
La persecución penal de la violencia contra las mujeres: hacia un enfoque basado en méritos de la suficiencia probatoria

Michelle Madden Dempsey*

I. Prefacio

El título original de este artículo era, “La persecución penal de la violencia contra las mujeres en sociedades patriarcales: hacia una aproximación ‘basada en méritos’ de la suficiencia probatoria”. Al poner énfasis en el contexto de las “sociedades patriarcales”, esperaba que el título brindara el contexto adecuado para distinguir las similitudes compartidas por mi sociedad de origen (en términos generales, los Estados Unidos), mi sociedad por adopción desde hace largo tiempo (el Reino Unido, donde viví por siete años antes de volver a los Estados Unidos), y la Argentina (donde este artículo se publicará). A medida que el artículo tomaba forma, sin embargo, comprendí que el calificativo “en sociedades patriarcales” difícilmente resultaba necesario – puesto que “ser patriarcal” es una condición compartida por casi todas las sociedades. Patriarcado – esto es, una injusta inequidad estructural que sistemáticamente limita el acceso de las mujeres a opciones que resultan críticas para el éxito en sus vidas (para alcanzar vidas exitosas) – se manifiesta en modos diferentes en sociedades distintas, pero, hasta ahora, es una condición que ninguna sociedad ha logrado evitar o superar por completo.¹ Entonces, tal y como refleja el título ensayado, este artículo busca dirigirse a una audiencia más universal.

El calificativo en la frase “más universal” merece, no obstante, algunas aclaraciones, desde que las preocupaciones abordadas en este artículo se limitan a sociedades en las que uno o más operadores jurídicos, ostentan poder discrecional

* Universidad de Villanova, dempsey@law.villanova.edu. Profesora de derecho, Escuela de Derecho de la Universidad de Villanova. Traducción de Mariano Araujo (Universidad de Palermo, Universidad de Buenos Aires).

¹ Para mayores explicaciones y discusión sobre el concepto de patriarcado véase, Madden Dempsey, Michelle, *Prosecuting Domestic Violence: A Philosophical Analysis*, Oxford, Oxford University Press, 2009, especialmente el capítulo 7.

para acusar (o no) penalmente, en casos que involucren violencia contra las mujeres.² En las jurisdicciones del common law, como en los Estados Unidos o el Reino Unido, tal facultad se encuentra típicamente en manos del fiscal – o tal vez, está compartida entre la policía y los fiscales. En las jurisdicciones del derecho continental, tales como en la Argentina, el poder para imputar penalmente o retirar una acusación penal se encuentra habitualmente compartida entre el juez de investigación y el fiscal de primera instancia.³ Sin perjuicio de estas distinciones, tanto los Estados Unidos, como el Reino Unido y la Argentina cuentan por igual con operadores jurídicos cuyas decisiones discrecionales determinan si la persecución penal de un caso resultará procedente, y en estos términos, mis comentarios se encuentran consecuentemente adaptados a mis lectores.⁴ *

² Por supuesto, algunas sociedades carecen de sistemas jurídicos operativos – y en la medida que éste sea el caso de alguna sociedad determinada, mis reflexiones resultarán para las mismas de limitada relevancia.

³ Podría objetarse sobre la base de que los sistemas de derecho continental se rigen por el denominado “principio de legalidad”, según el cual no existe discreción para declinar la acusación “en relación a todos los delitos perseguibles penalmente, siempre que existan indicios concretos”, Beazley, Scott, et al., *The Status and Role of Prosecutors*, UNODC, 2014, p. 46, con cita a la sección 152, párrafo 2, Código de Procedimiento Penal Alemán (CPPA). No obstante, se ha observado desde hace tiempo que el principio de legalidad no se ha aplicado en casos que involucran violencia contra las mujeres. Véase, Jescheck, H.H., “The Discretionary Powers of the Prosecuting Attorney in West Germany”, en: *18 American Journal of Comparative Law*, Vol. 508, 1970, p. 18, explicando que el principio general de legalidad no aplica a “casos... en los que se hubiesen perturbado relaciones íntimas... en tales casos, el fiscal insta la acción penal sólo si el supuesto se encuentra dentro del interés público.” *Ibid.*, p. 513.

⁴ No voy a abordar las acusaciones penales privadas en este artículo. Mi enfoque, por el contrario, concierne a las acusaciones impulsadas por el Estado. Comparto la visión de que la persecución penal de los delitos recae dentro de las capacidades y responsabilidades particulares del Estado, antes que en individuos privados. Harel, Arol, “Why Only The State May Inflict Criminal Sanctions: The Case Against Privately Inflicted Sanctions”, en: *Legal Theory*, Vol. 113, 2008, p.14. Como tal, yo tiendo a resistir la expansión de las acusaciones penales privadas, incluso como remedio temporal e imperfecto al abandono del Estado en el ejercicio, con la debida diligencia, de la persecución penal de esos delitos. Sobre el deber de los Estados de ejercer la persecución de la violencia contra las mujeres con la debida diligencia, véase Erturk, Yakin, *Integration Of The Human Rights Of Women And The Gender Perspective: Violence Against Women The Due Diligence Standard As A Tool For The Elimination Of Violence Against Women*, Report of the Special Rapporteur on Violence Against Women, its Causes and Consequences, UN Doc. E/CN.4/2006/61, 20 de enero de 2006. Sobre la obligación de los Estados de ejercer la persecución penal en defensa de poblaciones vulnerables con la debida diligencia, véase R. (on the application of Gujra) v Crown Prosecution Service, 1 A.C. 484, 2013 (Baronesa Hale): “el estado tiene una obligación positiva de proveer un medio efectivo de disuasión, dentro del derecho penal [citas omitidas]... Esta obligación no está satisfecha si una acusación privada, tal que un fiscal razonable pudiera considerar con mayores probabilidades de tener éxito frente a una corte razonable, pudiera verse impedida de proceder por que otro fiscal adoptase una mirada distinta.”

* Nota del traductor: La acusación penal privada (expresión utilizada en este trabajo para traducir el término “private prosecutions”), es una facultad de antigua raigambre histórica

El subtítulo de este artículo pone de realce la pregunta precisa en la que nos enfocaremos: ¿cómo deberían los funcionarios encargados del proceso penal contemplar la suficiencia probatoria en casos que involucren violencia contra mujeres? Esto es, al evaluar un caso para determinar si la evidencia es suficiente para impulsar la persecución penal, ¿cómo deberían los fiscales determinar qué califica como evidencia suficiente? ¿Qué estándar debería aplicarse al evaluar si la evidencia resulta, o no, suficiente?

