiculturalismo y el respeto a las diferencias, ya que la “diferencia” es entendida en sentido peyorativo, como inferioridad respecto de las personas marcadas como “otras”.

<sup>23</sup> La crisis se hizo visible sobretudo en la institución carcelaria, ejemplo de progresivo deterioro e ineficacia del sistema. Al respecto vale la pena leer: Foucault, Michel. *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*.- 1a, ed.-Buenos Aires. 2002, Siglo XXI Editores Argentina.

<sup>24</sup> Gargarella, R. *El Derecho y el castigo: de la injusticia penal a la justicia social*. En Revista Derechos y Libertades. N° 25. Madrid, Universidad Carlos III Archivo. 2011.

<sup>25</sup> Para Gargarella en casos de fuerte injusticia social, corremos el serio riesgo de que el Estado comience a mimetizarse con –o a representar exclusivamente– a los sectores más favorecidos por la desigualdad, a asumir su voz y a hablar como ellos, eso es lo que él denomina “alienación legal”. Gargarella utiliza el concepto de “alienación legal” también para referirse a situaciones de sistemática violación de derechos básicos que comprometen al sistema legal, En las situaciones de alienación legal, toda o parte de la comunidad tiene razones para ver al derecho como algo ajeno, como una creación extraña que amenaza o ignora los propios intereses, en sus aspectos más fundamentales. Un grupo enfrenta una situación de alienación legal cuando ha sido privado de ciertos derechos humanos básicos de modo sistemático, a lo largo del tiempo. En este sentido, podríamos

Según el profesor:

*“Los casos en los que el derecho habla, imponiendo su fuerza, en el marco de un contexto definido por la pobreza y desigualdad, un contexto que, llamaré aquí, de injusticia social extrema (...) En estas situaciones tan comunes, de profunda injusticia social, los problemas generales que encontramos para justificar el castigo se tornan mucho más serios, y nos obligan a preguntarnos sobre la validez misma de las normas –o la estructura de normas– vigentes, que se nos presentan como legítimas.”<sup>26</sup>*

De este modo, como se aprecia en el párrafo transcrito, para Gargarella, la profunda injusticia social deslegitima la justificación de la imposición de un castigo. Por ello, en sociedades tan desiguales como la nuestra, las relaciones vinculares de mando-obediencia sufrieron una transformación que refleja el referido ocaso del sistema. La sanción penal ya no tiene la eficacia simbólica que alguna vez pudo tener. En este sentido, explica, si décadas atrás el ciudadano que se encontraba ante un legislador, un juez o un comisario percibía estar frente a una autoridad, en la actualidad, esto no sucede.<sup>27</sup>

La posición de Gargarella sirve para interpelar nuestra propia concepción sobre el derecho penal, y repensar la actitud que deberíamos adoptar respecto de la gestión de determinados conflictos. Por eso, coincidimos con el profesor cuando dice que:

*“(...) no podemos seguir actuando como muchos de los mejores teóricos y practicantes del derecho penal moderno, que son conscientes del carácter viciado y difícilmente justificable de las normas penales dominantes, pero siguen operando con ellas, y actuando como si su única respuesta posible, frente al*

---

sostener que, del mismo modo que tenemos razones morales y democráticas para no obedecer, resistir y confrontar la legislación proveniente de una dictadura –legislación vigente por la fuerza, pero esencialmente inválida– tenemos razones para desafiar una normativa comprometida con la violación sistemática de los derechos fundamentales de toda o parte de la población.

<sup>26</sup> Gargarella, R. Op. Cit.

<sup>27</sup> En igual sentido Rousseau sostenía que en situaciones de fuerte desigualdad, las personas dejan de compartir visiones, necesidades e intereses comunes, y se torna imposible alcanzar algo así como la “voluntad general”. Para el filósofo, en dicho contexto el derecho ya no puede constituirse en reflejo de las aspiraciones de todos y la ciudadanía comienza a perder identificación con la ley, al tiempo que se diluyen sus razones para sentirse obligado por ella.



*escándalo que protagonizan, fuera el de minimizar los aspectos más terroríficos resultantes de las normas que avalan con su tarea diaria”.*<sup>28</sup>

Por todo ello, cuando reflexionamos sobre las alternativas para mejorar el sistema penal y el servicio de justicia, resulta imperante adoptar otra actitud frente al problema que se deposita en manos de los operadores judiciales, e incorporar otro tipo de procesos de gestión de los conflictos para algunos casos. Sobre todo, en aquellos casos en los cuales el derecho penal, por su propia naturaleza, no puede resolver, y que, sin embargo, en un raptor punitivo, y por meras cuestiones de política criminal, a veces son colocados bajo su órbita<sup>29</sup>.

Es en aquellos supuestos, donde resulta más sensato apelar a las salidas alternativas del conflicto que el propio derecho penal ofrece. La mediación, en este sentido, se consolida como una herramienta eficaz a dicho propósito. Sin embargo, como veremos, se trata de un instituto que presente fortalezas y debilidades.

### **La mediación como herramienta de gestión de conflictos: fortalezas y debilidades.**

La mediación no es una novedad en la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se trata de un instituto que viene trabajando hace más de diez años. Hoy, constituye una herramienta fundamental para solucionar conflictos de manera pacífica, es decir, de humanizar soluciones acercando a las partes. En el mejor de los casos, puede conceder al imputado la oportunidad de resarcir el daño causado, apelando a la paz social, liberándolo del estigma de la sanción penal, suspendiendo el ejercicio de la potestad punitiva estatal.

Sin embargo, no se trata solamente de centrar la atención en el resultado. La mediación acentúa la escucha y la comprensión entre las partes. En este sentido, si bien se busca la satisfacción de cada uno de los participantes, una buena mediación tendría que

---

<sup>28</sup> Gargarella, R. Op. Cit.

<sup>29</sup> Consideramos casos que entran dentro de esta categoría, excediendo el propósito de este trabajo aclarar las razones, tipos penales como el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, la tenencia de estupefacientes para consumo personal, y algunos tipos de lesiones culposas por accidentes de tránsito, entre otros. En el caso de las contravenciones la lista es más numerosas, incluyendo entre otras, las actividades de mera subsistencia, como la penalización del cuidado de automóviles en la vía pública, la venta ambulante, la oferta y demanda de sexo en la vía pública, etc. Capítulo aparte merece la criminalización de la protesta social.

ayudar no solo a solucionar el conflicto, sino que también contribuir a evitar que en el futuro se generen nuevos.

En materia penal, en el ámbito de la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el instituto se encuentra regulado en el Código Procesal local, y está previsto como una salida alternativa al proceso en una etapa insipiente de la investigación penal preparatoria. Sin embargo, su reglamentación en el código de forma no le resta peso, sino que, por el contrario, le imprime un dinamismo específico y le otorga más concreción. Asimismo, su normativización otorga mayor seguridad jurídica, acompañando el fin social propio del Derecho Procesal Penal.<sup>30</sup>

Ahora bien, el art. 204 del CPPCABA prevé la posibilidad de que las partes solucionen el conflicto en una audiencia de mediación. El sistema funciona bastante bien. Lo “malo” es que la norma establece que está es una facultad del Fiscal, y no de las partes, por lo que si esté no tiene voluntad no se activa el mecanismo. Por ejemplo, en los casos de violencia doméstica, o de género, existe un criterio de actuación de política criminal del Ministerio Público Fiscal que les prohíbe intentar acercarse a las partes.

En este sentido, desde una óptica restaurativa, sería óptimo lograr la ampliación de posibilidades que autoricen a dar mayor extensión a la mediación penal, delimitando el poder discrecional de los órganos de persecución, instando a la posibilidad de participación comunitaria para promover la pacificación y erradicar la violencia.

Por otro lado, también existen una serie de cuestiones que limitan la funcionalidad del sistema, como, por ejemplo, que se le exija a la víctima que comparezca acompañada de un abogado, lo que muchas veces no solo la coloca en una situación de

---

<sup>30</sup> En este sentido, vale recordar la opinión del Dr. Julio Maier, para quien la función del Derecho Procesal Penal, en su sentido político o material, tiene en cuenta el fin social que cumple, como rama jurídica, dentro del orden jurídico de un Estado. Maier divide tal función en tres objetivos claros: 1) la realización del Derecho penal material, 2) la protección de las personas, y fundamentalmente 3) la recomposición de la paz y seguridad jurídicas. En este último objetivo se centra la idea de que toda la regulación del procedimiento tiende a obtener el acto que resuelva definitivamente el conflicto social en el cual reside la imputación penal, dándole respuesta. Y esa decisión, por fuerza de las mismas reglas del derecho procesal, culmina la discusión y el conflicto, cualquiera sea la etapa del proceso, siempre que sea tal decisión la culminación exitosa de los fines que propone. Ver al respecto: Maier, J. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Fundamentos. Editores del Puerto. págs. 91/92.

desventaja<sup>31</sup>, sino que imposibilita a los mediadores cerrar acuerdos, por más que exista consenso entre las partes.<sup>32</sup>

De estas limitaciones nos ocuparemos en lo que sigue, entendiendo que son las que alejan el instituto de los dispositivos y principios de la justicia restaurativa.

## **Diferencias entre la mediación y los dispositivos restaurativos**

La Justicia Restaurativa sirve para pensar la gestión de los conflictos socio-judiciales. En las diferentes formas que en la práctica puede adoptar, siempre procura liberarse de las restricciones propias del régimen sancionatorio, y problematizar la tradicional resolución adversarial de los conflictos.

En este sentido, sirve para estimular el desarrollo de un amplio abanico de posibles soluciones no punitivas, incluyendo algunos procedimientos ya tradicionales. De esta manera, podemos encontrar múltiples modelos o prácticas restaurativas en distintos ámbitos, como centros escolares, lugares de trabajo, etc.

Ahora bien, existen dos mecanismos típicos de la justicia restaurativa: las conferencias familiares y los círculos de paz. Los mismos, si bien pueden entenderse como adaptaciones de las prácticas tradicionales, por su propia dinámica, nunca podrían ser considerados réplicas de estas. En el caso de la mediación, en cambio, hay razones de peso que nos hacen pensar que no podría ser incluida dentro de los dispositivos restaurativos, y que constituye una réplica de las prácticas tradicionales.

