

Teoría general y filosofía del derecho	1198
---	-------------

recho romano; en la práctica, sin embargo, se dio una mezcla del derecho romano con el provincial.

Marta MORINEAU

TEORÍA GENERAL Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

ESTRICH, Susan, "Palm Beach Stories", *Law and Philosophy*, Dordrecht, Holanda, vol. 11, núms. 1-2, 1992, pp. 5-33.

La autora, quien es académica en el Centro de Derecho de la Universidad del Sur de California, en Los Angeles, pionera en el análisis del delito de violación, intenta cambiar el sentir social de su país sobre el tema, pues con ironía considera que existen muchos prejuicios sociales y lagunas legales, amén de ignorancia de ministerios públicos, jueces y jurados, sobre lo que es en sí una violación.

Su estudio sigue una secuencia lógica; bien sustentada cada una de sus partes, hace que el lector simpatice por la causa que pretende: procesar a los inculpados y castigar a los culpables, principalmente en los casos en que las víctimas no han manifestado su asentimiento claramente o un conocido ha abusado de la confianza que produce esa relación.

En épocas pasadas era muy difícil que alguien tomara seriamente a la violación entre conocidos (*nonstranger rape, acquaintance rape o date rape*). Últimamente se habla mucho sobre este tema y la autora se pregunta si no se está iniciando una guerra entre las mujeres y los hombres.

Susan Estrich nos habla de dos famosos casos: el de Patricia Bowman, quien denunció a William Kennedy Smith, sobrino de un conocido político norteamericano, y el de Desiree Washington, quien denunció y obtuvo sentencia favorable contra el boxeador Mike Tyson. Aquí menciona las diferencias sociales y raciales entre ambas víctimas y la forma de manejar la evidencia en los juicios.

Señala que en la época en que ella iba a la escuela de derecho, no hace mucho tiempo, los maestros no enseñaban nada sobre la violación y los académicos no consideraban interesante —o importante— el tema. Tan sólo se encontraba en los textos de un caso enredado sobre el problema de "error en el hecho" (*mistake of fact*), en el que un hombre convence a sus borrachos compañeros de parranda

que a su mujer le gusta tener relaciones sexuales con muchos extraños; así las cosas, las tienen, ella grita y forcejea. Después de eso, la Cámara de los Lores tiene que decidir si es "razonable" considerar que hubo error en el hecho para exculpar a los sujetos activos. Ellos señalan que la intención criminal (*mens rea*) es el elemento esencial para que exista responsabilidad penal, de este modo se llega a considerar que la estupidez es una defensa.

Los académicos aplauden la decisión: *mens rea* tiene que ser central en cualquier concepto de criminalidad, "y no la sola estupidez, tiene que ser el elemento esencial en la responsabilidad penal". Pero los políticos no están muy seguros. A partir de entonces, casi todos los estados de la Unión Americana hicieron reformas a su legislación penal, algunos prohibiendo la admisión de evidencia sobre las actividades sexuales pasadas de la mujer; otros redefiniendo el tipo delictivo totalmente, sustituyendo el enfoque de la violencia al de consentimiento; o definiendo diferentes grados de violación. Se eliminaron las reglas que obligaban a añadir hechos o pruebas para fortalecer la evidencia presentada (*corroboration rules*), las instrucciones de cautela dictadas al jurado advirtiéndole que no considere evidencia extraña al juicio al momento de emitir su veredicto (*cautionary instructions*) y el requisito de que la mujer resistiera físicamente un ataque antes de que éste se considerara.

La policía y el Ministerio Público crearon unidades especializadas en delitos sexuales, para recolectar evidencia, dar consejo e inclusive preparar a las víctimas para el juicio. Los hospitales crearon o permitieron que hubiera consejeros para casos de crisis por violación, de modo que las mujeres no tuvieran que mentir y que los escépticos doctores creyeran que esas cosas pasan en realidad a mujeres bonitas que no lo estaban buscando.

Desgraciadamente, sostiene la autora, los cambios no fueron suficientes, ya que no aportaron mucho en casos de violaciones que involucran a un hombre conocido por la mujer; con quien se salió en una cita; con quien se trabaja; a quien se conoce en un bar y con quien se va a casar después; hombres que usan los puños; hombres blancos de buena familia y, finalmente, hombres negros que violan a mujeres negras. Este tipo de casos continúan siendo menospreciados por los fiscales, en caso de que las víctimas los denuncien.

La autora menciona que a pesar de que las leyes nuevas, o incluso las anteriores, consideran al sexo como un delito cuando el hombre utiliza la violencia o la fuerza para tenerlo sin el consentimiento de la mujer, sin importar que ésta previamente lo conociese, le haya

gustado físicamente, haya salido con él, o le haya dado un beso de buenas noches, no se hacen aprehensiones o condenas, porque los jurados no consideran que sea una violación y porque los fiscales "tienen mucho trabajo resolviendo *verdaderos* casos de violación".

Por otra parte, le ha costado mucho trabajo a la investigadora convencer a colegas del sexo masculino para que hablen en clase sobre ese tipo de violaciones. Algunos grupos de mujeres han considerado como "sexistas" esas clases, ya que se juzgan víctimas y no desean oír nada acerca del "otro lado", incluso mencionan que no hay "otro lado". Al respecto piensa que no debe silenciarse este debate, ya que impide que haya reformas.

La autora no está interesada en ver debates entre feministas radicales que piensan que debido a la desigualdad del poder entre hombres y mujeres todo el sexo heterosexual es violación, y entre aquellos que consideran que no la hay a menos que se haya utilizado un cuchillo o una pistola.

