

Teoría general y filosofía del derecho	758
--	-----

Los magistrados municipales superiores contaban con un personal auxiliar, y en él encontramos a los escribas.

Después, la autora transcribe el capítulo referente a estos empleados subalternos, lo traduce y lo analiza.

El texto habla primero de las funciones de los escribas, que son las de auxiliar a los duoviros en la preparación y ordenación de archivos, registros y cuentas, así como, en la redacción de documentos.

Después la ley habla de la manera de designar a los escribas, que era por mayoría de votos de los decuriones o conscriptos del municipio.

Luego trata lo relativo al juramento que los escribas debían efectuar antes de la toma de posesión y para poder después desempeñar el cargo.

En cuanto a los emolumentos de estos empleados, el texto de la ley sólo dice que serán establecidos por los decuriones o conscriptos.

La ley no especifica la relación de trabajo de los escribas con las autoridades municipales, la autora cree que bien pudo ser la de una *locatio-conductio*, ya que la condición social y económica de los escribas provincianos no fue muy alta.

La figura del escriba es interesante, por ser muy antigua y por haber gozado, en algún momento, concretamente en la época republicana, de cierto prestigio en la administración pública.

Marta MORINEAU

TEORÍA GENERAL Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

CANNON, Bradley, "The Supreme Court as a Cheerleader in Political Moral Disputes", *The Journal of Politics*, Austin, Texas, vol. 54, núm. 3, agosto de 1992, pp. 637-657.

El autor trata un tema fundamental: la participación de la Suprema Corte de Estados Unidos en el proceso de decisión sobre cuestiones básicas de política interna, particularmente las más contrarías en términos morales y políticos.

Las mayores controversias de política interna son económicas, de regulación o repercusión nacional que han provocado conflictos filosóficos, de grupos o de clases. En esta materia poco ha participado.

En las discusiones sobre las libertades civiles, que ha propiciado un debate filosófico nacional y acres diferencias políticas, la Suprema Corte ha estado muy involucrada.

En tercer lugar, la Suprema Corte ha participado con cierta frecuencia en las controversias morales que tienen efectos políticos, aquí llamados político-morales, y que pueden tener componentes económicos o de libertades civiles, pero cuya esencia es que se enfocan desde perspectivas absolutas de lo bueno y lo malo.

Lo interesante de estas cuestiones es que tienen implícito un juicio moral absoluto que no se puede negociar ni conciliar. No puede ser acatado en parte sino en su totalidad y, consecuentemente, sólo un lado puede ganar y el otro perder. No hay concertación.

Si tomamos como ejemplo dos casos juzgados, en que la Corte asume una posición, su efectividad para cambiar una política nacional es mayor al lograr un consenso contra la discriminación que en relación con el aborto.

Si bien la Corte puede impulsar las cuestiones político-morales a la atención nacional es mucho más eficaz en promover cambios que defendiendo el *status quo*, y no tiene el efecto de avergonzar o intimidar a la parte perdedora.

El caso del aborto fue interesante en que primero predominó el concepto de libertad de escoger (*pro-choice*) de la mujer, que tenía el respaldo legal como producto de jurisprudencia de la Suprema Corte. Pero la parte perdedora, a favor de conservar la vida (*pro-life*), continuó un movimiento que ha vuelto a replantear los valores, desde la propia Suprema Corte, llegando a un cambio de la actitud judicial respecto de la participación que deba tener el gobierno para apoyar a las madres que deseen abortar. Se trata de una reversión.

Por otro lado, el caso de combatir la discriminación racial, apoyado por la Corte ha continuado en vigor, sin encontrar argumentos y movimientos de consideración que apoyen la vuelta al pasado, con excepción de grupos racistas radicales minoritarios.

Desde el punto de vista del comentarista, el artículo no es suficientemente profundo, pero sirve para plantear un aspecto de negociación social, fuera de cauces democráticos, a través del camino de una autoridad pública no política, que tiene credibilidad frente a la población, para participar en la discusión de asuntos morales y filosóficos, pero de gran impacto en la vida social.