---

<sup>31</sup> La situación de desventaja se vincula con que se pone en cabeza de la víctima la carga de buscar un profesional que la asista, mientras que al imputado, sin que tenga que hacer nada, se le designa un defensor oficial para el caso que no designe un abogado particular. A muchas víctimas que se encuentran en estado de extrema vulnerabilidad les resulta muy complicado encontrar un patrocinio gratuito o movilizarse hasta donde estos atienden al público. En este sentido, las víctimas terminan dependiendo de la asistencia de la Oficina de Asistencia a la Víctima del Ministerio Público Fiscal, que debe recibir la instrucción del Fiscal para intervenir en el caso, si este lo cree adecuado.

<sup>32</sup> Un caso muy particular se da cuando, en las causas donde se imputa el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, los fiscales entienden que se trata de un tipo específico de violencia de género (violencia económica) y, por tanto, de acuerdo a los criterios de actuación de la Fiscalía General, no están de acuerdo con intentar una mediación. Pero puede que las partes tengan voluntad de solucionar el conflicto (en algunos casos la propia víctima solicita una audiencia), y que el Juez convoque a las partes. En estos casos la Fiscalía no ordena la asistencia de la Oficina de Asistencia a la Víctima, y los mediadores no cierran los acuerdos -por más que haya consenso- porque la víctima no está “asistida”.

Ello así porque, si bien la mediación tiene algunas similitudes con la Justicia Restaurativa, y se basa en algunas de las mismas habilidades, en lo específico, entendemos que no tienen mucho en común.<sup>33</sup> De este modo lo entiende Howard Zehr, quien en su obra *El pequeño libro de la justicia restaurativa*<sup>34</sup> se encarga de aclarar que la justicia restaurativa no es una mediación. En una entrevista realizada por Virginia Domingo de la Fuente<sup>35</sup>, el pensador refiere que es un problema equiparar las dos, y brinda los siguientes argumentos:

1) Rendición de cuentas: Para Zehr, en la mediación, es tentador hacer caso omiso de los problemas de justicia subyacentes. La mediación, explica, implica una especie de campo de igualdad moral de juego entre los participantes. Sin embargo, si alguien ha perdido un hijo asesinado y va a encontrarse con la persona que lo mató, es muy problemático pensar en un encuentro de esta manera. Para la justicia restaurativa alguien ha hecho algo terrible a otra persona y este daño debe reconocerse. En este sentido, si bien el facilitador de Justicia Restaurativa debe preocuparse igualmente por ambas partes no resulta útil tratarlos de forma similar. La Justicia Restaurativa implica también un componente de rendición de cuentas que a menudo está ausente en la mediación.

2) Reparación del daño: El componente de rendición de cuentas considerado en el punto anterior se vincula con la premisa de reparación del daño, que puede estar ausente en un proceso de mediación. Zehr explica que sólo trabajando con el infractor podemos favorecer su asunción de responsabilidad su voluntad de querer reparar el daño, como paso previo para su transformación en una persona alejada del delito. En este sentido, vemos la relevancia de ciertos principios y valores morales que por lo general están ausentes en la mediación. La reparación del daño se vincula con entender las necesidades de cada víctima,

---

<sup>33</sup> Por supuesto muchas veces se presentan distintos tipos de programas de justicia restaurativa poniendo como ejemplo la mediación, así como las conferencias de grupos familiares y comunidad, sentencias en círculos, libertad condicional reparadora, foros de justicia indígena, etc. Sin embargo, es de destacar que en todos esos casos, los programas de justicia restaurativa complementan el sistema penal (no lo reemplazan), y pueden aplicarse en cualquier momento del proceso (antes de los cargos, después de presentados ellos, en la etapa de juicio, o en el nivel de corrección). Esto no sucede en el caso de la mediación penal, al menos en el ámbito de la CABA, donde solo puede intentarse en una etapa incipiente de la investigación. Otros atributos comunes a dichos programas son la participación de la víctima y el victimario, el reconocimiento de la responsabilidad por parte del victimario, la posibilidad de reparación del daño, las disculpas, etc. Todo ello sí puede surgir de una mediación en el ámbito local.

<sup>34</sup> Zehr, H. *El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*. Pág. 12. Disponible en: [https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/el\\_pequeno\\_libro\\_de\\_la\\_justicia\\_restaurativa.pdf](https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/el_pequeno_libro_de_la_justicia_restaurativa.pdf)

<sup>35</sup> Entrevista disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4063101.pdf>

por eso hay que escucharlas y hacerlas sentir entendidas, que no están solas, procurando conseguir que sus necesidades sean satisfechas. Todo ello brindando la información necesaria a fin de que estén dispuestas a ser constructivas durante el encuentro, y no utilizar la reparación como una forma de “castigar” a los delincuentes.

3) Participantes: La justicia restaurativa se basa fundamentalmente en encuentros restaurativos, que pueden darse entre la víctima y el infractor, pero que también pueden incluir a más afectados, como, familiares y allegados, u otros miembros de la comunidad. Aquí podemos encontrar una diferencia con la mediación, donde los encuentros se reducen exclusivamente a la víctima y al infractor.

4) Encuentros presenciales: Howard Zehr explica que los encuentros cara a cara son fantásticos, pero que no siempre son posibles o adecuados. En este sentido, es importante brindar opciones, sobre todo a las víctimas, y ser creativos, guiados por los valores y principios de la Justicia Restaurativa. Por eso, si bien todas las víctimas deben tener el derecho a reunirse con la persona que les ha hecho daño u ofendido, siempre hay que garantizar que esto pueda hacerse de manera segura, y evitar hacerlo si no están dadas las condiciones. En igual sentido, puede ocurrir también que la víctima no quiera participar en un encuentro restaurativo, o no necesite nada para sentirse reparada, o que el infractor no quiera asumir su responsabilidad, etc. Explica Zehr que en esos casos no hay que dejar abandonada a una de las partes, negándole la posibilidad de ser ayudada a través de la justicia restaurativa. Aquí hay otra diferencia con la mediación, ya que la justicia restaurativa puede trabajar con las víctimas o con los infractores por separado, o usar representantes o sustitutos.

5) El rol del facilitador: Los encuentros restaurativos se realizan bajo la dirección de facilitadores que guían y supervisan el proceso, buscando siempre el equilibrio entre los intereses de las distintas partes. A diferencia de los árbitros o mediadores, los facilitadores no intentan imponer un acuerdo entre las partes.

En resumen, en base a los puntos desarrollados, si bien entendemos que existen dentro del sistema penal institutos no adversariales de resolución de conflicto que se insertaron dentro del proceso judicial con una lógica interna específica, como es el caso de

la mediación<sup>36</sup>, consideramos que no constituyen propiamente institutos restaurativos. Sin embargo, y a pesar de ello, estamos convencidos que podrían ser transformadas a la luz de la lógica propia de la "Justicia Restaurativa".

### **Conclusión: Algunos aportes al mejoramiento de la herramienta desde el enfoque de la Justicia Restaurativa**

La lógica restaurativa propone dejar atrás las visiones tradicionales del Derecho Penal (de acto y de actor<sup>37</sup>) para desarrollar sistemas de pensamiento-acción centrados en el daño producido, considerándolo de manera polifacética. En este sentido, la relación víctima-victimario remite a una lógica causal específica (binaria) que la Justicia Restaurativa intenta superar. De allí que se centre en el "daño", en sus diferentes caras.

Howard Zehr, siguiendo esta idea, sostiene que la justicia restaurativa es una mezcla de los mejores enfoques tradicionales y la sensibilidad de los modernos derechos humanos. Lo restaurativo, en este sentido, está más relacionado con la pretensión de investir a los procedimientos judiciales según horizontes de pacificación social antes que de acuerdos de intereses.<sup>38</sup>

De este modo, la justicia restaurativa ofrece una manera concreta de pensar la justicia dentro del marco de la teoría y práctica de la transformación de conflictos o construcción de la paz. Los principios que la orientan pueden proporcionar un modelo concreto con el cual abordar los distintos problemas de justicia implicados.

---

<sup>36</sup> Podría agregarse otras como la Negociación, el Arbitraje, etc.,

<sup>37</sup> El derecho penal en un momento se centró en las características de los sujetos, dando lugar al que se conoce como Derecho Penal de Autor, contexto de pensamiento en el cual la sanción tenía lugar por lo que el hombre era (sus características personales, sus condiciones, etc.). En un segundo momento, ya como avance democrático significativo, se centra en el acto (los actos del sujeto) dando lugar al hoy dominante Derecho Penal de Acto.

<sup>38</sup> En consecuencia, explica, no se confunde con -por ejemplo- el resarcimiento económico de algunos daños, sino que toma a éstos en su condición polifacética, con énfasis en la restauración de los vínculos sociales. Y retoma la discusión respecto del Estado-Nación con su condición de meta-institución, incluyendo sus posibilidades efectivamente reguladoras en un marco de disputa de poderes con esa entelequia a la que venimos conociendo como el mercado. Y si abre el debate respecto de los lazos Estado-Mercado, también los abre en términos interculturales, procurando imaginar soluciones que tengan en cuenta la perspectiva de los actores, con sus tradiciones, sus pautas comportamentales, dentro del marco pautado desde la perspectiva de Derechos Humanos.

Ahora bien, todos estos principios que orientan de una manera particular los mecanismos restaurativos<sup>39</sup> podrían ser trasladados a la mediación penal, siempre y cuando se reformen ciertas cuestiones básicas relacionadas con los puntos ya tratados. En este sentido, es importante que el encuentro gire en torno a la rendición de cuentas por parte del ofensor, asumiendo voluntariamente su responsabilidad a fin de lograr la reparación del daño causado.

Justamente, lo substancial del encuentro debe residir en el reposicionamiento subjetivo de las partes ante lo sucedido. Es decir, en el cambio de actitud que cada participante, como sujeto social, debería asumir desde el punto de vista de la respuesta que está dispuesto a comprometer ante el otro.

De este modo, para resolver cualquier tipo de injusticia, hay que considerar que la mediación penal tendría que lograr, al menos, los siguientes tres objetivos: 1) que se reconozca el daño o la injusticia; 2) que se restaure la equidad; y 3) que se discutan los planes y expectativas para el futuro. El encuentro de mediación tendría que ofrecer entonces la oportunidad para que las víctimas expresen la injusticia sufrida, y para que los ofensores la reconozcan.<sup>40</sup>

El encuentro de mediación, además de cumplir con dichos objetivos, debería tender a garantizar los siguientes requisitos, que son propios de cualquier modelo de conferencia restaurativa: 1) permitir que las preguntas sean abordadas en el contexto de un encuentro mediado por un facilitador; 2) que la participación de las partes sea enteramente voluntaria, y 3) que el ofensor reconozca, por lo menos, algún grado de responsabilidad.