Consideremos dos posibles estándares. Primero, los fiscales podrían adoptar un enfoque predictivo a la suficiencia probatoria. De acuerdo a la visión predictiva, un caso es probatoriamente suficiente, si y sólo si, la persona que juzgará en última instancia los hechos en disputa probablemente condenará al acusado. Este modo de pensar la suficiencia probatoria obliga a los fiscales a predecir las futuras decisiones de terceros, y a utilizar luego esta predicción como estándar para mensurar la suficiencia probatoria *ex ante*. Si fuera poco probable que la persona o personas que tendrán la última palabra sobre la materia a debatir en el juicio, consideren suficiente a la evidencia presentada, entonces el fiscal (de acuerdo a la visión predictiva) debería declinar la persecución penal por considerarla probatoriamente insuficiente. Una mejor alternativa, según argumento más abajo, consiste en adoptar *un enfoque basado en méritos* de la suficiencia probatoria. De acuerdo a una visión basada en méritos, los fiscales deberían considerar que un caso es probatoriamente suficiente siempre que la persona o personas que juzgarán en última instancia los hechos en disputa *deberían* hallarse convencidos mas allá de toda duda razonable de que el acusado cometió el delito, de acuerdo al modo en que se encuentra definido por ley. El hecho de que ningún jurado *estuviera dispuesto* a condenar al acusado es irrelevante.

243

Este artículo defiende un enfoque basado en méritos de la suficiencia probatoria, tomando como ejemplo los procesos penales por violación en los Estados Unidos. Las lecciones aprendidas del abandono generalizado en la persecución penal de la violación en los Estados Unidos, en tanto pertinentes para la cuestión de

reconocida en algunas jurisdicciones asociadas a la tradición common law (en este caso, el Reino Unido), por la cual un individuo privado (categoría que para Inglaterra y Gales incluye también a personas jurídicas), se encuentra autorizado a accionar penalmente contra un delito y conducir el proceso penal actuando a nombre propio sin representar a la autoridad pública encargada de conducir habitualmente estos procesos en nombre del Estado. En el Reino Unido, esta forma de ejercer la persecución penal reconocida consuetudinariamente desde tiempos remotos en el sistema jurídico del país, fue reconocido por la Cámara de los Lores como "(...) una valiosa protección constitucional contra la inercia o parcialidad de la autoridad." (la traducción es propia) (*Gouriet v Union of Post Office Workers* [1977] 3 All ER 70 per Lord Diplock). En 1985 la Ley de enjuiciamiento de delitos de 1985 (Prosecution of Offences Act 1985), reformó el sistema de justicia, manteniendo la facultad de los individuos para iniciar y conducir procesos penales, pero sujetándola a la potestad del Servicio de Fiscales de la Corona para recuperar el impulso de la acción, la conducción del proceso, y hasta la facultad para desistir del mismo por completo.

la suficiencia probatoria, pueden aplicarse a la persecución penal de violencia contra las mujeres en cualquier sociedad patriarcal en la que los fiscales guardan las llaves del sistema de justicia penal. Como tales, mientras que los comentarios expresados más abajo se encuentran principalmente enfocados en los Estados Unidos, ellos son fácilmente aplicables a temas actuales sobre discreción del fiscal en el proceso penal en la Argentina, que comparte con los Estados Unidos el problema del abandono generalizado en la persecución penal de la violencia contra las mujeres. En ambas sociedades, existe una “cultura persistente que alienta el abuso hacia las mujeres.”⁵ Entonces, también, en ambas sociedades, mientras que por un lado existe un “derecho en los libros” que prohíbe la violencia contra las mujeres – el “derecho en acción” continúa permitiendo a maltratadores, violadores, y asesinos escapar con impunidad.⁶

En las líneas que siguen, este artículo describirá en primer lugar el abandono de la de la persecución penal de la violación en los Estados Unidos, y el grado en que este fracaso se explica en el rol de los fiscales como una función necesaria de la supuesta “insuficiencia probatoria” de sus casos. En segundo lugar, este artículo expone dos modos distintos de aproximarse la cuestión de la suficiencia probatoria: el enfoque predictivo, y el enfoque basado en méritos. Finalmente, este artículo defenderá un enfoque basado en méritos de la suficiencia probatoria, argumentando que esta aproximación no sólo garantiza una mayor probabilidad de condena en los casos apropiados, sino a su vez, que al adoptar un enfoque que yo llamo “persecución penal como reproche”, la persecución de tales casos puede contribuir a transformar las normas sociales patriarcales que contribuyen a perpetuar la subsistencia de la violación.

244

II. El abandono de la persecución penal de la violación en los Estados Unidos

En la mayoría de las jurisdicciones en los Estados Unidos, una acusación penal por violación ya no requiere la corroboración del testimonio de la denunciante o evidencia suficiente de la resistencia de la denunciante al hecho denunciado.⁷ No

⁵ Lahrichi, Kamila, “Thousands take to streets in Argentina to protest violence against women”, en: *USA Today*, 3 de junio de 2015. Véase, también Góni, Uni, “Argentine Women Call Out Machismo”, en: *New York Times*, 15 de junio de 2015.

⁶ Véase Pomeranec, Hinde, “How Argentina Rose Up Against the Murder of Women”, en: *The Guardian*, 8 de junio de 2015, observando que “Argentina cuenta con una legislación integral en materia de violencia de género, pero no ha sido completamente implementada.” Sobre la distinción entre “derecho en los libros” y “derecho en acción,” véase Pound, Roscoe, “Law in Books and Law in Action”, *American Law Review*, Vol. 12, 1910, p. 44.

⁷ Antes de la época de “reformas en las leyes de violación” que comenzaron en la década del 70, muchas jurisdicciones requerían la acreditación de corroboración y/o resistencia. Las reformas concluyeron con cambios tanto en el nombre del delito como en sus elementos. Algunos

obstante, los fiscales son habitualmente reticentes a perseguir/acusar penalmente casos de violación en ausencia de éstos elementos de prueba.⁸ Estudios sobre el proceso de toma de decisiones de los fiscales en casos de violación revelan que esta reticencia está basada habitualmente en la predicción del fiscal sobre la futura negativa de los jurados a condenar en esos casos:

“... No voy a ir [a juicio] cuando sé que no existe ninguna chance de convencer al jurado.”⁹

“Los jurados todavía esperan alguna resistencia o al menos alguna explicación sobre por qué no la hubo. Esto es especialmente exigido ante los casos de una cita que termina poniéndose agria; si no podemos demostrar la existencia de alguna clase de resistencia nos encontramos en un grave problema para lograr sostener el caso.”¹⁰

“Si hablamos de defensas basadas en el consentimiento, los jurados todavía buscan poder corroborar evidencia – lesiones físicas, un arma, una llamada desesperada a la policía.”¹¹

Al evaluar la suficiencia probatoria, “Me siento al otro lado de la mesa frente a [las víctimas] e intento determinar... ¿podría el jurado creerles?”¹²

245

Incluso en jurisdicciones en las que no existe el requisito legal de realizar un juicio de corroboración, los fiscales aplican en los hechos el requisito de corroboración a través de la evaluación de la suficiencia probatoria de cada caso.