Según el autor, la Suprema Corte no participa en discusiones filosóficas respecto del funcionamiento del capitalismo, como si éste fuera un tema intocable a pesar de que la infraestructura económica

determina la organización social y política, por su tendencia a favorecer al capital sobre el trabajo.

Por lo tanto, la ideología económica es la que no admite consideración filosófica para evaluar sus efectos de bienestar social. Y así como la ley se elabora para favorecer su funcionalidad, la judicatura no la lleva a la reflexión moral-política.

Ni la Suprema Corte ni las elecciones legislativas consideran el aspecto moral de las organizaciones capitalistas, y en la contienda entre dos partidos de centro, las diferencias son sólo en cuanto a cómo promover el mayor éxito del capitalismo, ya que no hay partido de oposición que signifique un proyecto alternativo.

De tal forma que la participación de la Corte de Estados Unidos en asuntos claves es escasa, pues no participó en la discusión de la esclavitud, o en el del papel que debiera tener el país en el extranjero. Se limitó a asuntos de derechos humanos, que si indudablemente son fundamentales, no lo son más que los asuntos de evaluación moral del sistema económico o de la política exterior.

Lo anterior atestigua que la economía da origen a un Estado de derecho y a un sistema de gobierno, de legislación y judicial en apoyo del valor supremo del crecimiento económico, al que por supuesto se someten todas las demás políticas internas, así como las políticas exteriores.

Si bien la participación de la Corte de Estados Unidos es limitada, resulta interesante pensar qué sucedería en México si la Suprema Corte interviniera en la discusión de aspectos político-morales como los de la distribución del ingreso en la desigualdad y pobreza, o la democracia de la autodeterminación del pueblo en elegir gobernantes o decidir el camino nacional y las relaciones con el extranjero.

Por ello se trata de un campo insuficientemente explorado dentro de la organización social y la posibilidad de servir de mecanismo de orientación de discusiones públicas.

Adalberto SALDAÑA HARLOW

HUSAK, Douglas N. y THOMAS III, George C., "Date Rape, Social Convention and Reasonable Mistakes", *Law and Philosophy*, Dordrecht, Holanda, vol. 11, núms. 1-2, 1992, pp. 95-126.

El trabajo inicia con una interrogante devastadora: "¿Cómo es posible para un hombre cometer un error de hecho sobre si una mujer

consiente en tener relaciones sexuales?" Aclaran los autores que en tanto los errores de hecho ocurren en diversas situaciones, la relación sexual tiene cualidades que la distinguen de la mayoría de las otras situaciones, que son, en primer lugar, el hecho de que la mujer tiene una amplia gama de posibilidades de dar a conocer a la otra parte si quiere tener ese tipo de relaciones; y en segundo lugar, la relación sexual es una actividad en la que no se puede tener una opinión informal.

En este artículo, los autores demuestran que es posible cometer equivocaciones razonables (*reasonable mistakes*) con respecto al hecho de que una mujer dé o no su consentimiento para tener relaciones sexuales y centran su tesis en que los convencionalismos sociales (*social conventions*) son cruciales para distinguir entre creencias razonables y creencias irrazonables sobre este consentimiento.

Para hacerlo, estudian los medios que emplean las mujeres para expresar su consentimiento y afirman que la ley debería tomarlos en cuenta. Señalan que cuando las ofensas criminales no requieren de la prueba de la intención de delinquir (*mens rea*), la única defensa es el error de hecho (*mistake of fact*) según lo han señalado los tribunales anglosajones: "Si el individuo (*comisor*) hubiera conocido las condiciones relevantes que hacen dañino su acto, éste deberá ser sancionado como si las conociera; pero si razonablemente no está consciente de ello, no es culpable del daño" (p. 96).

Hablan de la diferencia entre el derecho inglés y el americano: en el primero, quien cometa un error de hecho, aun siendo éste irrazonable, elimina la culpabilidad, a diferencia del segundo, en el que sólo el error razonable lo hace.