En igual sentido, el instituto debería tender la ampliación de su intervención, no solo actuando en una etapa determinada del proceso, y no dependiendo exclusivamente de la voluntad del representante del Ministerio Público Fiscal. De este modo, los casos podrían ser remitidos por la policía, la comunidad, el fiscal, el patronato de liberados, cualquier oficina de control de pautas, el juzgado, las prisiones, etc.

---

<sup>39</sup> Hay tres modelos de conferencias que han tendido a dominar la práctica de la justicia restaurativa: las conferencias víctima-ofensor, las conferencias familiares y los círculos. Sin embargo, estos modelos tienen importantes elementos en común y se han ido entremezclando cada vez más dando origen a otras formas de programas alternativos, programas terapéuticos o de sanación, programas de transición, etc.

<sup>40</sup> Resultados como la restitución o las expresiones de arrepentimiento ayudan a que las personas “queden a mano”, es decir, se restauren la equidad. Pero generalmente, también es necesario discutir las interrogantes o dudas acerca del futuro. Sería importante, en este sentido, que la mediación tenga en cuenta estos aspectos.

Otro aspecto importante que puede aportar el enfoque de la justicia restaurativa se vincula con el lenguaje a utilizar y el modo de operar con palabras. Lo comunicacional caracteriza de especial manera a la Justicia Restaurativa. La comunicación, desde este enfoque, es genuina en la medida en que no usa al otro como instrumento de obediencia procesal y/o substancial, sino que intenta cooperar para transformar las situaciones desde una perspectiva de redistribución de responsabilidades.

En este sentido, es valioso el aporte que hace John Langshaw Austin, en su obra “Cómo hacer cosas con palabras”<sup>41</sup>, en donde atiende la diferencia entre distintos actos de habla con énfasis en el impacto sobre los sujetos y sus situaciones, postulando la existencia de actos locutivos, ilocutivos y perlocutivos.<sup>42</sup>

Los actos perlocutivos, para Austin, tienen efecto transformador, y este es justamente uno de los objetivos que busca la justicia restaurativa. Los distintos dispositivos restaurativos son tales en la medida en que logran reacomodamientos subjetivos e intersubjetivos simultáneos. Así, la profundización empática de los vínculos se transforma en condición necesaria en cuyo marco las palabras –y la escucha- son centrales.<sup>43</sup>

Las relaciones humanas basadas en la lógica de mando-obediencia (como los sistemas judiciales) obstaculizan el desarrollo de la autonomía progresiva. Por el contrario, debería instalarse como regla general la construcción conjunta de soluciones restaurativas y, sólo como estricta excepción, apelar a la citada relación de mando-obediencia.

Por último, a modo de cierre, proponemos una serie de preguntas que podrían ser formuladas cuando tengamos dudas respecto del carácter restaurativo de un encuentro, que

---

<sup>41</sup> Austin, J. (1956). *Cómo hacer cosas con palabras*. Edición Electrónica. Chile, Universidad Arcis. Archivo disponible en: [https://aulavirtual3.unl.edu.ar/moodle/pluginfile.php/132111/mod\\_resource/content/1/Austin%2C%20J.%20%281956%29.%20C%20C3%B3mo%20hacer%20cosas%20con%20palabras.%20Edici%C3%B3n%20Electr%C3%B3nica.%20Chile%20Universidad%20Arcis.pdf](https://aulavirtual3.unl.edu.ar/moodle/pluginfile.php/132111/mod_resource/content/1/Austin%2C%20J.%20%281956%29.%20C%20C3%B3mo%20hacer%20cosas%20con%20palabras.%20Edici%C3%B3n%20Electr%C3%B3nica.%20Chile%20Universidad%20Arcis.pdf)

<sup>42</sup> Los locutivos solamente producen sonidos mediante la utilización de determinados vocablos. Por ejemplo, decir “tengo hambre”, sin más, no produce movilización alguna. Los Ilocutivos, en cambio, conllevan alguna intencionalidad a partir de la locución, es decir que el sujeto dice, pero movilizándolo un interés específico. La expresión “tengo hambre” formulada por un niño frente a su madre busca lograr algo, sin quedar en la mera producción de sonidos. Cuando dicha expresión logra que la madre alimente al niño nos encontramos frente a un ejemplo de acto de habla perlocutivo, es decir con efecto transformador.

<sup>43</sup> Los efectos perlocutivos no deben ser unidireccionales, pues el daño que se intenta reparar es –per se- polifacético. La concepción de causalidad tiende por la propia naturaleza del enfoque restaurativo a considerar todo hecho como efecto final de procesos complejos en los cuales diversas responsabilidades son identificables. Es por ello que cada aspecto del daño necesita ser puesto en discusión desde distintas perspectivas. Así, no procede la reducción de los procedimientos a la utilización de la fuerza estatal bajo, por ejemplo, distintas mimesis.



sirven también para evaluar la efectividad y alcance de este: ¿se tratarán los daños, las necesidades y las causas de la ofensa?, ¿se centrará adecuadamente en la víctima?, ¿instará a los ofensores a asumir la responsabilidad por sus acciones?, ¿involucrará a todas las partes pertinentes?, ¿existirán oportunidades para dialogar y tomar decisiones de manera participativa?.

## **Bibliografía**

- Maier, Julio B.J., “La víctima y el sistema penal”, en AA.VV, “*De los delitos y las víctimas*”, Ad-Hoc 1992.
- Fábregas, D. *El Proceso de mediación en el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*. Editorial JUSBAIRES. CABA. 2015.
- Foucault, Michel. *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. 1a, ed.-Buenos Aires. 2002, Siglo XXI Editores Argentina.
- Gargarella, R. El Derecho y el castigo: de la injusticia penal a la justicia social. En *Revista Derechos y Libertades*. N° 25. Madrid, Universidad Carlos III Archivo. 2011
- Maier, J. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Fundamentos. Editores del Puerto.
- Zehr, H. *El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*.
- Austin, J. *Cómo hacer cosas con palabras*. Chile, Universidad Arcis. 1956.

**Abordaje del consentimiento en materia de abuso sexual coincidente en  
Argentina y Canadá, ¿Cuál es el motivo?\***

**Melina Yanel Cuellar\*\***

---

\* Este trabajo forma parte de la investigación que se realiza en el marco de la asignatura Seminario I, en el cual la autora de este libro es alumna.

\*\* Licenciada en Administración, Facultad de Ciencias Económicas, Universidad de Buenos Aires. Abogada, estudiante de Cuarto Año, Universidad de Flores, Buenos Aires. Teléfono 54 9 11 2091 9161. melinacuellar@hotmail.com

## **RESUMEN**

*En la actualidad nuestra legislación argentina en materia de abuso sexual coincide con la legislación canadiense al basarse ambas en la ausencia de consentimiento como elemento fundamental de configuración del delito.*

*El siguiente artículo demuestra la causa de tal coincidencia que cuenta como factor en común el Convenio de Estambul.*

## **PALABRAS CLAVE**

Abuso sexual – Argentina – Canadá – Convenio de Estambul

## **APPROACH TO CONSENT ON SEXUAL ABUSE IN ARGENTINA AND CANADA. WHAT IS THE REASON FOR THE COINCIDENCE?**

## **ABSTRACT**

*Argentine legislation on sexual abuse coincides with Canadian legislation. Both focus on the lack of consent as a fundamental element of the crime. The article demonstrates that the cause of convergence between Canadian and Argentine legislation is the fact that the Istanbul Convention, where Canada played a fundamental role, is also an indirect source of Argentine Criminal Code a common factor.*

## **KEYWORDS**

Sexual assault - Argentina - Canada - Istanbul Convention

## **INTRODUCCIÓN**

El objetivo del presente trabajo es demostrar la causa por la cual la legislación argentina y canadiense resultan coincidentes en el abordaje de la ausencia de consentimiento como elemento de configuración del abuso sexual.

Las líneas posibles de investigación para arribar a su causa son las siguientes a saber:

- Rastrear el origen de las modificaciones al art. 119 y 120 del Código Penal argentino y ver en qué medida se inspiraron en el Código Penal Español.
- Investigar en la doctrina española los antecedentes a la modificación a los artículos 178 a 181 del Código Penal Español.
- Rastrear el origen de los artículos 178 a 181 del Código Penal Español y ver en qué medida los tipos penales españoles se basan en los delitos de agresión sexual y violación de jurisdicciones del common law, tales como Canadá, Estados Unidos, Inglaterra y Australia. Esta conexión puede ser indirecta.
- El Consejo Europeo y el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. Ver cómo influye el Consejo sobre sus miembros para que reformen sus leyes penales sobre violencia sexual.

La última constituye la línea de investigación que seguiremos en el presente abordaje, logrando demostrar que Canadá como Estado observador durante el proceso de creación del Convenio de Estambul ha aportado su legislación en materia de abuso sexual donde el elemento consentimiento resulta determinante en el mismo. Dicho aporte ha sido receptado y volcado en la redacción del Convenio. Luego dicho Convenio ha servido de base para nuestra legislación argentina en materia de abuso sexual.

## **PRIMERA APROXIMACIÓN**

La conexión parte del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, también conocido como Convenio de Estambul. El objeto de dicho convenio consiste en establecer una tolerancia cero con respecto a este modo de violencia. Su iniciativa proviene del Consejo de Europa, que es una organización internacional de carácter regional, ajeno a la Unión Europea, dedicada a la educación, la cultura y la defensa de los derechos humanos. La mencionada Convención se presentó en Estambul en 2011 y se encuentra en vigor en Europa desde el 1 de agosto de 2014. Hasta 2019, ha sido firmado por 46 miembros y ratificado por 34.

Con el Convenio de Estambul se adoptaba, por primera vez en el ámbito europeo, un Tratado internacional de carácter vinculante, en materia de violencia contra la mujer y la violencia doméstica, para hacer frente a la que se considera una grave violación de los derechos humanos.

Ningún otro Tratado de ámbito europeo había identificado y expresado textualmente que la violencia contra la mujer, es un atentado a los derechos humanos.