“Yo evalúo [la suficiencia probatoria] basándome en [si] ellas [las víctimas]

Estados renombraron “violación” (*rape*) como “agresión sexual” (*sexual assault*) (sin perjuicio de que en este trabajo, utilizaré el término “violación” para referirme a ambos.) Para una revisión de la situación actual de las leyes de violación en los Estados Unidos, véase *Statutory Compilation: Rape and Sexual Assault Laws*, AEquitas, 2012.

⁸ Spohn, Cassia y Horney, Julie, *Rape Law Reform: A Grassroots Revolution and Its Impact*, Plenum Press, 1992. Véase también, Biechner, Dawn y Spohn, Cassia, “Prosecutorial Charging Decisions in Sexual Assault Cases: Examining the Impact of a Specialized Prosecution Unit” en *Criminal Justice Policy Review*, Vol. 16, 2005 (analizando información de estudios multijurisdiccionales que demuestran “que los fiscales seleccionan casos con una alta probabilidad de resultar en condenas y rehúsan postular una acusación penal en casos en que alcanzar una condena es improbable.”)

⁹ Spohn, Cassia y Tellis, Katharine, *Policing and Prosecuting Sexual Assault: Inside the Criminal Justice System*, Lynne Rienner Publishers, 2014, p. 77.

¹⁰ Spohn y Horney, *supra* nota 8, p. 128.

¹¹ Spohn y Horney, *supra* nota 8, p. 128.

¹² Spohn y Horney, *supra* nota 8, p. 78.

pueden corroborar lo que denuncian.”¹³

*“[Incluso si] usted cree en la honestidad de alguna (denunciante de una violación), [si] no existe forma de corroborarlo... no puede presentar cargos.”*¹⁴

Inclusive, los fiscales son habitualmente reacios impulsar casos en los que la denunciante llevó adelante un “comportamiento riesgoso”, tales como “caminar sola de noche, hacer dedo en la ruta, estar sola en un bar, consumir alcohol o drogas, acompañar voluntariamente al sospechoso a su residencia, o invitar al sospechoso a su propia casa”; o cuando la denunciante es ponderada como una persona de carácter moral cuestionable por haber tenido “actividad sexual previa con alguien más que el sospechoso, un embarazo o hijos extramatrimoniales, historial de abuso con alcohol o drogas, antecedentes penales, o haber trabajado en una profesión de mala reputación.”¹⁵

*“Pero por sobre todas las cosas, el jurado quiere una víctima de su agrado. Esto es específico de los delitos sexuales... Cuanto más, y pongo esto entre comillas, ‘inocente’ la víctima, mejor.”*¹⁶

246

*“Si las chicas jóvenes salen a divertirse ellas deben entonces asumir las consecuencias de consumir alcohol... Los jurados se representan una víctima tomando al pie de la letra aquello creado por los medios, el cine, y los libros...”*¹⁷

Los efectos del comportamiento riesgoso de la denunciante y su carácter moral percibido sobre el proceso de toma de decisiones del fiscal, son particularmente fuertes en casos de violación en los que el atacante es conocido por la víctima.¹⁸ A diferencia de muchos de los casos de violación en los que el atacante es extraño a la víctima, donde la defensa reconoce que la denunciante fue atacada pero aduce haber sido confundido con el verdadero perpetrador, los acusados en casos de violación por conocidos buscan habitualmente “persuadir al jurado de que la víctima ‘estaba pidiéndolo’ o que ella ‘lo llevó a hacerlo’.”¹⁹ Como tal, en casos

¹³ Spohn y Horney, *supra* nota 8, p. 80.

¹⁴ Spohn y Horney, *supra* nota 8, p. 81.

¹⁵ La categoría “profesión de mala reputación” en el estudio incluían trabajar como “bailarina go-go, masajista profesional” o haber sido prostituida. Biechner y Spohn, *supra* nota 8 en p. 488.

¹⁶ Biechner y Spohn, *supra* nota 9, p. 488.

¹⁷ Spohn y Tellis, *supra* nota 19, p. 95.

¹⁸ Biechner y Spohn, *supra* nota 8, pp. 488-489.

¹⁹ Biechner y Spohn, *supra* nota 8, pp. 488-490.

donde el consentimiento está en discusión, el proceso de toma de decisiones del fiscal se encuentra habitualmente influenciado por el carácter moral que se percibe de la denunciante:

*Un jurado típico está buscando una víctima joven y bonita, que no haya tenido ninguna suficiencia en la agresión. Ese es en esencia el estándar que usamos, ¿cuento con suficiente evidencia para alcanzar las expectativas del jurado? Pese a que ella hizo algo tonto, ¿tengo suficiente evidencia para convencer al jurado de lo contrario?*²⁰

Dada la escasez de investigación en las ciencias sociales respecto a la predisposición de los jurados a condenar en ausencia de corroboración y/o evidencia de resistencia física, o en casos en que la denunciante participó de un comportamiento riesgoso o es percibida por los fiscales como detentora de un carácter moral reprochable, es difícil evaluar con precisión las afirmaciones de estos fiscales escépticos.²¹ Tal vez si los fiscales estuvieran más dispuestos a llevar estos casos a juicio, los jurados podrían tener la oportunidad de probar que los escépticos están equivocados. De hecho, en estudios recientes con jurados simulados, los investigadores determinaron que casos supuestamente “débiles” pueden ser fortalecidos significativamente proveyendo al jurado con información adicional relativa a materias tales como “la factibilidad de un bloqueo de la víctima durante el ataque, la frecuencia con la que las víctimas demoran la denuncia, o las diferentes reacciones emocionales que la victimización podría sacar a flote” luego de un ataque sexual.²²

247

²⁰ Biechner y Spohn, *supra* nota 8, p. 488.

²¹ Parte importante de la dificultad para garantizar una investigación confiable en las ciencias sociales se debe al no mantenimiento de registros sistemáticos de los casos reportados por parte de la policía y los fiscales. Para una reseña y crítica sobre la información disponible, véase Archambault, Joanne y Lonsway, Kimberly, “The “Justice Gap” for Sexual Assault Cases: Future Directions for Research and Reform”, en: *Violence Against Women*, Vol. 145, 2012, p. 18 (estimando que por cada 100 violaciones, entre 5-20 son reportadas a la policía, 0.4-5.4 son llevados a juicio, 0.2-5.2 concluyen en condena). Véase también, *Capitol Offenses: Police Mishandling of Sexual Assault Cases in the District of Columbia*, Human Rights Watch, 2013 (documentando el extendida negación de la policía a documentar e investigar las violaciones reportadas). Véase también Yung, Corey Rayburn, “How to Lie with Rape Statistics: America’s Hidden Rape Crisis”, en: *Iowa Law Review*, Vol. 99, 2014, p. 1197.