Aquí citan el famoso caso inglés de Regina *vs.* Morgan, en el que los acusados manifestaron que el esposo de la ofendida les aseguró que a ella le gustaba tener relaciones con varios hombres y que si gritaba era porque de ese modo se excitaba más. Los acusados fueron dejados libres porque se consideró que había habido un error al considerar que la mujer había dado su consentimiento. El error en este caso es irrazonable, pero ciertamente posible.

Prosiguen señalando que debido a los convencionalismos sociales, muchas equivocaciones deben considerarse errores razonables y los definen como la norma en que existe cierta presunción de que uno debe adecuarse. Por otra parte, dicen que son un conjunto de hechos (*a compris of facts*).

La forma de actuar en ocasiones trae implícita nuestra aceptación; por ejemplo, se presupone que uno pagará el servicio cuando toma

un taxi y solicita que lo lleven a un determinado lugar, o cuando uno pide un café en un restaurante. El taxista y el camarero suponen que uno va a pagar y no necesitan preguntar para que uno lo confirme. Éstas son consideradas como formas de creencia universales y aceptadas en todo el mundo.

Nos hablan de otras situaciones en las que el silencio presupone una forma de aceptación, tal es el caso de una junta de consejo, en la que se les da la oportunidad a los consejeros para que expresen su consentimiento o desaprobación, y éstos se quedan callados.

Afirman que se llegaría a menos malos entendidos si universalmente dejara de considerarse al silencio como forma de expresión del consentimiento, o si fuera obligatorio expresar su aprobación por escrito, pero se dan cuenta que es algo imposible por los problemas que traería ello consigo.

Señalan que el delito de violación requiere de la falta de consentimiento para existir y mencionan que Stephen Schulhofer afirma que no debe permitirse que cualquier cosa que no sea un sí explícito sea tomado como consentimiento para tener relaciones sexuales, y aplauden una reciente ley que dice: "Consentimiento significa que en el momento de la cópula haya palabras o actos indicando la libre aceptación a tener relaciones sexuales" [Wash. Code Ann. sec 9A.010 (6) 1981] (p. 110).

En este caso, si un hombre tiene relaciones sexuales sin una afirmación directa de consentimiento, tiene la intención de delinquir (*mens rea*) que condena esa ley y el único error posible de cometer sobre el consentimiento de la víctima, sería un error de derecho (desconocimiento de la existencia de una ley o de lo que ésta prohíba) y no de hecho, lo cual la legislación penal nunca reconoce.

Por eso señalan los autores que es muy importante reconocer cómo los convencionalismos sociales facilitan la expresión de consentimiento.

Aquí acuden a investigaciones de varios autores como Mónica Moore y Diana Butler [*Predictive Aspects of Nonverbal Courtship Behavior in Women*, *Semiótica* 76 (1989): 205-15, 206 (p. 114)], quienes encontraron 52 comportamientos no verbales de galanteo que las mujeres usan en bares de solteros y cafeterías de universidades, entre los cuales incluyen miradas directas, sonrisas, risas, inclinación de cabeza, besos, solicitudes de ayuda, tocar y acariciar de la contraparte. Las investigadoras concluyeron que en 90% de los casos, un observador podría predecir de ese comportamiento femenino, si un

hombre se iba a acercar o no, y si la mujer iba a aceptar o no por lo menos una invitación.

Timothy Perper y David Weiss [(“Proceptive and Rejective Strategies of U.S. and Canadian College Woman”, *Journal of Sex Research* 23 (1987): 455-80)] (p. 116) concluyeron que frecuentemente las mujeres usan lo que ellos llaman comportamiento “proceptivos”, es decir, comportamientos activos designados para solicitar u obtener de un determinado hombre, una oferta para tener relaciones sexuales y que incluye señales explícitas e implícitas.

Señalan que 87.20% de las mujeres que fueron estudiadas utilizan ese tipo de comportamiento proceptivo cuando desean influir en un hombre para que tenga relaciones sexuales con ellas por primera vez, y menos de 25% de ese 87.20% dijo que explícitamente pedirían a un hombre tener relaciones sexuales.