Junto a la Convención de Belén do Pará de 1994, que fue el primer Tratado regional interamericano, que sí había recogió en su Preámbulo esta expresión, y el Protocolo de la Carta Africana de derechos del Hombre y de los Pueblos, en idéntico sentido, el Convenio de Estambul -EDL 2011/393212-, viene a conformar con éstos, un marco jurídico internacional de derechos humanos para afrontar de forma eficaz y estratégica cualquier clase de violencia contra la mujer, arraigada en la sociedad, que se ha perpetuado a través de una cultura de tolerancia y negación, cuya causa y consecuencia, se encuentra en la desigualdad entre hombre y mujer.<sup>44</sup>

## **CARACTERÍSTICAS INNOVADORAS DEL CONVENIO DE ESTAMBUL**

El Convenio de Estambul cuenta con determinadas características de singular importancia tales como el reconocimiento de la violencia contra la mujer como una violación de los derechos humanos y como una forma de discriminación. Asimismo se constituye en el primer tratado internacional que contiene una definición del concepto de género. Esto significa que actualmente

---

<sup>44</sup> Gallego, Gemma. “El Convenio de Estambul. Su incidencia en el sistema español de lucha frente a la violencia contra la mujer”. *El derecho.com*. Disponible en <https://elderecho.com/el-convenio-de-estambul-su-incidencia-en-el-sistema-espanol-de-lucha-frente-a-la-violencia-contra-la-mujer>

se reconoce que las mujeres y los hombres no sólo se diferencian por su sexo biológico, sino que también existe una categoría de género establecida socialmente que asigna a las mujeres y los hombres funciones y comportamientos particulares.

Por otro lado, el Convenio exige a los Estados Partes criminalizar o sancionar conductas como la violencia doméstica (violencia física, sexual, psicológica o económica), la violencia sexual, el acoso sexual, el matrimonio forzado, la mutilación genital femenina y el aborto y la esterilización forzosos. De este modo se insiste en que la violencia contra la mujer y la violencia doméstica no sean asuntos de carácter privado. Con objeto de resaltar la gravedad y los efectos traumáticos de los delitos cometidos en el seno de la familia, puede imponerse una condena más severa al agresor en los casos en que la víctima sea su cónyuge, su pareja o un miembro de la familia.

Y por último se hace un llamamiento para que participen todos los organismos y servicios estatales pertinentes, con el objeto de afrontar la violencia contra la mujer y la violencia doméstica de un modo coordinado.

## **OBLIGACIONES QUE IMPONE EL CONVENIO A LOS ESTADOS**

El Convenio de Estambul establece ciertas obligaciones en cuatro aspectos básicos: prevención, protección, persecución penal y políticas integradas.

El primer aspecto que se establece desde la prevención se logra cambiando los comportamientos, las características asignadas en función del género y los estereotipos que dan lugar a que la violencia contra la mujer sea aceptable; impartiendo formación a los profesionales que trabajan con las víctimas; sensibilizando sobre las diferentes formas de violencia y los traumas que provocan; incluyendo material didáctico sobre cuestiones de igualdad en los planes de estudio a todos los niveles de educación, y cooperar con las ONG, los medios de comunicación y el sector privado para llegar al público en general.

Al segundo aspecto de la protección se arriba asegurando que las necesidades y la seguridad de las víctimas se ubiquen en el centro de todas las medidas adoptadas; estableciendo servicios de apoyo especializados que presten asistencia médica y apoyo psicológico y jurídico a las víctimas y sus

hijos, y creando suficientes refugios de acogida e introduciendo líneas de ayuda telefónica gratuitas y disponibles las 24 horas del día.

Con el tercer aspecto basado en la persecución penal se procura asegurar que la violencia contra la mujer sea un delito tipificado y sancionado; estableciendo que la justificación para cometer cualquier acto de violencia por motivos culturales, de costumbre, religión o de honor sea inaceptable; y procurando que las víctimas tengan acceso a medidas de protección especial durante los procedimientos de investigación y judiciales, y asegurando que los organismos encargados de hacer cumplir la ley respondan de manera inmediata a las llamadas de asistencia, y gestionen las situaciones de riesgo de manera adecuada.

El cuarto aspecto radica en políticas integradas asegurando que todas las medidas anteriormente mencionadas formen parte de un conjunto integral y coordinado de políticas y brinden una respuesta global a la violencia contra la mujer y la violencia doméstica.

## **PARTICIPACIÓN DE CANADÁ**

Cuando en diciembre de 2008, el Consejo de Europa estableció un comité de expertos, el Comité Ad Hoc para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (CAHVIO) compuesto por representantes gubernamentales de los estados miembros del Consejo de Europa, se incluyó también a Estados no europeos con estatus de observadores en el Consejo de Europa entre ellos surge la participación de Canadá quien ha aportado su propia legislación (el resto de observadores fueron EE. UU., México, Japón y la Santa Sede).

Canadá es la Nación que nos interesa en este artículo por la coincidencia de su legislación y la nuestra en materia de abuso sexual que colocan al consentimiento como elemento fundamental de configuración del delito. Para ello debemos partir del origen.

En primer lugar, en el Código Penal Canadiense adoptado el 31 de diciembre de 1984, en el art. 153.1 encontramos un artículo dedicado exclusivamente a la definición del consentimiento explícita y clara: ... “es el acuerdo voluntario de la demandante a participar en la actividad sexual en cuestión”... Asimismo se indica cuando el consentimiento no es obtenido:

“No se obtiene consentimiento, a los fines de esta sección, si

( A ) el acuerdo se expresa por las palabras o conducta de una persona que no sea el demandante;

( B ) el demandante es incapaz de dar su consentimiento a la actividad;

( C ) el acusado aconseja o incita al demandante a participar en la actividad mediante el abuso de una posición de confianza, poder o autoridad;

( D ) el demandante expresa, por palabras o conducta, una falta de acuerdo a participar en la actividad.”

Así, vemos la importancia otorgada al consentimiento en este tipo de delitos que a su vez también lo hayamos inserto en el texto del artículo 36 del Convenio de Estambul. En el mencionado artículo en cada inciso se menciona el consentimiento como un elemento configurador del delito como lo veremos en su texto que se enuncia a continuación:

“Artículo 36 – Violencia sexual, incluida la violación

1-Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionadamente:

a la penetración vaginal, anal u oral no consentida, con carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto;

b los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona;

c el hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero.

2 El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes”...

De esta manera observamos la congruencia entre la legislación canadiense y el citado Convenio en el concepto de abuso sexual entendido como contacto físico sexual no consentido.

Y por último, en el mismo sentido en el Código Penal Argentino, en el artículo 119 (que fue modificado en 2017) se recepta el elemento consentimiento para determinar la configuración de delito de abuso sexual:



“Será reprimido con reclusión o prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que abusare sexualmente de una persona cuando ésta fuera menor de trece (13) años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción”.

De esta manera, nuestra legislación argentina ha tomado la misma base que el Convenio de Estambul, en su tipificación de delitos contra la integridad sexual en el Código Penal Argentino actualmente vigente.

## **CONTROL DE APLICACIÓN DEL CONVENIO**

A pesar de tratarse de un documento cuya elaboración finalizó en 2011, recién en 2014 entró en vigor, debido a las exigencias expuestas en el propio Convenio de Estambul en su art. 75, ya que se precisaba del compromiso inicial de 10 Estados. La adhesión al mismo por parte de los Estados no ha resultado sencilla debido a la necesidad de adecuar sus ordenamientos jurídicos internos y de responsabilizarse directamente de la violencia ejercida en sus territorios, así como de asumir las obligaciones que se derivarían del Convenio.

A marzo de 2019, 45 de los 47 países miembros del Consejo de Europa han firmado el Convenio, y 34 de ellos también lo han ratificado. Los dos países miembros que no han firmado el Convenio son Azerbaijan y la Federación Rusa. Los 11 países miembros que no han ratificado el pacto son: Armenia, Bulgaria, República Checa, Hungría, Latvia, Liechtenstein, Lituania, República de Moldova, República de Eslovaquia, Ucrania, Reino Unido y el miembro como organización internacional de la Unión Europea tampoco lo ha ratificado.<sup>45</sup> Entre otras razones, se debe a una serie de mitos y afirmaciones del contenido del acuerdo. Algunos países aseguran que pone en peligro el concepto de “familia tradicional”.

---

<sup>45</sup> Council of Europe. “Chart of signatures and ratifications of Treaty 210”. Disponible en [https://www.coe.int/en/web/conventions/fulllist//conventions/treaty/210/signatures?p\\_auth=E0NPSEm](https://www.coe.int/en/web/conventions/fulllist//conventions/treaty/210/signatures?p_auth=E0NPSEm)

Es preciso hacer referencia a la posibilidad que se establece para que la adhesión no se limite a Estados parte del Consejo de Europa, permitiendo la ratificación del mismo a aquellos no miembros que hubieran participado en su elaboración. Al respecto, ni Canadá, ni la Santa Sede, ni Japón, ni México, ni EEUU han ratificado ni siquiera firmado el Convenio.

Aún más, de acuerdo al artículo 76 del Convenio, se permitiría la incorporación a cualquier Estado que sea invitado por el Comité de Ministros a través de un procedimiento expuesto en dicho artículo. A pesar de esta posibilidad, ningún Estado ajeno al Consejo de Europa se ha adherido al mismo.

Es importante destacar que pese a que en junio de 2017 la Unión Europea ha firmado el convenio, al presente año 2019 aún no cuenta con la ratificación por lo que no supone un compromiso real.

Para hacer frente a lo expuesto, el Convenio establece un mecanismo de seguimiento con el propósito de evaluar cómo se aplican sus disposiciones. Este mecanismo de seguimiento consta de dos pilares fundamentales: el Grupo de Expertos en la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (GREVIO), un órgano de expertos independientes, y el Comité de las Partes, un órgano político integrado por los representantes oficiales de los Estados Partes del Convenio. Sus conclusiones y recomendaciones ayudarán a asegurar el cumplimiento por parte de los Estados de las disposiciones estipuladas en el Convenio y a garantizar su eficacia a largo plazo.

A julio de 2018 solo once países europeos cumplieron en penalizar todo acto de carácter sexual realizado sin consentimiento: Suecia, Islandia, Alemania, Luxemburgo, Inglaterra, Irlanda del Norte, República de Irlanda, Gales, Escocia, Bélgica y Chipre.<sup>46</sup> Como se puede apreciar aún queda bastante por lograr, ya que no se ha llegado ni a la mitad de adherentes del Convenio que hagan efectivo su cumplimiento.

---

<sup>46</sup> Tena A. “Solo once países de Europa reconocen que el sexo sin consentimiento es violación”. *Público*. Disponible en: <https://www.publico.es/sociedad/once-paises-europa-reconocen-sexo-consentimiento-violacion.html>

## **CASO DE FINLANDIA: SANCIONADA POR EL GREVIO POR NO CUMPLIR CON LA CONVENCIÓN DE ESTAMBUL**

Como demostración del efectivo accionar del Grupo de Expertos en la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (GREVIO) encontramos la sanción a Finlandia por no cumplir con las disposiciones del Convenio de Estambul.