²² Ellison, Louise y Munro, Vanessa, “Reacting to Rape: Exploring Mock Jurors’ Assessments of Complainant Credibility”, *British Journal of Criminology*, Vol. 49, 2009, p. 202. Incluso estudios posteriores más prometedores sugieren que la asistencia de expertos en juicios de violación es efectiva en la corrección de “por lo menos algunas de las infundadas asunciones y sesgos de actitud que impiden el acceso a la justicia a demasiadas víctimas de ataques sexuales.” Ellison, Louise y Munro, Vanessa, “Turning mirrors into windows? Assessing the impact of (mock) juror education in rape trials”, en: *British Journal of Criminology*, Vol. 49, 2009, p. 363.

Por supuesto, los jurados podrían sin embargo, no condenar en tales casos. La pretensión central de este artículo es simplemente que la *predicción* de un fiscal de que un jurado determinado absolverá, no debería significar que ese caso es probatoriamente insuficiente. Por el contrario, la decisión de acusar y llevar a juicio casos de violación debería estar basada en la estimación del fiscal respecto a si el jurado *debería* condenar. Específicamente, los fiscales deberían preguntar, “dada la prueba de cargo que probablemente resulte admisible en el proceso, y los argumentos y evidencia de la defensa, ¿debería un jurado determinar que cada elemento del delito ha sido acreditado fuera de toda duda razonable?” En muchos casos de violación, esta pregunta se reducirá a, “¿debería el jurado creer a la víctima cuando declara que ella no prestó consentimiento?” y “¿debería el jurado concluir que el acusado supo o debía haber sabido que la víctima no prestó consentimiento?”²³ Si la respuesta a cualquiera de las preguntas es “no”, entonces el caso debería ser desestimado. Pero, si las dos preguntas pueden ser respondidas afirmativamente, entonces el caso debería ser llevado a juicio.²⁴

III. Desmenuzando la suficiencia probatoria

En la literatura académica angloamericana relativa a la discreción del fiscal, los debates relativos a la aproximación adecuada a la suficiencia probatoria hacen foco en cierto modo sobre distintas preocupaciones. En los Estados Unidos, los debates se han centrado en si el fiscal debería hallarse convencido personalmente, fuera toda duda razonable, sobre la culpa del acusado antes de proceder al juicio, o bien, en si resulta apropiado para el fiscal proceder basándose meramente en la causa probable de la culpabilidad del acusado. Mientras que el estándar legal aplicable requiere la mera acreditación de causa probable,²⁵ diversos especialistas en ética legal han adherido al estándar más riguroso de “personalmente convencido de ausencia de duda razonable”.²⁶

²³ Estas preguntas presuponen una definición de violación similar a la de la Ley de delitos sexuales del 2003 (*Sexual Offences Act 2003*) (Inglaterra y Gales), s. 1 (Sec. 1).

²⁴ Esto es, asumiendo que la persecución penal del delito sea en defensa del interés público. Doy por hecho que un “fiscal podría... de acuerdo con el interés público declinar la acusación penal, sin perjuicio de contar con evidencia suficiente para sostener una condena.” (traducido del original), *American Bar Association, Standards for Criminal Justice: Prosecution and Defense Function*, 1993, 3era. Edición, párrafo 3-3.9(b). En casos en que los fiscales declinan la presentación de cargos sobre la base de una supuesta insuficiencia probatoria, no obstante, se deja afuera la pregunta respecto al interés público.

²⁵ *Bordenkircher v. Hayes* 435 U.S. 357 (1978). El estándar de causa probable establece un umbral bajo para evaluar la suficiencia probatoria. “[No] tiene por qué resultar “más probable que no” que el acusado sea culpable. Todo lo que se necesita es una adecuada posibilidad de culpa, algo más que una “sospecha razonable.” Green, Bruce, “Prosecutorial Ethics as Usual”, en *University of Illinois Law Review*, 2003, pp.1573 y 1588.

²⁶ Véase Freedman, Monroe y Smith, Abbe, *Understanding Lawyers' Ethics*, Lexis-Nexis, 2010, cap. 10 y Freedman, Monroe y Smith, Abbe, “The Prosecutor's Duty to Truth”, en *Georgetown*

En el Reino Unido, el debate se ha enfocado típicamente en si el Servicio de Fiscales de la Corona (SFC) (*Crown Prosecution Service (CPS)*) decidió correctamente al adoptar un test de “probabilidades reales” para la suficiencia probatoria en los 80s (diferenciado del test “prima facie” que había sido utilizado previamente por la policía); y de ser así, en cómo la noción de “probabilidades reales” debería ser interpretada.²⁷ La discusión, en lo que sigue, estará dedicada principalmente a los problemas en juego dentro del debate en el Reino Unido, pese a que la pregunta básica relativa a cómo ejercer la discreción de la mejor manera por parte de los fiscales respecto a la evaluación de la suficiencia probatoria, es un problema latente en toda jurisdicción en las se plantean tales decisiones discrecionales.

Bajo el test “prima facie” anterior, la evidencia era considerada suficiente en tanto hubiera “evidencia sobre la base de la cual, de ser admitida, un jurado razonable... estuviera justificado a condenar.”²⁸ Este test era (y es) ampliamente deficiente en la medida que no toma en consideración ni la confiabilidad o la credibilidad de la evidencia de la “probabilidades reales”, ni la evidencia que probablemente aduzca la defensa durante el juicio. Por tanto, el test “prima facie” fue justamente rechazado a favor del test de “probabilidades reales”, según el cual la evidencia es considerada suficiente siempre que “un jurado objetivo, imparcial y razonable... adecuadamente dirigido y actuando conforme a derecho, *sea más proclive* a condenar que a absolver al acusado por los cargos imputados.”²⁹ Como observaron Ashworth y Redmayne, “el test de ‘posibilidades reales’... es claramente predictivo por naturaleza: requiere del fiscal el evaluar si, sobre la base de la evidencia que probablemente vaya a ser aportada en el proceso, sea más probable obtener una condena que una absolución.”³⁰

249

Una aproximación predictiva a la evaluación de la suficiencia probatoria, bautizada como el enfoque del “corredor de apuestas”, o de las “probabilidades en contra”, consiste simplemente en adivinar si un jurado tipo probablemente condenaría o absolvería en un caso determinado.³¹ A consecuencia de esto, la misma evidencia podría ser considerada probatoriamente *suficiente* en una localidad donde los jurados estén frecuentemente dispuestos a condenar, y a la vez ser considerada *insuficiente* en una localidad en la que los jurados sean más proclives a absolver.

Journal of Legal Ethics, Vol. 14, 2001, p. 309. El estándar más riguroso no ha quedado, sin embargo, exento de críticas. Véase Burke, Alafair S., “Prosecutorial Agnosticism”, en *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 8, 2010, p. 79.

²⁷ Véase, en general, Ashworth, Andrew y Redmayne, Michael, *The Criminal Process*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

²⁸ *Ibid.*, p. 200, citando a *Royal Commission on Criminal Procedure*, Report, par. 8.8.

²⁹ CPS Code for Crown Prosecutors (2013) par. 4.5.