Resultados similares tuvieron Sandra Byers y Kim Lewis [(“Dating Couples. Disagreements Over the Desired Level of Sexual Intimacy”, *Journal of Sex Research* 24 (1988): 15-29, 26)] (p. 116) al concluir que muy comúnmente las mujeres usan métodos no verbales para dar su consentimiento a una relación sexual. 51% de los casos estudiados mencionó uno de los siguientes como camino para señalar su interés en sexo: ofrecer una copa al hombre, invitar al hombre a un lugar privado que tenga un ambiente romántico, oír música o bailar, y conversar sobre tópicos no sexuales. Sin embargo, las mujeres se comportan del mismo modo cuando no desean tener relaciones sexuales, por lo que no debe creerse que ese comportamiento siempre denota aceptación. Por esa razón, un hombre que es invitado a tomar una copa al departamento de una mujer, puede estar inseguro del mensaje que ésta le está enviando.

Los autores señalan que a pesar de que muchos consideren que no pueda ser posible que un hombre cometa la equivocación de considerar que una mujer consiente el acto sexual al punto de iniciar la cópula, en la vida real pueden resultar varias situaciones:

Resultado 1:

Supongamos que M observa muchas estrategias proceptivas no explícitas de su pareja F que culminan en una invitación a su departamento. Si M inicia un acercamiento físico, tal como rodear con su brazo a F, ella podría acurrucarse (*snuggle up to the man*). M podría continuar avanzando y F recibir cada avance con más comportamien-

tos proceptivos que inciten a M y a ambos a acabar teniendo relaciones sexuales sin haber otorgado consentimiento explícito.

Resultado 2:

Si M se ha equivocado y F no desea tener relaciones sexuales, podría surgir lo que Perper y Weiss llaman "estrategia de rechazo incompleto", en la que la mujer no desea terminar la relación con el hombre, pero por el momento quiere evitar una relación sexual con el hombre.

En este caso, si F desea que la relación continúe, podría reaccionar similarmente a la conducta proceptiva, permitiendo que M la acaricie y la bese, pero sin responder de un modo realmente cálido. Los investigadores tentativamente señalan que no todos los hombres pueden distinguir entre la seducción y la estrategia de rechazo incompleto, por eso M podría continuar hasta que como el sentido común nos dicta, en situaciones normales, una mujer que es asediada y enfrenta la posibilidad de tener relaciones sexuales contra su voluntad, no debe tener problema en mostrar explícitamente su rechazo con un rotundo *no* como en el resultado 2-a.

Como la realidad es más compleja que las ideas, asumiendo que M no desea ceder en su empeño de tener relaciones sexuales con F, pueden surgir otros dos resultados:

Resultado 3:

F puede ir aumentando en su rechazo incompleto, pero detenerse antes de decir *no* o de resistir físicamente.

Resultado 4:

F tiene relaciones sexuales con M como un modo de mantener la relación con él.

Esta última posibilidad de resultado trae a colación el significado de "consentimiento" dentro del contexto de la persecución del delito de violación.

Como se indicó anteriormente, la ley menciona la falta de consentimiento como una condición necesaria para la comisión del delito de violación; sin embargo, la doctrina reciente ha considerado que no lo es y que la violación debe entenderse como una relación

sexual no deseada. Verlo de este modo se traduciría en un aumento exponencial en la incidencia de las violaciones.

Posteriormente ilustran las diferencias entre sexo no consentido y sexo no deseado con estos ejemplos:

Supongamos que M y F están solos después de haber salido juntos por tercera ocasión. M trata de iniciar una relación sexual; F declina; M se detiene, pero le explica a F que a pesar de que quisiera seguir saliendo con ella (*he hopes to continue to date her*), que considera que una intimidad sexual es esencial para una relación satisfactoria y que no volverá a salir con ella, a menos que acceda a sus demandas sexuales. Antes de ese ultimátum, F consideraba viables estas opciones:

1) Se seguirían viendo y saliendo juntos sin tener relaciones sexuales.

2) Se seguirían viendo y saliendo juntos teniendo relaciones sexuales, y

3) No se seguirían viendo ni saliendo juntos.