En septiembre de 2019, un informe elaborado por el anteriormente órgano mencionado concluye que las leyes de Finlandia siguen sin definir la violación sobre la base de la ausencia de consentimiento como establece el Convenio al cual han adherido oportunamente. Utilizan una definición basada en si hubo violencia física o amenazas de violencia, o en si se determina que la víctima fue incapaz de oponer resistencia (debido, por ejemplo, a que se encontraba dormida o presentaba un elevado grado de intoxicación). Finlandia debería incorporar sanciones para todos los actos sexuales sin el consentimiento de la víctima, incluso cuando las circunstancias impidan un consentimiento válido. Dicho país ratificó el Convenio de Estambul en 2015 y este es el primer informe de evaluación sobre su implementación.<sup>47</sup>

Frente a ello, la ministra de Justicia finlandesa ha formado un grupo de trabajo para la reforma de los delitos sexuales en el Código Penal, previéndose que el grupo presente sus recomendaciones a mediados de 2020.

En Finlandia, cada año 50.000 mujeres sufren violencia sexual, incluida violación. La mayoría de los responsables de estos delitos nunca son llevados ante la justicia. En 2017, sólo se dictaron 209 sentencias condenatorias por violación.<sup>48</sup>

## **CONCLUSIÓN**

---

<sup>47</sup> Council of Europe, “Violence against women in Finland: monitoring report praises more services for victims, but calls for review of criminal offences”. *Directorate of communications*. Disponible en [https://search.coe.int/directorate\\_of\\_communications/Pages/result\\_details.aspx?ObjectId=090000168096d443](https://search.coe.int/directorate_of_communications/Pages/result_details.aspx?ObjectId=090000168096d443)

<sup>48</sup> Amnistía Internacional. “Finlandia: Organismo Internacional condena la definición desfasada de violación y Amnistía pide la reforma de la legislación sobre violación”. Disponible en: <https://www.amnistia.org/ve/noticias/2019/09/11546/finlandia-amnistia-pide-la-reforma-de-la-legislacion-sobre-violacion>

A lo largo de esta investigación se ha logrado arribar al nexo que permite justificar la razón por la cual dos Estados tan diferentes como los son Argentina y Canadá cuentan con un punto en común constituido por la legislación en materia de abuso sexual que considera a la ausencia de consentimiento como elemento fundamental del delito.

Es necesario que dicha concepción sostenida en el Convenio de Estambul sea extendida y aplicada efectivamente por todos los Estados para lograr frenar este delito que lamentablemente parece no detenerse.

# **Modificación del art. 119 del Código Penal Argentino, introducido por la Ley N°: 27.352**

**Sebastian Alvarez**

*Estudiante de 5° año de la carrera de abogacía en la Universidad de Flores.*

## **INDICE**

- 1- PALABRAS CLAVES
- 2- KEY WORDS
- 3- RESUMEN
- 4- ABSTRACT
- 5- FUENTE Y MODIFICACIÓN DEL ART. 119 DEL CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN
- 6- CONTEXTO SOCIO-POLITICO DE LA ARGENTINA QUE LLEVÓ A LA MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN
- 7- DEBATE PARLAMENTARIO
- 8- EL ANTES Y DESPUES DEL ART. 119 DEL CPNA
- 9- CONCLUSIÓN
- 10- BIBLIOGRAFÍA

## **RESUMEN**

El presente artículo tiene como finalidad, el poder analizar y comprender juntamente con los lectores, todo lo concerniente a la modificación del art. 119 del código penal de la nación argentina a través de la ley N°: 27.352 lo que significó un cambio de paradigmas en el concepto del término “Abuso sexual” dentro de nuestra legislación.

Es menester antes de comenzar con dicho desarrollo, realizar algunas aclaraciones, como por ejemplo que la ley en cuestión, únicamente modificó el art. 119 del mencionado plexo normativo, el cual se encuentra dentro del Título III (DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL), Capítulo II.

Que los demás artículos dentro del mismo capítulo, no se vieron modificados ni cualitativa ni cuantitativamente.

Que la modificación introducida se realizó conforme a derecho y respetando las instituciones y los procedimientos que establece nuestro ordenamiento jurídico para tales efectos.

Finalmente diremos, que dicha norma modificatoria del código penal no produjo dentro de los respectivos recintos parlamentarios un debate muy nutrido y que por consiguiente se lo pudo definir casi como una votación a libro cerrado, lo que en parte obedeció a un cierto grado de entendimiento mutuo por parte de las diferentes fuerzas políticas que anidan en nuestro parlamento.

### **PALABRAS CLAVES**

Abuso sexual, acceso carnal por cualquier vía, felatio in ore.

## **Amendment of section 119 of the Argentine Criminal Code, introduced by Act No. 27.352**

### ***ABSTRACT***

*The purpose of this article is to analyze and understand the amendment of section 119 of the Argentine Criminal Code, which was introduced by Act No. 27.352. This amendment implies a radical change of the definitional terms of the sexual abuse offence in Argentina.*

### ***KEY WORDS***

*Sexual abuse, carnal access by any means, fellatio in ore.*

### **Introducción**

#### **FUENTE Y MODIFICACIÓN DEL ART. 119 DEL CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN**

La modificación propuesta al art. 119 del Código Penal de la Nación Argentina, encuentra su raigambre en una necesidad interpretativa, tal y como lo expusieron los parlamentarios que, al momento de encumbrar dicha necesidad, hicieron suya la idea de poner un fin a la tenue, magra y poco asertiva definición que proponía el plexo normativo en cuestión, hasta ese momento.

Así lo hizo saber la diputada nacional Josefina V. GONZALEZ, perteneciente al bloque del FpV por la provincia de Santa Fe, cuando en su inserción<sup>49</sup> solicitada al presidente de cámara, dejó expuesto la fundamentación de su voto en el cual aclara que el art. 119 del Código Penal de la Nación fue introducido en el año 1999 por medio de la ley N°: 25.087.

En tal sentido la diputada supo indicar que la modificación al mencionado artículo era necesaria, habida cuenta que si bien la norma que introdujo en su momento el concepto de “abuso sexual” sin sus agravantes, demostraba un salto conceptual que permitió oportunamente mejorar la vetusta interpretación que ofrecía a los magistrados para realizar su trabajo el paradigma de “delitos contra la honestidad”. Ello así, dado que este concepto devenido en obsoleto moral ataba de pies y manos a los jueces cuando debían dictar sentencia respecto de vejámenes atroces como lo son los tipos penales referidos a violaciones<sup>50</sup>.

## **CONTEXTO SOCIO-POLÍTICO DE LA ARGENTINA QUE LLEVÓ A LA MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL**

Corría el año 2016 en nuestro país y claramente los tiempos eran otros, respecto de aquellos donde se sancionó la introducción de la reforma al artículo 119 del Código penal de la nación.

Otrora era el cuestionamiento de lo grave o “ultrajante” que podía ser un acto vejatorio contra una mujer. Ya entonces (y así lo había manifestado la diputada González J.V. en su inserción) no existía más un distingo entre el acceso carnal y la felación o bien la introducción de objetos.

El acompañamiento sororo cada vez mayor que tenían y postulaban los colectivos de mujeres como el “Ni una menos”, claramente marcaron el terreno, y el Congreso así lo entendió.

La presión fue tan grande, y las voces se hicieron escuchar tanto de un lado como del otro que entonces fue momento de dejar en claro lo necesario de un cambio de paradigmas, un cambio de posturas respecto de un tema de encuadre penal que hace ya rato significaba una deuda pendiente con toda la sociedad.

Le correspondería al periodismo como la rama más adecuada de las ciencias sociales, analizar este fenómeno, a la luz de su implicancia y difusión, gracias a los medios. Algo no menor y que no debemos pasar por alto.

---

<sup>49</sup> Solicitud de interrupción al orden para uso de la palabra durante el debate parlamentario.

<sup>50</sup> Entiéndase por ello a los delitos de abuso sexual en todas sus variantes y con sus diversos agravantes, conforme la normativa jurídica Argentina.

Pero desde un punto de vista jurídico se puede decir que las normas han ido mutando y hasta evolucionando en algunas oportunidades, conforme a las necesidades y exigencias del *populus*, dentro de un espectro espacio-temporal.

## DEBATE PARLAMENTARIO

El debate en la arena política fue muy magro y escueto. Tanto en el recinto de Diputados como en el de Senadores se entendió que no debían tocar ni un punto ni una coma del proyecto de modificación del referido artículo y así lo hicieron.

Esto se deja ver de los pedidos de “inserción” solicitados en la cámara baja, los cuales no ascendieron a más de tres<sup>51</sup> y en la cámara alta a tan solo 1<sup>52</sup>, según consta en la versión taquigráfica de ambas sesiones.

Pero, sin embargo, considero menester transcribir de modo sucinto algunas palabras de las diputadas nacionales que pidieron inserciones, las cuales esbozaron una idea clara y marcada del tema que se estaba tratando y del porque no se generó un debate apasionado dentro del recinto de la cámara baja.

En tal sentido comenzaremos por la diputada nacional por el FpV Josefina V. GONZALEZ, quien al respecto dijo:

*“...Las concepciones jurídicas y sociales más avanzadas consideran la sexualidad como un todo complejo que va mucho más allá de la mera genitalidad reproductiva. Es importante resaltar que todos los actos contra la voluntad de la persona que invaden su cuerpo merecen el tipo penal máximo de los abusos, ya que pueden resultar igual o más traumáticos para la víctima”.*

De estas palabras se desprende la necesidad misma del por qué modificar este artículo en su redacción sin la necesidad de mayores explicaciones.

En consonancia con las palabras de la diputada GONZALEZ, pero en un sentido mucho más técnico-jurídico, se manifestó la diputada nacional por el PS Gabriela TROIANO diciendo:

*“...Es importante destacar que con esta modificación se clarifica la redacción actual del artículo 119, que ha dado lugar a diferentes interpretaciones en la jurisprudencia.*

*Siguiendo los argumentos de la Dra. Barbagelata en los fundamentos de las disidencias en el anteproyecto del Código Penal de la Nación, podemos decir que la introducción de objetos por vía vaginal o anal configura violación en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”.*

Estas palabras subyacen a nivel doméstico la idea misma de la necesidad imperiosa de modificar nuestras normas, mostrando una tendencia mundial al respecto.