³⁰ Ashworth y Redmayne, *supra* nota 27, p. 200.

³¹ Véase *R (B) v Director of Public Prosecutions (Equality and Human Rights Commission intervening)* EWHC, 2009, p. 106, WLR 2072, párrafo 49, per Toulson LJ, y *R (on the application of Gujra) v Crown Prosecution Service*, 1 A.C. 484, 2013, párrafos 50-52, per Neuberger, LJ.

Si el rol del fiscal fuera el de ser un mero servidor de la voluntad de la población local, un enfoque predictivo de la suficiencia probatoria tendría cierto atractivo.³² Sin duda, algunas injusticias probablemente surgirán de la aplicación incongruente del derecho penal entre distintas localidades, pero si se espera de los fiscales únicamente la persecución de aquellos casos que la población local desea que persigan, entonces tal vez cierta inconsistencia resulte justificable. Como ha observado Richard Uviller, existe una percepción según la cual declinar la acusación penal por temor a la absolución puede ser concebido como demostrativo del “debido respeto al sentimiento de la comunidad.”³³

Por supuesto, no obstante el rol correcto del fiscal no se encuentra limitado de este modo. Basta con recordar la negativa de los jurados en el Sur de los Estados Unidos a condenar en casos de violencia racial de supremacistas blancos para entender que algunos casos deberían ser llevados a juicio, incluso si un típico jurado local no estuviera dispuesto a condenar.³⁴

Por otra parte, adoptar un enfoque puramente predictivo a la suficiencia probatoria se encuentra fundamentalmente reñido con un ejercicio responsable de la discreción del fiscal. Al basar sus decisiones exclusivamente sobre la predicción de qué es lo que un jurado probablemente resolvería en un caso determinado, los fiscales renuncian a su responsabilidad de juzgar la suficiencia probatoria. Como Wallace Loh ha observado correctamente, evaluar casos basándose en predicciones de “probabilidad de condena (*convictability*)... es un estándar que no deja mucho espacio para el ejercicio de la discreción.”³⁵ Tal como los fiscales rechazan casos de violencia doméstica ante el pedido de la víctima de renunciar a su discreción frente al pedido de esas víctimas, de igual modo lo hace el enfoque predictivo de la suficiencia probatoria para casos de violación cada vez que los fiscales renuncian a su responsabilidad al entregar su poder de decisión a un jurado hipotético.³⁶

¿Qué significa adoptar un enfoque basado en méritos a la suficiencia probatoria? Una interpretación posible, como han explicado Ashworth y Redmayne, es que esta mirada requiere del fiscal “juzgar la fortaleza de la evidencia y aplicarle la ley

³² Ashworth y Redmayne, *supra* nota 27, p. 201, señalando que el enfoque predictivo a la suficiencia probatoria tiene atractivo para “aquellos que creen en la suprema importancia de los juzgamientos legos”.

³³ Uviller, H. Richard, “The Ethical Prosecutor in Quest of an Ethical Standard: Guidance from the ABA”, en *University of Michigan Law Review*, Vol. 71, 1973, pp. 1145, 1154.

³⁴ Véase Alfieri, Anthony, “Retrying Race”, en *University of Michigan Law Review*, Vol. 101, 2003, p. 1141.

³⁵ Loh, Wallace, “The Impact of Common Law and Rape Reform Statutes on Prosecution: An Empirical Study”, en *Washington Law Review*, Vol. 55, 1980, 543, 603.

³⁶ Para un desarrollo del argumento relativo a la abdicación de los fiscales de su discreción a las víctimas, véase Madden Dempsey, Michelle, *Prosecuting Domestic Violence: A Philosophical Analysis*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 26-27 y cap. 9.

fidedignamente.”³⁷ Debo confesar que encuentro esta interpretación del enfoque basado en méritos algo opaca. Presumiblemente, cuando Ashworth y Redmayne caracterizan el enfoque basado en méritos como aquel que hace un llamado de “fidelidad a la ley,” lo que quieren decir es que en rigor llama a los fiscales a considerar si el jurado y la corte de apelaciones deberían concluir que la evidencia es suficiente para establecer que el acusado ha cometido el delito tal y como se encuentra definido en la ley. En estos términos, su visión es consistente con el enfoque de la Baronesa Hale, el cual pregunta sobre si un jurado debería determinar que todos los elementos de la acusación han sido demostrados mas allá de toda duda razonable.³⁸

IV. Hacia un enfoque basado en méritos de la suficiencia probatoria en casos de violación

Recapitulando, bajo la luz de un enfoque basado en méritos, un caso es considerado probatoriamente suficiente siempre que un jurado debiera considerarse convencido más allá de toda duda razonable de que el acusado cometió el delito, en los términos definidos por la ley. El hecho de que ningún jurado estuviere dispuesto a condenar al acusado es sencillamente irrelevante.

Desde este enfoque, las consideraciones articuladas en las citas de la sección previa, reflejando las preocupaciones de los fiscales respecto a si un jurado “espera” evidencia de resistencia, o bien si cualquiera de los órganos encargados de juzgar la veracidad de los hechos “está buscando” corroboración, o si “quiere” a una víctima que parezca “inocente”, son irrelevantes para la cuestión de la suficiencia probatoria. Seguramente, un fiscal estaría inclinado a buscar y presentar evidencia que podría probar ser persuasiva si tal evidencia estuviera disponible, en orden a fortalecer la probabilidad de condena; pero para la visión basada en méritos, la falta de tal evidencia y la correspondiente reticencia de los jurados (o de otros órganos encargados de juzgar la veracidad de los hechos) a condenar en su ausencia no deben llevar a la conclusión de que el caso es probatoriamente insuficiente.

Una objeción obvia a la implementación de un enfoque basado en méritos a la suficiencia probatoria es que adoptarlo implicaría un dispendio de recursos de la fiscalía. Si un caso tiene pocas posibilidades de concluir en condena, el pensamiento

251

³⁷ Ashworth y Redmayne, *supra* nota 27, p. 201.

³⁸ “[Un] fiscal razonable debería preguntarse a sí mismo qué podría llegar a hacer una corte razonable, no necesariamente lo que él mismo haría. Debida consideración debiera darse también al hecho de que sólo cuando la cuestión sea efectivamente llevada a juicio será posible decidir a quién creerle. Todos sabemos que la evidencia puede resultar valorada de manera muy diferente en la corte en comparación con la forma en la que se presenta en el papel: a veces resulta fatalmente subestimada en el interrogatorio pero a veces termina fortalecida.” *R. (on the application of Gujra) v Crown Prosecution Service*, 1 A.C. 484, 2013, párrafo 126 (Baronesa Hale).

indica que no hay razón para postular una acusación. Un argumento como tal, no obstante, no logra apreciar la variedad de razones que pueden servir de justificación para los procesos penales. Puesto que, mientras que la condena trae consigo la reprobación del delincuente y su infracción, así como (típicamente) trae aparejado un castigo por su acto ilícito, existen otros valores que pueden ser promovidos, incluso en ausencia de una condena. Estos valores independientes de la condena pueden dar razones a favor de impulsar una acusación penal, inclusive una que se encuentre casi decidida a culminar en una absolución. Ciertamente, algunas de estas razones (discutidas más adelante) son particularmente relevantes en el contexto de los procesos penales por violación.