Suponiendo que F prefiere la opción 1 a la 2 o 3, pero cree que M ya desechó completamente la 1, ella debe decidir entre la 2 o la 3. Ella podría elegir la opción 3 diciéndole a M que no acepta salir en sus términos, pero si elige la opción 2, podemos decir que aceptó (existe consentimiento de su parte) por tener relaciones sexuales no deseadas, debido a que esa opción representa su voluntad, F ha consentido tener relaciones sexuales. Sin embargo, también podemos decir que en realidad no desea tener relaciones sexuales porque la 1 sigue siendo su primera opción.

Muchos actos sexuales caen dentro de la categoría de lo "consentido pero no deseado". Por una u otra razón, muchas mujeres y hombres acceden al sexo no deseado, y muchas mujeres reflejan en esas ocasiones, un sentimiento de haber sido violadas. De esta forma podría sentirse F, si poco después de haber tenido relaciones sexuales, M decide no volver a verla más. Sin embargo, sentirse violada no es equivalente a ser violada.

Volviendo al resultado 3, el tema es más complejo, ya que F no expresó su falta de consentimiento y se volvió un participante pasivo en una actividad que hemos presupuesto que no aceptó.

En este caso, autores como Schulhofer consideran que debe considerarse violación, ya que no existió una indicación explícita de la existencia del consentimiento. Sin embargo, M está en la creencia de que esa aceptación existe.

Como se mencionó anteriormente, la evidencia empírica sugiere que la convención prevaleciente es que el consentimiento para tener relaciones sexuales es que las mujeres no piden explícitamente tener relaciones sexuales cuando lo desean. Incluso, parte de ese convencionalismo tiene residuos de la ideología victoriana de que las mujeres son actores pasivos y sin pasión en el acto sexual.

Si con esta convicción se describe a suficientes mujeres, el error de M, en este caso particular, podría considerarse razonable.

Los autores señalan que no podrían estar de acuerdo con Schullhofer y rechazan categóricamente la defensa de error de hecho de M por haber malinterpretado el rechazo incompleto de F y haberla tomado como una invitación sexual, ya que nunca comunicó expresamente esa falta de consentimiento.

En el resultado 2, es muy difícil que se considere como razonable el error, ya que existió resistencia física y un rotundo *no*. Sin embargo, en 1988 se hizo un estudio en una universidad de Texas, que demostró que 39% de alumnas habían dicho *no* cuando en realidad sí deseaban tener relaciones sexuales y 60.80% de mujeres sexualmente experimentadas señalaron que decían *no* cuando intentaban tener relaciones sexuales.

La razón —explican los investigadores— por la cual muchas mujeres dicen que *no* cuando realmente sí desean tener relaciones sexuales, es (señalaron 90% de las mujeres del estudio de Texas) debido a que no desean ser consideradas como promiscuas.

Similarmente, la forma de interpretación del rechazo físico es dependiente de cómo haya sido éste; es decir, si F quita la mano de M de su pierna, después de varias horas de besos y caricias previas a un acto sexual (*foreplay*) es muy diferente a la existencia de varios y repetidos rechazos físicos y verbales.

Consideran que probablemente en la era victoriana, la interpretación que las Cortes daban a la definición de violación hecha por Blackstone (acceso carnal a una mujer, hecho violentamente y por fuerza y sin el consentimiento de ésta), señalando que la mujer debía resistir lo más que pudiera y que esa resistencia debía estar presente hasta el fin de la ofensa, la convención social era que si la mujer permanecía pasiva, estaba dando su consentimiento.

De igual forma, el conocimiento de la actividad sexual previa de la víctima parecería carecer de importancia, incluso muchos estados de la Unión Americana, se informa, han creado leyes que protegen a las partes de exhibir sus antecedentes sexuales, pero el conocimien-

to de actividades sexuales previas podría influir en la interpretación que M haga de las respuestas de F.

En conclusión, señalan Husak y Thomas, lo más deseable para prevenir los delitos sexuales es una mayor educación para que las mujeres hagan sus intenciones más claras y para que los hombres procedan más cautelosamente. Mientras tanto, es injusto que gente sea sancionada cuando su comportamiento es totalmente razonable.