Finalmente, y en palabras de la diputada nacional por el FR Mirta TUNDIS, se observa como el tipo penal ha ido mutando con el devenir de los años, y por consiguiente fue necesaria su correspondiente actualización, partiendo del siguiente precepto:

*“...la redacción actual de la normativa penal establece que una pena para quien haya cometido sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima y la agrava en caso de acceso*

---

<sup>51</sup> Diputada González, diputada Troiano, diputada Tundís.

<sup>52</sup> Senadora Kunath.



*carnal por cualquier vía. Aquí es donde los doctrinarios del derecho penal y los jueces han tenido problemas a la hora de dictar sentencia.*

*Ello así porque la redacción data del siglo pasado, y no es acorde a la concepción actual del abuso sexual. En ese entonces, el acceso carnal configuraba un agravante al sometimiento sexual gravemente ultrajante”.*

Este acápite nos permite ver cómo es meritoria la transformación de determinados conceptos, y con mayor énfasis cuando devienen de boca de los parlamentarios, habida cuenta que ellos son nuestros representantes dentro del congreso.

### **EL ANTES Y DESPUÉS DEL ART. 119 DEL CPNA**

Al principio, cuando este artículo fue introducido en el código penal argentino, genero mucho ruido desde la perspectiva criminalística, dado que no terminaba de unir los dos polos del tipo penal que tutelaba.

Por un lado, absorbía en su narrativa a un delito que no se encontraba encuadrado debidamente y por el otro no lo explicaba íntegramente, dejando una interpretación muy amplia.

Esto ocasionó que se suscitara muchos problemas a raíz de esta cuestión coyuntural que se da dentro de la característica que engloba este tipo de delitos; hasta que finalmente se encontró la solución al mismo.

En ocasiones, el contexto social, empuja a los legisladores a tomar decisiones serias, que quizá se encuentran postergadas y/o relegadas hasta tanto el tiempo y la realidad no ameriten su tratamiento en los recintos del parlamento. Y aunque si bien esto, pareciera ser una cuestión netamente política, no podemos negar que en esta oportunidad encontramos una raigambre jurídica que amalgama estas dos ciencias.

La prosa de este artículo, ha logrado finalmente cumplir con su objetivo moral y jurídico, en tanto que se actualizó a los tiempos que corren, al entregarle a los magistrados de nuestra nación una herramienta ya no rudimentaria sino más bien moderna y útil con la cual y, en consecuencia, podrán conseguir de alguna manera el resultado esperado el cual es otorgarle justicia a las víctimas de abuso sexual.

### **CONCLUSIÓN**

Como conclusión, es pertinente recalcar por un instante en la idea de que la Argentina de manera histórica y sistemática ha elaborado y modificado sus normas jurídicas a la luz de la doctrina extranjera. Ello así, cada vez que una fuerte corriente en materia civil, penal, etc., se impone de manera positiva, nuestro país -dentro de sus tiempos políticos- suele amalgamarse a dicho estándar.

En tal sentido reconoceremos que la modificación del artículo 119 del Código penal de la Nación encuentra su raigambre misma en el Código Penal Español dentro de los artículos que versan en la materia, es decir, los art. 178 y 181 de dicho plexo normativo.

Pero a su vez, los españoles no fueron los pioneros en la materia ni tampoco la punta de lanza en cuestiones de abuso sexual, sino simplemente los primeros dentro de los países hispano parlantes en

receptar la corriente anglosajona que a principios de la década del noventa impulso la unificación de criterios y la homogenización de conceptos y agravantes respecto de este tipo de delitos.

Es por este motivo que los orígenes de la modificación a nuestro código penal no son los que realmente parecieran ser. Por el contrario, dicho orígenes nunca cruzaron el océano Atlántico realmente.

Es por todo lo dicho hasta aquí, que nuestro derecho domestico continuará modernizándose constantemente no solo dentro de la esfera penal sino también dentro de las demás ramas del derecho, lo que de alguna manera nos garantizará una cierta tutela jurídica efectiva de nuestra vida en sociedad.

### **Bibliografía**

Cámara de Diputados de la nación, “Orden del día N°: 887”, Sesiones ordinarias 2016, disponible en <https://www.diputados.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=2900-D-2019>.

# **Evolución legislativa de los delitos sexuales en el Código Penal Argentino y la perspectiva de género**

**María Luba Lazarczuk**

## **Resumen**

La regulación de los delitos sexuales en la Argentina ha sido impulsada como respuesta social y política a determinados hechos puntuales generadores de gran estruendo en la sociedad; principalmente sobre las mujeres a quienes afecta o tiene de protagonista, y no sólo me refiero al delito, sino la violencia institucional propia de una ideología arraigada en la estructura patriarcal.

**Palabras clave:** delitos sexuales, Código Penal argentino, evolución histórica, perspectiva de género.

## **Legislative Evolution of Sexual Offences in the Argentine Criminal Code. A Gender Perspective Approach**

### **Abstract**

The regulation of sexual offences in Argentina has been a social and political response to certain specific events in women's struggle for equality and against institutional violence, and a patriarchal ideology which was imbedded in the criminal justice system.

### **Keywords**

Sexual offences, Argentine Criminal Code, historical evolution, gender perspective.

## **Introducción**

Para efectuar cualquier análisis relativo a la evolución del sistema legal que regula a los delitos sexuales, resulta imprescindible considerar los diferentes contextos socio-políticos existentes al momento de llevarse a cabo cada reforma, así como la fluctuación de las circunstancias sociales, que sin lugar a dudas en esta materia específica, tuvieron fuerte incidencia en los cambios normativos.

Históricamente la regulación de los llamados delitos sexuales -por la forma en la que han sido tratados-, dan muestra de la desigualdad estructural y sistémica de la posición de las mujeres en la sociedad.

Es que la justicia penal en cuanto a la tipificación de los delitos que afectan o tienen como protagonista a una mujer, no hace más que reflejar la construcción cultural que ha otorgado identidad social al hombre y a la mujer con la consiguiente subordinación de éstas.

En definitiva, la permeabilidad de las normas jurídicas ha permitido perpetuar los estereotipos o patrones culturales de desigualdad y discriminación de las mujeres en todo el ámbito social, sirviendo a la construcción de una justicia y un discurso jurídico en su aplicación de neto corte machista representativo de la opresión, dominación y explotación de la que hemos sido objeto y aún hoy somos, por parte del colectivo de varones.

En forma sistemática se ha devaluado a la mujer asignándole roles y lugares de menor poder, siendo la lucha y movilización feminista la que tuvo incidencia para lograr mejores leyes e instrumentos de política pública para la protección de los derechos humanos de las mujeres y las niñas. Y resultó fundamental su aporte, que de manera directa exigió una respuesta frente a las diversas manifestaciones de la violencia contra las mujeres.

En la permanente y continua ruptura con esta concepción tradicional patriarcal prevaleciente, los derechos que el colectivo de mujeres reivindica han variado con el paso del tiempo y con la consecución de algunos logros, veamos:

En lo que respecta a la regulación específica de los delitos sexuales, pueden diferenciarse en la historia del Código Penal argentino diferentes etapas, que de alguna manera son representativas

de estos avances culturales y corresponden a modificaciones de carácter ideológico sobre el rol puntual de las mujeres en la sociedad.

La idea de diferenciar con acápites los grandes momentos en la historia de la evolución legislativa del Código Penal Argentino, tiene por única finalidad la de delinear avances y remarcar diferencias para facilitar con ello, su lectura y comprensión; se pretende así abarcar los sucesos que aportaron gran trascendencia para la construcción del sistema de justicia que hoy conocemos dirigidos a concebir una estructura igualitaria y sin discriminación.

### **Código Penal del año 1921. La “honestidad” como bien jurídico protegido. Adulterio. Consentimiento de la mujer para sostener relaciones sexuales.**

Si partimos de la concepción originaria que tuvo el propio Código Penal de 1921 -perdurando hasta el año 1999 en que entró en vigencia la reforma introducida por ley 25.087- donde la honestidad era el objeto jurídico comprometido, interpretada en un sentido religioso como el acto sexual fuera del matrimonio, y desde un punto de vista moral o de las costumbres sociales como la inexperiencia sexual.

Respecto a la regulación del delito de adulterio previsto en el art. 118 -recién derogado por ley 24.453 en fecha 5/02/1995-, debe decirse que esa norma penal tutelaba bienes jurídicos diferentes según cada uno de los sexos.

En líneas generales, en el caso de las mujeres para la configuración del delito bastaba que mantuviera una relación sexual con otro hombre distinto de su marido; mientras que el marido, en cambio, debía tener “manceba” lo que suponía una relación que requiere permanencia de trato con una misma mujer, dentro o fuera del hogar.

Así, el marido podía mantener relaciones sexuales periódicas con distintas y variadas mujeres, sin cometer el delito de adulterio; mientras que una sola relación sexual de la mujer casada, la hacía incurrir en tal figura.

Tal regulación fue cuestionada no sólo por el sentido primitivo de su expresión sino por su insuficiencia legislativa –al no comprender a todos los delitos agrupados bajo esa denominación-

y por su alcance –al sostener la impunidad de los actos sexuales dirigidos contra víctimas “deshonestas” (personas con experiencia sexual) agregando además que el marido no podía ser autor de abusos sexuales a su esposa-.

Respecto de la esposa y la concubina se ha sostenido que prestaron un consentimiento anticipado al momento de contraer matrimonio o comenzar la vida en común, incluso que constituía una obligación propia del débito conyugal.

Aunque hoy en día nos parezca evidente la posición retrógrada asumida por el legislador de esa época, tal concepción patriarcal era consistente con la ideología social y cultural del momento. Piénsese que en la Argentina aún no había sido sancionada la ley 13.010 de sufragio femenino (recién el 9/09/1947 y promulgada el 23/09/1947), con lo cual, la inequidad entre hombres y mujeres en términos civiles y políticos era palmaria.

Párrafo aparte merece la cita del proyecto Peco de 1941, donde el autor retomó lo dispuesto en el art. 146 del Proyecto de 1891, describiendo la violación en el art. 186 como al que tuviere acceso carnal con otra persona fuera del matrimonio, excluyendo también los realizados durante una relación de concubinato. Es que en cuanto al acto sexual con su esposa, Peco sostuvo que tiene “el hombre el derecho de exigirlo y el deber de cumplirlo”, agregando que “El matrimonio confiere el derecho de exigir la prestación sexual, tanto para la satisfacción del instinto como para la conservación de la especie”; y en referencia al concubinato “la cohabitación en el concubinato no difiere de la del matrimonio en cuanto a la faz biológica, solo se diferencia en el aspecto ético. La unión extralegal, en tanto perdura, concede derechos sexuales” (el subrayado me pertenece)

Puede vislumbrarse sin esfuerzo que este discurso normativo no sólo eleva una concepción patriarcal y machista del delito de violación legitimando un discurso moralista que parte de la presunción que existió consentimiento en las relaciones sexuales, sino que enmascara una fuerte doctrina religiosa que cosifica a la mujer y perpetúa la opresión social, cultural, económica, legal, jurídica y puntualmente sexual; confundiendo los límites entre la moral y el derecho, en definitiva, entre el pecado y el delito.