Comencemos, no obstante, por establecer a un nivel más general dos formas en las que impulsar una acusación penal puede promover valores importantes.³⁹ Por un lado, los procesos penales pueden promover valores en virtud de las buenas consecuencias que estos traen al mundo. Voy a referirme a estos como valores *consecuenciales* (*consequential values*).⁴⁰ Por el otro, los procesos penales pueden promover valores que son intrínsecos al proceso de enjuiciamiento; lo que vale decir, los procesos penales pueden promover valores intrínsecos sin importar qué consecuencias podría (o no) traer aparejado el proceso en sí mismo.⁴¹

252 Una categoría de valor intrínseco consiste en aquello a lo que voy a llamar valor *teleológico*: el valor de *intentar* lograr una buena consecuencia.⁴² Si resultara bueno condenar al acusado, entonces perseguir ese objetivo a través del proceso penal puede promover valor teleológico, incluso si el caso tiene altas probabilidades de concluir con la absolución. Sin importar cuán improbable sea la posibilidad de obtener una condena, si existe alguna chance de éxito y el fiscal procede con miras a ese objetivo, entonces algún grado de valor teleológico es de este modo obtenido mediante el proceso penal. Como Antony Duff ha observado correctamente, la justificación de una práctica “no depende completamente de su eficacia en lograr [su] propósito: a veces lo importante será el intento de lograr ese propósito, incluso si estuviésemos seguros de que el intento está condenado a fracasar.”⁴³ Tomo este como un punto

³⁹ Los procesos penales, por supuesto, pueden a su vez promover *dis*valores significativos, que ofrecen razones en contra de perseguir esos casos. Para mayores discusiones, véase Dempsey, *supra* nota 36, pp. 218-221.

⁴⁰ Para una discusión general sobre las diferentes categorías de valor que pueden alcanzarse por medio de la acción penal, véase Dempsey, *supra* nota 36, pp. 59-80.

⁴¹ Young, Richard y Sanders, Andrew, “The Ethics of Prosecution Lawyers”, en *Legal Ethics*, Vol. 7, 2004, pp. 190 y 191 (asumiendo que “[la] acusación penal no es una actividad valiosa en sí misma.”) Para ser clara, mi afirmación es que los procesos penales *pueden* promover un valor intrínseco, no que los mismos de hecho lo hacen en todos o incluso en la mayoría de los casos.

⁴² Véase, Dempsey, *supra* nota 36, pp. 65-67.

⁴³ Duff, Antony, “Penal Communications: Recent Work in the Philosophy of Punishment”, en *Crime and Justice*, Vol. 20, 1996, p. 1. Duff se refería a la justificación del castigo, pero el argumento es válido para la persecución penal.

verdadero e importante acerca del valor de intentar lograr buenas consecuencias – pero no profundizaré más sobre el mismo en esta oportunidad.⁴⁴

En cambio, deseo enfocarme en el sentido en que las acciones de persecución penal son actos de *reproche* – y explorar los valores que pueden ser alcanzados a través de esta clase de acciones de acusación penal. Al explorar la idea de persecución penal como reproche, espero identificar tanto los valores intrínsecos como consecuenciales que podrían demostrar ser relevantes en el contexto de procesos penales por violación, incluso cuando la condena sea improbable. Asumiendo que estos valores independientes de condena ofrecen razones para impulsar la persecución penal, mi argumento apoyará la adopción de un enfoque basado en méritos para la suficiencia probatoria en casos de violación: uno que valore la suficiencia probatoria basándose en si un jurado *debería* condenar, antes que si de hecho *condenará*.

V. Persecución penal como acusación

La función expresiva del proceso penal se expresa mejor en la idea de acusación. Abajo, voy a identificar los valores que pueden ser promovidos mediante la idea de *persecución penal como reproche*, al distinguir reproche de sus primos cercanos, prohibición y reprobación. Distinguir el reproche de la prohibición nos permite identificar una forma de valor intrínseco en la persecución penal como reproche; mientras que la distinción entre reproche y reprobación nos permite identificar valores consecuenciales que podrían surgir de la persecución penal como reproche.

253

1. Acusación, no prohibición

Prohibición y reproche son similares en la medida que ambos expresan alguna forma de valoración negativa contra lo que sea que está siendo prohibido o reprochado. Las prohibiciones en el derecho penal se expresan a través de la creación de delitos penales de fondo, que identifican una categoría general de conducta (“robo”, “lesiones”, “violación”, etc.). El reproche, en contraste, toma una instancia más particular y concreta de acto ilícito y expresa una valoración negativa contra ese supuesto particular de acto ilícito.⁴⁵

⁴⁴ Véase, Dempsey, *supra* nota 36, cap. 4, para mayor discusión.

⁴⁵ Por ejemplo, la ley sustantiva contra el robo prohíbe el “apropiarse deshonestamente de propiedad perteneciente a un tercero con la intención de privarlo permanentemente de la misma” – y de este modo expresa una valoración adversa respecto a esa clase de comportamiento. La ley no condena directamente, no obstante, el apropiarse indebidamente de una botella de gin de Tesco en la calle Beaumont, Oxford, Inglaterra a las 14:22 pm el 9 de abril de 2009 con la intención de desapoderar permanentemente a Tesco del gin, y ciertamente no expresa una valoración adversa contra el hombre en particular que pasó corriendo junto a mí botella en mano por haber cometido ese acto concreto de robo de gin.

En la medida que las valoraciones negativas expresadas mediante prohibición o reproche son correctas, cada uno promueve una forma de valor intrínseco comúnmente referido como valor *expresivo*. Quizás el mejor modo de entender la naturaleza de este valor es pensarlo en términos del valor moral de decir la verdad.⁴⁶ (Doy por sentado que decir la verdad tiene un valor distinto al valor de sus consecuencias; lo que vale decir que tiene un valor intrínseco.)⁴⁷

Apliquemos esta distinción al delito de violación. Una ley que prohíbe la penetración sexual no consentida expresa de este modo una valoración negativa contra esta *categoría* de conducta ilícita.⁴⁸ Partiendo de que la valoración negativa es verdadera, existe valor expresivo en tal prohibición. Similarmente, una acusación penal que denuncia una concreta y particular instancia de acto ilícito expresa de este modo una valoración negativa contra esa manifestación concreta de ese delito y su autor en particular. En la medida en que la valoración negativa es verdadera, existe valor expresivo en tal reproche.