Lo que quiere que se debata en clases de derecho penal en las diversas facultades y más importante aún, entre los jurados, es si se debe considerar como violación cuando la cópula fue entre conocidos o amigos, o cuando se invita a salir a alguien en un bar o en un concurso de belleza; considera necesario que el público tome la decisión de que este tipo de violadores (*date rape*) debe ser perseguido y castigado.

Admite que el público está llegando a esa decisión, lenta y tentativamente. Hace cinco o seis años prevalecía la filosofía de que *no* significa *sí* y nunca se hubiera consignado al sobrino de Kennedy, ni condenado a Mike Tyson, porque no se hubiera considerado un crimen lo que hicieron. Sin embargo, lo más importante no es saber que *no* significa *no*, sino que hay que decidir cuándo estamos dispuestos a aceptar que una mujer dijo que *no*.

Para aclarar lo anterior, la autora se hace las siguientes preguntas:

- 1) ¿Qué es lo que se debe saber de la víctima, y qué debe seguir siendo privado?
- 2) ¿Cuál es la normalidad de un juicio?
- 3) ¿Es más fácil condenar la violación entre desconocidos, que sancionar a alguien que violó a una conocida?

Respecto de la última interrogante señala Susan Estrich que ya se ha hecho lo primero, la pregunta es cuándo se estará listo para realizar lo último. Dice que esta es una decisión que debe ser tomada, no por los jueces y fiscales, sino por el pueblo.

Al entrar al tema, se centra en la credibilidad de la víctima y de cómo a través de las diversas épocas ha sido diferente el camino para probar que hubo violación.

En los casos de violación entre extraños, la víctima debe reconocer al hombre correcto y probar que quien dice que la violó, en realidad lo hizo; sin embargo, en la violación entre conocidos, la prueba es más difícil, debido a que los defensores presionan más en esa confesional (testimonial, en derecho anglosajón): ¿qué hacía en el hotel del acusado a las tres de la mañana?, ¿qué creía que iba a pasar?, suelen ser las preguntas típicas de un abogado defensor del presunto delincuente.

Si a la víctima se le pregunta sobre encuentros sexuales anteriores y sobre pormenores íntimos, la evidencia se utiliza para probar que la víctima dio su consentimiento o que su testimonio no es creíble. A las mujeres víctimas de una violación se les humilla, se les acosa con preguntas y el público las condena: a veces por permanecer calladas y otras por externar su desaprobación; si se queda callada dicen que consintió y si habla afirman que está perturbada psicológicamente.

Estrich menciona que en este tipo de juicios en realidad se está juzgando a la víctima y cita a John Henry Wigmore (*Evidence in Trials at Common Law*, publicado originalmente en 1904), quien en resumen sostiene que las denunciadas de una violación tienen complejos psíquicos, distorsionados parcialmente por defectos inherentes y parcialmente por instintos anormales, parcialmente por estar rodeadas de ambientes malos y parcialmente por condiciones psicológicas o emotivas temporales. La mentalidad deshonestas (*unchaste*) encuentra su expresión incidental, pero directa, en la narración de incidentes sexuales imaginarios, en los cuales la narradora es la heroína o la víctima.

En algunos estados de la Unión Americana la evidencia debe apoyarse en el testimonio de otra mujer y en "modelos de conducta" de la víctima: si ha tenido relaciones extramaritales, si ha sufrido abortos, si acostumbra sostener relaciones con hombres distintos, etcétera.

Con la finalidad de convencer al lector, la autora manifiesta que quienes nunca han sido víctimas de una violación, consideran que debe ser una experiencia inolvidable, lo cual es cierto en parte, pero por otra se trata de bloquear la mente. Por esta razón existe inconsistencia en las declaraciones de las víctimas. También menciona ella que el fiscal tiene la carga de probar la culpabilidad más allá de

una duda razonable y que cuando no hay otros testigos o evidencia de violencia física, debería otorgársele un mayor peso al testimonio o declaraciones de la víctima.

El artículo, que forma parte de una publicación especial dedicada a analizar la *violación*, de la revista *Law and Philosophy*, resulta una contribución al tema que los medios destacan en forma más abierta. Cabe señalar que la autora, recién egresada de la carrera, se topó con el problema de que en las escuelas de derecho no existe un buen texto de derecho penal que abordara bien el tema, de ahí surgieron sus primeras recopilaciones de "casos", que circuló entre sus colegas, hasta llegar a introducir secciones completas sobre la violación en los libros de texto.

La causa por la cual el tema fue ignorado, concluye la autora, es que había víctimas en las clases que no querían oír la versión del otro lado, pues desde su punto de vista no había otro lado. "Silenciar el debate solamente refuerza y reafirma el *status quo* que muchos de nosotros estamos tratando de cambiar".

Juan Luis GONZÁLEZ ALCÁNTARA

VARIOS

BEKERMAN, J. M., "Informática: Su regulación jurídica internacional, *vis a vis* la brecha tecnológica", *Revista del Derecho Industrial*, Buenos Aires, año 11, núm. 33, septiembre-diciembre de 1989.

La modificación del mundo por la informática desencadena en lo jurídico acontecimientos que involucran al jurista. Como introducción al análisis de esta problemática jurídica, el autor parte de la internacionalización de la informática, atribuida a la concurrencia de tres causas casi contemporáneas.

En primer lugar, la producción y comercialización de *hardware* y *software* se realiza en mercados que trascienden los marcos de los Estados nacionales, de acuerdo con una división internacional del trabajo. En segundo lugar, por su naturaleza la informática no respeta fronteras políticas. En tercer lugar, el desarrollo de las telecomunicaciones, de redes interconectadas de transferencia electrónica de datos, de la concentración de la información, que se manifiestan ante y sobre todo en la economía.