Sin ánimo de sonar reiterativa, a fin de lograr una mejor comprensión de la conformación de la estructura social en ese momento histórico y puntualmente del rol asignado a las mujeres, debe tenerse presente que no sólo no tenían derecho a votar, tampoco estaban empadronadas y no tenían

libreta cívica (derecho exclusivo de los hombres con el servicio militar obligatorio); desde una concepción actual, cuesta imaginar que la patria potestad compartida de los hijos recién llegó para las mujeres en el año 1949 (aunque los sucesivos golpes de Estado dejaron sin efecto varios de esos derechos conquistados y también la patria potestad compartida, que fue reestablecida en 1985). Fue a través de la incursión en el derecho político en forma militante que las mujeres han obtenido resultados que revirtieron el carácter discriminatorio de numerosas prácticas sociales.

Hechas estas observaciones y volviendo al tema que nos ocupa, debe decirse que por los motivos expuestos anteriormente fue modificada la rúbrica del capítulo de los “delitos contra la honestidad” (por Ley Orgánica 3/1989) y entonces pasó a denominarse como “delitos contra la libertad sexual” dejando a un lado la carga moral impuesta por la vieja terminología.

A esa referencia le siguió la de “delitos contra la libertad e indemnidades sexuales” (impuesta por Ley Orgánica 11/1999). La modificación procuró destacar que la libertad sexual no era el único bien jurídico afectado en todos los delitos regulados en ese Título, surgiendo así la idea de intangibilidad e indemnidad sexual, en salvaguarda de los menores e incapaces que por distintas razones carecen de esa posibilidad de elegir.

El delito de violación consistía en “*tener acceso carnal con persona de uno u otro sexo*” mediante violencia real o violencia presunta.

Sin definirse la expresión “acceso carnal”, su interpretación trajo discusiones doctrinarias relativas a si era necesaria para su configuración la introducción de un órgano genital masculino en cavidades normales o anormales para el coito; en general, todas concepciones marcadas por relaciones heterosexuales y el signo de la penetración vaginal, en consonancia con los estándares religiosos establecidos.

Cabe señalar que autores como Núñez –desde la concepción más restrictiva de interpretación de la ley penal- sostuvieron que quedaba al margen del concepto de acceso carnal la penetración del órgano masculino por vía oral o bucal, para la cual estaba reservada la figura de abuso deshonesto.

Así, para configurar el acceso carnal requerido como conducta típica, la penetración debía realizarse en cavidad que represente una receptividad sexual funcional en la víctima y no en cualquier orificio, natural o artificial del cuerpo humano.

## **Reforma introducida por ley 25.087. Libertad sexual. Integridad sexual. Gravemente ultrajante**

Por eso se destaca que la modificación nuclear de la reforma introducida por la ley 25.087 (sancionada el 7/05/1999) fue de carácter ideológico – en el mismo sentido que otras legislaciones, como España por ejemplo- que reformó el Título III del Código Penal e importó un cambio de paradigma del bien jurídico afectado por estos delitos –nótese que aquí ya se habla de bien jurídico afectado y no tutelado, por entender que la primera denominación es la que verdaderamente imponía un concepto limitativo y deslegitimante del ejercicio del poder punitivo-.

En esta etapa, se modificó nuevamente la denominación del Título por la de “delitos contra la integridad sexual” –debe mencionarse que el empleo del término integridad no tuvo consenso y recibió duras críticas que fueron advertidas en el trámite legislativo y rechazadas sin mayores argumentos, fundamentalmente en lo relativo a una de las acepciones que surge del Diccionario de la Real Academia Española y que alude a la pureza de las vírgenes-.

Es que en definitiva, “la integridad sexual” es un concepto impreciso, en el sentido que una vez vulnerado el objeto sobre el que recae la acción ya no sería íntegro, y cualquier ataque futuro lo sería sobre restos “desintegrados” sin protección legal.

No obstante, el sentido del término debe ser interpretado como que lo ofendido es el derecho a la disponibilidad del propio cuerpo en cuanto a su sexualidad. De allí que pueda hablarse de libertad sexual, de una libertad de hacer o dejar que nos hagan.

De hecho, en el debate parlamentario de la ley en líneas generales se sostuvo que “una percepción de las agresiones sexuales acorde con el estado actual de nuestra cultura debe considerar el crimen sexual estrictamente como una injuria a la integridad física y psíquica y a la libre decisión de la víctima, y no una injuria a la pureza o castidad de ella, ni al honor de ningún varón”.

El interés comprometido en estos delitos es la libertad, la integridad y dignidad físico-sexual, la reserva sexual, el normal ejercicio de la sexualidad, la libertad sexual entendida como el derecho de toda persona a su autorrealización o autodeterminación en el ámbito de la sexualidad de quienes tienen capacidad para expresar válidamente su voluntad y la intangibilidad o indemnidad de



quienes carecen de ella, la incolumidad de la sexualidad, el derecho al desarrollo progresivo en el ámbito sexual y a la autonomía sexual y la libre determinación sexual (...).

Y también se aclara que la libertad sexual es afectada en todos los delitos del Título; en el caso de los mayores porque su voluntad es viciada por violencia, engaño o intimidación, mientras que en los menores porque se presume que carecen de esa libertad de determinación.

Supone, en definitiva, proteger los derechos inherentes a la dignidad de la persona y el derecho al libre desarrollo de la personalidad en materia sexual. Afirmación que ha llevado a la jurisprudencia a considerar delictivo obligar a mantener relaciones al cónyuge o persona ligada por similar vínculo de afectividad, en cuanto ello supone coartar, limitar o anular la libre decisión de una persona en relación a su actividad sexual.

Si bien la ley 25.087 significó una profunda reforma en el ámbito de los delitos sexuales, se le quitó el rol preponderante que revestía el delito de violación al convertir el “acceso carnal” característico, en una circunstancia agravante del abuso sexual simple. La histórica denominación de “violación” del delito pasó a llamarse doctrinariamente “abuso sexual agravado por el acceso carnal”, aunque ello no implicó necesariamente una variación en la interpretación del injusto típico.

Y así, el nuevo párrafo tercero del art. 119 prescribió una pena de 6 a 15 años de prisión “*cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía*”. Si bien se desprende del debate parlamentario que el legislador tuvo especialmente en cuenta el supuesto específico de la “fellatio in ore”, lo cierto es que la forma descriptiva del tipo penal por su vaguedad semántica, no permitía arribar a tal conclusión sin serio recelo de los principios de interpretación en materia penal y principio de legalidad.

El hecho de no definir el término “acceso carnal” y haber agregado la frase “por cualquier vía” generó más debate en torno a si tal afirmación era demostrativa de la intención de incluir como modalidades comisivas otras formas de penetración diferentes a la vaginal, y puntualmente si era extensivo a la “fellatio in ore”.

Asimismo, la norma introdujo en el segundo párrafo otra forma agravada del abuso sexual simple (intermedia entre el abuso simple y la violación), cuando configure “*por sus circunstancias de duración o modo, un sometimiento gravemente ultrajante para la víctima*”.

Claro que la vaguedad de los términos empleados por la ley también en este supuesto, que nuevamente dejó librado al intérprete la decisión de si en cada caso concreto se da la situación típica, sin proporcionar una definición taxativa que permita incluir la conducta de la “fellatio in ore” en alguna de las figuras penales reguladas. Este tema trajo aparejadas discusiones en la doctrina y jurisprudencia argentina que no han tenido tregua con bibliografía que resulta inabarcable para reeditar en esta ocasión en que sólo se pretende dar un vistazo sobre las cuestiones más importantes de cada reforma.

Así, la doctrina ha tenido que hacer esfuerzos inmensos para conceptualizar el tipo en situaciones que incrementan el sometimiento y sufrimiento físico y/o psíquico, la humillación y vejamen sufridos por la víctima del abuso; concluyendo –sin consenso pleno- que encuadrarán en este supuesto todas aquellas conductas que sin reunir los requisitos específicos del acceso carnal tengan un significado objetivo similar, como la introducción de objetos, dedos o lengua y la “fellatio in ore”.

En función de ello, es que uno de los grandes debates impartidos durante estos últimos años giró en torno a este punto justamente, si la introducción del pene en la boca del sujeto pasivo (felación) constituía un abuso sexual gravemente ultrajante o una hipótesis de violación (abuso sexual con acceso carnal); cuestión que recién ahora aparece zanjada a partir de la última reforma legislativa que equipara su tratamiento al delito de violación conforme ley 27.352.

Debe destacarse que justamente el reclamo más numeroso que movilizó e impulsó la sanción de la ley 25.087 por parte de agrupaciones feministas, era el de ampliar el tipo penal de la violación de forma tal, que encuadrasen en él más acciones configurativas de aquél que las aceptadas por la jurisprudencia, que se reducía a la introducción del pene por vía vaginal o anal. Es decir que se pretendía la tipificación como delito de violación a la práctica de la “fellatio in ore”, equiparándola a la penetración anal o vaginal. Pero la deficiente técnica legislativa empleada y las erráticas expresiones utilizadas en el texto no permitieron llegar a esa conclusión.

Aunque sí se obtuvieron logros como la limpieza de conceptos claramente discriminatorios (por ejemplo, el calificativo de “honesta” en la mujer como sujeto pasivo del delito de estupro) y también se elevaron las edades para ese delito con el efecto de un mayor ámbito de punibilidad (era de 15 años y se elevó a 16 años)

La ley 25.087 también agregó otras hipótesis que comprometen la libertad del consentimiento prestado por la víctima; medios comisivos más sutiles como abuso coactivo o intimidatorio producto de una relación de dependencia, autoridad o poder. Aunque no incluyó expresamente la regulación de la figura de acoso sexual.

Por otra parte, al consentimiento del menor no se le otorga eficacia para dejar al margen de la responsabilidad criminal al adulto que se relaciona sexualmente con ellos cuando son menores de 16 años (estupro); siempre que no constituya un delito más severamente penado, en este caso el de violación si la víctima es menor de 13 años.