Expresar valoraciones negativas en respuesta a violaciones concretas cometidas por violadores específicos, a través de la persecución penal como reproche expresa una verdad valiosa que de otro modo no quedaría captada por las prohibiciones generales de las leyes sobre violación. Para explicar el punto de otro modo: una cosa es expresar una valoración negativa contra la violación en abstracto, pero otra distinta es reconocer y expresar valoraciones negativas contra supuestos de violación presentes y concretos.⁴⁹

⁴⁶ Véase, Dempsey, *supra* nota 36, pp. 67-70. Dos puntos merecen consideración especial para evitar confusiones. Primero, el valor expresivo, entendido como valor intrínseco, es contingente con la substancia de la expresión considerada verdadera. Si la valoración adversa es falsa, incorrecta, innecesaria, etc., entonces su expresión carece de valor intrínseco. Segundo, las expresiones pueden tener tanto valor consecuencial como valor intrínseco (como se discute más abajo en el contexto de “dar comienzo a un diálogo moral”).

⁴⁷ *Ibíd.*

⁴⁸ Existen, por supuesto, muchas definiciones variables de violación. Adopto aquí, la que se encuentra definida en la Ley de delitos sexuales del 2003 (*Sexual Offenses Act 2003*) del Reino Unido, así como en las leyes de varios estados norteamericanos. Véase, *Statutory Compilation*, *supra* nota 7.

⁴⁹ Recuerdo comentarios hechos por Newt Gingrich siguiendo los comentarios de Todd Aikin relativos a la violación durante la temporada electoral del 2012 en Estados Unidos. (Esto es, en casos de “violación legítima” los cuerpos de las mujeres pueden “clausurar” cualquier riesgo de embarazo). En una entrevista con ABC news, Gingrich desestimó la crítica en el comentario de su colega candidato Republicano, insistiendo, “Mire, todos estamos contra la violación.... Cada candidato que conozco, cada norteamericano decente que conozco, condena la violación.”. Disponible en: <http://www.daytondailynews.com/videos/news/newt-gingrich-we-all-condemn-rape/vgczS/>. Sin duda sus comentarios son correctos, en el sentido de que existe una valoración adversa ampliamente compartida contra la violación en tanto categoría general y abstracta. El problema surge cuando pasamos a supuestos particulares y concretos de violación y nuestras valoraciones adversas son frecuentemente atemperadas por mitos culturales relacionados con lo que cuenta como “violación legítima.”

A través del reproche, una norma abstracta, general contra una *categoría* ilícita de conducta es traducida a una norma particular y concreta contra un *supuesto* de ilícito de esa conducta. Al hacer esta transición, las normas sociales contra la violación sufren típicamente de aquello que Dan Kahan ha denominado el problema de las “normas resistentes” (*sticky norms*).⁵⁰* Atento a que mi uso de la expresión varía en cierto modo de la forma en la que el autor la emplea, comenzaré por explicar qué quiero decir. Cuando uso el término “normas resistentes” me refiero a cierta clase de normas generales y abstractas contrarias a categorías de conducta, tales como “no violes”, “no golpees a tus hijos”, “no conduzcas ebrio”, etc. Estas normas son “resistentes” en la medida en que enfrentan dificultades a la hora de estrechar la brecha entre su forma abstracta y generalizada, y sus aplicaciones concretas y particulares. Al hacer esta transición, algo de la fuerza condenatoria que sostiene la forma abstracta y generalizada de la norma es retenida – se estanca – y la reprobación que acompaña a la norma no queda completamente traducida a su aplicación concreta y particular.

El proceso de transición por el que las normas pasan de su forma general y abstracta, a sus aplicaciones particulares y concretas variará de acuerdo a las clases de normas en cuestión. Para algunas, el proceso se desarrolla con facilidad, sin rodeos ni dificultades – para otras, el proceso se torna dificultoso, ambiguo y “resistente”. Aquellas normas que se desarrollan sin dificultades tienden a retener su fuerza expresiva negativa durante su transición entre lo general/abstracto a lo particular/concreto – mientras que las “normas resistentes” tienden a perder mucha de su fuerza expresiva negativa durante la transición.

Existe (casi?) siempre algún grado resistencia a medida que las normas hacen su viaje de lo general/abstracto a lo particular/concreto, pero el nivel de resistencia varía. Sospecho que con muchas normas, el nivel de valoración adversa naturalmente decrece a medida que la norma pasa de lo general/abstracto a lo particular/concreto, en virtud de nuestra capacidad para dar sentido a y por consiguiente excusar, al menos hasta cierto grado, la conducta del autor del delito. (*“Tout comprendre c'est*

255

⁵⁰ Kahan, Dan, “Gentle nudges vs. Hard shoves: Solving the Sticky Norms Problem”, en: *University of Chicago Law Review*, Vol. 67, 2000, p. 607.

* Nota del traductor: En el trabajo original del que la autora toma la expresión, el autor define “*sticky norms problem*” como el “problema... [que] ocurre cuando la prevalencia de una norma social vuelve a los operadores jurídicos reticentes a aplicar una ley (en sentido formal) que persigue alterar esa norma.” “Gentle nudges vs. Hard shoves: Solving the Sticky Norms Problem”, en: *University of Chicago Law Review*, Vol. 67, 2000 (la traducción de la cita y el texto agregado entre paréntesis son propios). En ausencia de un suceso específico, y considerando que su traducción literal no hace justicia ni a la intención de su autor original, ni a la de la autora del presente trabajo, se traduce aquí la expresión “*sticky norms*” como “normas resistentes”, por considerar a esta expresión más próxima a la idea de persistencia de normas consuetudinarias o incluso a pérdida de fuerza condenatoria desarrollada en esta sección del presente trabajo.

tout pardonner.”).⁵¹ Así y todo, parece claro que algunas normas abstractas (tales como aquellas que sancionan el robo) parecen tener una tendencia hacia las transiciones sin dificultades; mientras que otras (tales como aquellas que sancionan la violación) parecen tener una tendencia a estancarse.

Como una cuestión general/abstracta, la violación está prohibida por la ley penal y esta prohibición ostenta un potente impacto en tanto expresión de una valoración adversa contra la violación como categoría de conducta. Casi todos, políticos, policías, fiscales, jueces, jurados, víctimas comparten esta norma en su forma general/abstracta. No obstante, al enfrentarse con supuestos particulares y concretos de violación, la fuerza expresiva de las valoraciones adversas tiende a disminuir. En otras palabras, la gente parece encontrar dificultades habitualmente a la hora de aplicar la norma general/abstracta al supuesto particular/concreto sin perder algo de la fuerza expresiva de la norma.

Si todo esto es correcto, entonces podría haber valor expresivo significativo en impulsar una acusación penal en casos de violación, incluso de no resultar en sentencias condenatorias. Puesto que, si las normas contra la violación son tan resistentes como he sugerido, no podemos contentarnos con pensar que las meras prohibiciones contra la violación en tanto categorías generales/abstractas de conducta serán suficientes para expresar una valoración adversa con suficiente claridad. La persecución penal como reproche en casos de violación permite la promoción de valor expresivo en un alto nivel de detalle, dirigiéndose a supuestos particulares/concretos de estas violaciones y violadores. A su vez, no se trata solamente de que tales reproches puedan tener valor intrínseco y expresivo – sino que además pueden promover valor consecuencial. Abajo, explico cómo podría darse esto.