Los profesores Husak y Thomas de los departamentos de filosofía y derecho, respectivamente, de la Universidad de Rutgers, en Estados Unidos, plantean con un enfoque distinto el tema de la violación, principalmente en los aspectos que se relacionan con lo que podría considerarse como "errores razonables". A diferencia de otros tratadistas, la combinación de esas dos ciencias permite observar puntos de vista en torno a cuestiones que los juristas regularmente no toman en cuenta o menosprecian, cuando se refieren a las causas que motivan lo que se conoce como violación, incluyendo la diferencia que se podría dar en el lenguaje común de la gente, toda vez que existen muchas confusiones sobre las causas del delito, cuestión que se complica cuando los valores sociales cambian, lo que también produce consecuencias en la modificación de la norma y la interpretación que los juzgadores hacen en el momento de dictar sentencia. Salvo los rasgos peculiares de la justicia penal de los países con derecho anglosajón (permanencia de los jurados), el delincuente se tiene que enfrentar a la opinión que prevalece, además de al fiscal para obtener una sentencia justa.

Los autores señalan que a pesar de que la cuestión de la violación pueda ser clara, la mayoría de las legislaciones permiten al acusado de violación defenderse bajo el argumento de que la víctima consintió en las relaciones. De esta premisa parten para explorar las cuestiones de cómo errores de hecho sobre el consentimiento pueden ocurrir y cómo esos mismos errores pueden afectar la responsabilidad por la violación. Se argumenta que ese tipo de hechos, por desafortunados que parezcan, pueden funcionar como defensa ante la acusación, siempre y cuando sean razonables, lo mismo que el motivo del error.

La tesis del estudio al que hacemos referencia se centra en señalar que los convencionalismos sociales son cruciales para poder distinguir sobre lo que es razonable o no cuando se refiere uno al tema del consentimiento: la ley no debe aplicar el criterio de razonabilidad partiendo de la creencia del consentimiento cuando se ignore el sig-

nificado por medio del cual la mujer expresa actualmente en el mundo real sus acuerdos para tener relaciones sexuales.

Juan Luis GONZÁLEZ ALCÁNTARA

VARIOS

DÍEZ PICASO, Luis, "Cambio social y evolución jurídica en la sociedad de la información", *Revista del Derecho Industrial*, Buenos Aires, año 8, núm. 22, enero-abril de 1989.

El autor se propone responder a una doble pregunta, parte de los interrogantes planteados por la tercera revolución científica y tecnológica: ¿de qué manera influye la tecnología en el derecho, cómo lo condiciona o lo modifica?, ¿de qué manera el derecho influye en la tecnología, la comprime o la ensancha?

Se vive hoy el tránsito a lo que el sociólogo norteamericano Daniel Bell denominó *sociedad posindustrial*, la sociedad organizada en torno a la información y su uso, organizadora de flujos de conocimientos, particularmente dependiente de la acumulación de los conocimientos. Ello ya plantea para el autor significativas diferencias en la caracterización y sus implicaciones jurídicas.

Así, la sociedad preindustrial ha estado basada en las materias primas, en un juego de dominación y explotación de la naturaleza que lleva a situaciones de rendimiento decreciente. En esa sociedad, la institución básica es la propiedad. La sociedad industrial se organiza en torno a la energía y al capital, y tiene al contrato como institución básica.

En la sociedad posindustrial, el principio organizador es la información, lo que lleva a nuevas formas de propiedad, algunas ya antiguas, como la propiedad sobre invenciones, ideas, productos del ingenio humano. Se marcha además a la protección jurídico-real de nuevas formas de apropiación de los conocimientos, de los secretos industriales, de la patentabilidad de los programas informáticos. Ello da lugar a nuevas formas y tipos de contratación, sobre todo en cuanto a transferencia de tecnología y de suministro de conocimiento e informaciones.

Especialmente interesante es la idea de que, en cada fase del desarrollo de una sociedad, existe lo que el autor llama una determi-