#### - Promoción o facilitación de la prostitución

Otro tema importante tiene que ver con la regulación del delito de promoción o facilitación de la prostitución. Es que tanto en el Código de 1921 -y sus sucesivas reformas- se castigaba en líneas generales, la conducta de quien con ánimo de lucro o para satisfacer deseos propios o ajenos, promoviera o facilitara la prostitución o corrupción de menores.

La ley 25.087 modificó la regulación brindando tratamiento separado a la corrupción. Y a su vez, respecto de la promoción y facilitación de la prostitución también hizo previsiones en dos artículos separados según se trate de víctimas mayores o menores de edad. Tipificando la conducta el art. 125 bis de quien promoviere o facilitare la prostitución de un menor de 18 años aunque mediare su conestimiento. Y el art. 126 reprimía la promoción o facilitación de la prostitución de mayores de 18 años de edad, mediando engaño, abuso de una relación de dependencia o de poder, violencia, amenaza, o cualquier otro medio de intimidación o coerción.

Pero, actualmente esos artículos fueron modificados por ley 26.842 –que a su vez modificó la ley 26.364 de Prevención y Sanción de la Trata de personas y Asistencia a sus Víctimas- y pasó a contemplar como sujeto pasivo a cualquier persona sin distinción de edad, previéndose un agravante para el caso que sea menor de edad. Y al tipo básico se le restó los medios comisivos que ya no requiere que las acciones sean llevadas a cabo de alguna forma en particular quitando cualquier efecto al consentimiento de la víctima.

El artículo 125 bis hoy quedó redactado de la siguiente manera: *“el que promoviere o facilitare la prostitución de una persona será penado con prisión de 4 a 6 años aunque mediare el consentimiento de la víctima”*.

Si bien la situación de las víctimas menores quedó contemplada en la figura agravada que parece acertado en un contexto de protección de los niños, puede advertirse como la ley ya no alude a la falta de consentimiento de las víctimas mayores de edad; y ahora la conducta es delito aunque mediare su libre y plena voluntad, contextualizando un hecho que al menos resulta discutible por algunos sectores.

De acuerdo a la concepción introducida por la reforma se da por cierto que nunca la persona que se prostituye se encuentra en posición de elegir esa actividad y presume sin posibilidad de probar lo contrario que se produce dentro de una situación global de explotación humana.

Es indudable que al quitarle cualquier clase de efecto al consentimiento de quienes se prostituyen, la ley concibe que las personas que ejercen tal actividad no lo hacen porque les place. Esta concepción parte de la idea de que se trata de una actividad indigna y degradante; pudiendo confundirse una postura así de inflexible con la moral y la decencia pública.

Vale la pena mencionar, que se ha generado un fuerte debate con las integrantes de AMMAR (Asociación de Mujeres Meretrices de Argentina) que forman parte de la CTA (Central de Trabajadores Argentinos) e integran la Red de Trabajadoras Sexuales de Latinoamérica y el Caribe (RedTraSex), ellas se refieren a “trabajo sexual” en lugar de “prostitución”, y exponen que se trata de un trabajo como cualquier otro y que hay que hacer a un lado el exceso de moralidad con que se las trata sin dejarlas decidir.

Es que si bien en la Argentina no está prohibida la prostitución sí la explotación sexual –el proxenetismo–, por eso ellas, se esfuerzan en explicar que prostitución no es trata de personas y que lo que buscan es libertad laboral y condiciones dignas para realizarlo, exigiendo la regulación y reglamentación del trabajo sexual para salir de la clandestinidad.

### **Avenimiento. Perdón de la ofendida**

Como otro dato destacable, debe mencionarse que por ley 25.087 se introdujo la figura del avenimiento contemplada en el art. 132 que permitía de modo excepcional y para casos muy puntuales, la posibilidad de un acuerdo, unión o conformidad con el acusado; que tenía como punto

de partida una propuesta formulada en libertad e igualdad de condiciones por la supuesta víctima mayor de 16 años que redundaría en su propio beneficio, en tanto haya existido entre las partes una relación afectiva preexistente.

Esto en lenguaje corriente no era otra cosa más que el perdón del imputado si la víctima lo requería y se casaba con él, siempre que hubiera una relación afectiva previa y la víctima no actuara bajo presión y el consentimiento fuera dado de forma libre y pleno.

En rigor de verdad, se trató de la primer admisión legislativa de conciliación en materia penal, y este acuerdo era valorado por quien sería en definitiva el que decidiría o no sobre la conveniencia de la aplicación del instituto.

La figura fue derogada por ley 26.738 (en el año 2012) en tan sólo media hora y sin debate alguno en la Cámara de Diputados de la Nación; como consecuencia de un caso trágico de gran trascendencia pública en La Pampa en diciembre del año 2011.

Sintetizando los fundamentos esgrimidos para su derogación, se sostuvo que *“constituye una rémora de los conceptos machistas imperantes en la sociedad hasta que comenzaron a visualizarse los cambios producidos por la mirada de género”*.

Resulta atinado considerar que este instituto del avenimiento había sido introducido en oportunidad de llevarse a cabo tal vez la reforma penal más importante en la historia Argentina por la incidencia del logro feminista, recuérdese el cambio ideológico representado por la nueva denominación establecida para el grupo de artículos que protegían el bien jurídico “honestidad”.

Por supuesto, que tal movimiento también respondió a la obligación contraída por nuestro país en los términos de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, y más específicamente a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, cuya jerarquía fuera consagrada por el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

Pero, aun así, no puede perderse de vista el sesgo machista que en definitiva tuvo en miras la inclusión de tal instituto, claramente con la única finalidad de lograr la impunidad de los casos de violaciones maritales y los sucedidos en el seno de las relaciones de familia; circunstancia que hace dudar sobre el verdadero interés estatal por sancionar penalmente la violencia de género.

**Reforma introducida por ley 27352. Penetración oral forzada y la introducción de objetos por vía vaginal y anal incluidos en supuesto de abuso sexual con acceso carnal.**

Finalmente, la última reforma introducida por ley 27352 -impulsada para acotar el margen de interpretación que puedan tener los jueces sobre el texto legal- fundamentalmente vino a esclarecer el tratamiento suministrado a la felación, cuyo nuevo texto del art. 119 sanciona con la misma pena cuando *“mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por vía anal, vaginal u oral o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías”*.

Aunque esta nueva redacción sigue utilizando el giro lingüístico de “acceso carnal”, a ésta altura parecería que la inclusión de nuevas modalidades comisivas nada quita ni añade a la caracterización nuclear del delito.

Lo que da razón de ser es el acceso carnal con otra persona que no desea llevar adelante el acto sexual, independientemente que se trate de un hombre o de una mujer, con marcada inclinación a emplear un lenguaje de género neutro en el tipo penal.

Si bien zanja la cuestión relativa a la penetración oral y equipara su tratamiento al previsto para el abuso sexual con acceso carnal (violación); no logra comprenderse la conveniencia o acierto de incluir en el texto otros agregados como “otros actos análogos”, “introduciendo objetos”, “partes del cuerpo”. Lo que sí queda claro, es que a partir de la adopción de un lenguaje neutro en la nueva redacción del tipo penal, tal circunstancia permitiría que el sujeto activo de la conducta sea una mujer al describir como medio comisivo la introducción de objetos. Debe tenerse en cuenta que antes de esta modificación, el acceso carnal únicamente podía llevarse a cabo con el miembro viril masculino, circunstancia que obstaba a la realización de la conducta por parte de las mujeres, pudiendo encuadrarse la introducción de un objeto en alguna de las cavidades únicamente en el supuesto agravante de gravemente ultrajante previsto para la figura básica (agregada por la reforma de la ley 25.087).

Sin perjuicio de ello, en la redacción de la conducta prohibida puede apreciarse el empleo de una técnica legislativa deficiente que al pretender abarcar más situaciones de punibilidad mediante un

texto no taxativo, va a generar nuevos debates jurisprudenciales en torno a la interpretación de esos términos introducidos por su vaguedad y ambigüedad.

## **Conclusiones**

A poco de analizar las sucesivas reformas legislativas que modificaron la regulación de los delitos sexuales en la Argentina en los últimos tiempos, podemos afirmar que hemos avanzado y evolucionado en el reconocimiento de los derechos en comparación con la letra legal originaria.

También es fácil advertir que en gran medida tal recorrido fue impulsado como respuesta social y política a determinados hechos puntuales generadores de gran estruendo en la sociedad; principalmente sobre las mujeres a quienes afecta o tiene de protagonista, y no sólo me refiero al delito, sino la violencia institucional propia de una ideología arraigada en la estructura patriarcal. Aunque la situación a la que hago referencia no se encuentre vinculada directamente con la letra de la ley, sí genera desconfianza a las víctimas para acudir a la justicia al no percibir en la conformación básica del sistema la voluntad de prevenir, sancionar y reparar los actos de violencia contra las mujeres. Históricamente, todas esas instituciones constituyeron ficciones patriarcales diseñadas para proteger el privilegio masculino.

Es por eso que las críticas feministas al derecho penal se enfocaron en las normas y en los discursos jurídicos elaborados en su aplicación por el neto corte machista de su conformación.

En este contexto, resulta imperativo incluir el feminismo y la técnica jurídica con perspectiva de género para enfocar correctamente los conceptos de discriminación y violencia y eliminar definitivamente el sesgo machista de la legislación.

Pero, como ha podido apreciarse, el sistema penal no resulta ajeno a los factores sociales sino todo lo contrario, lo refleja y lo representa. Por ello, es que la toma de conciencia social sobre la histórica opresión de las mujeres en todos los planos fue el inicio de la transformación.

Por supuesto que no se trata de incluir en la agenda legislativa temas de mujeres, sino de evidenciar el compromiso público con la igualdad para terminar con la discriminación y estereotipos

arraigados en la legislación y llegar a conformar una sociedad en la que quede superada definitivamente la dicotomía hombre-mujer.

Sin dudas habría que enfocar hacia un diálogo constructivo entre el derecho y la sociedad que ubique a los sujetos hombres y mujeres en un plano de igualdad real y contextualice socialmente las normas, incorporando la problemática del colectivo de mujeres que como víctimas históricamente hemos sido marginadas.

En definitiva, los derechos individuales deben trascender las diferencias de género, y lo que se pretende es lograr también la igualdad de género en las relaciones sexuales.

### **Bibliografía**

- Código Penal y normas complementarias análisis doctrinal y jurisprudencial, tomo 4, David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni, de Hammurabi.
- Código Penal de la Nación y legislación complementaria anotados con jurisprudencia, Horacio J. Romero Villanueva, Abeledo Perrot (2015).