256

2. Reproche, no reprobación

A fin de entender los valores consecuenciales que pueden ser promovidos por medio de la persecución penal como reproche, debemos primero diferenciar el

⁵¹ No obstante, en algunos casos, el nivel de reprobación podría incluso crecer a medida que la norma pasa de lo abstracto a lo concreto. Cuando esto ocurre, considero deberíamos darnos una pausa para considerar si la creciente reprobación de hecho refleja algo acerca de la norma en cuestión, o bien si refleja algo acerca del acusado o de las circunstancias en particular (algo que, tal vez, aquellos que reprueban mas duramente en la circunstancia particular/concreta no quieren reconocer). Tomemos, por ejemplo, el impacto del racismo en casos de violación por extraños. Se reprueba a la violación por extraños (*stranger rape*) en abstracto, como una categoría general de conducta. Pero cuando un hombre negro es sentenciado por violar a una mujer blanca, el nivel de reprobación dirigida contra acusado ha tendido a ser mucho más grande que incluso la fuerte reprobación generada por la norma general/abstracta que sanciona la violación. El nivel de reprobación se dispara fuera de toda proporción respecto a la norma – y esto ocurre no por nada inherente a la norma que prohíbe la violación por extraños, pero por las (no reconocidas) normas racistas relativas a la jerarquía y separación racial.

reproche de la reprobación. Mientras que tanto el reproche como la reprobación señalan alguna forma de valoración adversa, el reproche puede comprenderse mejor como un acto que da comienzo a un diálogo moral, mientras que la reprobación pone fin a ese diálogo.⁵² Como Antony Duff lo explica, los actos de la fiscalía tales como la acusación son el “análogo institucional de una acusación moral,”⁵³ mientras que la reprobación pública, en contraste, tiene una connotación de irreversibilidad en el juicio moral del tipo logrado a través del valor expresivo de la condena.⁵⁴

En la medida que la persecución penal como reproche provoca un diálogo moral relativo a qué clase de supuestos particulares y concretos de conductas son merecedoras de reprobación penal, esta puede por este medio promover valor consecuencial. Las consecuencias de provocar tal diálogo podrían demostrar ser valiosas en varios aspectos, tanto para las denunciantes y los acusados, como para la sociedad en general.

Las denunciantes podrían lograr consecuencias valiosas en la medida que la fiscalía procure un contexto en el cual sus denuncias sean ventiladas. Antes que ser preventivamente silenciadas por fiscales que se reusan a llevar sus denuncias al foro público basándose meramente en una predicción sobre lo que un jurado podría hacer, el enfoque basado en méritos a la suficiencia probatoria alienta la persecución penal de esos delitos, lo que podría brindar un contexto en el que las voces de las denunciantes pudieran ser oídas.⁵⁵

257

⁵² Por esto, Paul Robinson se equivoca al afirmar que ‘la fiscalía... etiqueta al [acusado] como criminal’. Robinson, Paul, “Why Does the Criminal Law Care What the Layperson Thinks is Just?: Coercive versus Normative Crime Control,” en: *Virginia Law Review*, Vol. 86, 2000, pp. 1839, 1867. Por el contrario, la fiscalía meramente *acusa* al acusado de haber hecho algo digno de ser etiquetado como tal. La condena etiqueta al acusado como criminal. La persecución penal es meramente el proceso que podría (o no) llevar a una condena.

⁵³ Duff, Antony, *Trials And Punishments*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986, p. 116.

⁵⁴ Dempsey, *supra* nota 36, p. 68.

⁵⁵ En efecto, este fue precisamente el problema en el caso en que la decisión del Servicio de Fiscales de la Corona de Inglaterra y Gales (*Crown Prosecution Service of England and Wales*) de desestimar cargos por lesiones contra una víctima mentalmente enferma fue considerada como violatoria de los derechos de la víctima protegidos por el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos. El abandono de la persecución penal sobre la base de un enfoque predictivo de la suficiencia probatoria violó los derechos humanos de la víctima, porque, “la implicación lógica de tal razonamiento es la de situar a [la víctima] (o cualquiera que sufra de una patología mental similar) en la posición de ser agredida con impunidad en tanto no exista evidencia independiente de la culpa del agresor.” *R. (on the application of B) v DPP*, 1 W.L.R. 2072, 2009. Además, Lord Toulson hizo explícita en su razonamiento la analogía con casos de violación:

Existen algunos tipos de caso donde es notorio que será difícil obtener una condena, aunque el oficial asignado al caso y el fiscal de la Corona pudieran creer que el/ la denunciante es sincera y confiable. Los casos de la así denominada “violación en ocasión de cita” (“date rape”) son un ejemplo obvio. Si el fiscal de la Corona debiera aplicar un enfoque puramente predictivo basándose en la experiencia

Tal vez irónicamente, incluso aquellos acusados de violación podrían lograr valiosas consecuencias de la persecución del caso bajo un enfoque basado en méritos de la suficiencia probatoria.⁵⁶ Los fiscales que dependen de un enfoque a la suficiencia probatoria puramente predictivo habitualmente insinúan que la razón principal de por qué los casos no son instruidos o por qué no llegan a juicio es porque los jurados no están dispuestos a condenar, *incluso cuando deberían estarlo*. Al obturar el debate público o la discusión del caso de esta manera, la sombra de la culpabilidad permanece sobre el acusado. Si los fiscales implementaran el enfoque basado en méritos a la suficiencia probatoria aquí propuesto, no obstante, el acusado recibiría o bien el beneficio de un foro público en el que defender su conducta, o bien una declaración pública clara de los fiscales explicando por qué un jurado no *debería* encontrarlo culpable (no meramente una predicción de que un jurado no lo *encontrará* culpable).

Adicionalmente a los valores consecuenciales que la denunciante y el acusado podrían lograr, la persecución penal como reproche podría dar comienzo a un diálogo moral sobre valores consecuenciales de manera más general en la comunidad política. Este aspecto del valor consecuencial del proceso penal podría probar ser particularmente relevante en el contexto de los casos de violación, en virtud del problema de las “normas resistentes” discutido previamente. La persecución penal de casos de violación podría probar ser particularmente efectiva en movilizar las normas que sancionan la violación, al proveer un contexto en el que la comunidad política pueda reflexionar, discutir y debatir sobre la forma y contenido de esas normas en casos particulares/concretos.

Con el debido respeto, Dan Kahan está equivocado al suponer que las absoluciones en casos de violación “reafirmarán la validez” de normas problemáticas sobre violación y “perpetuarán comportamientos consistentes con [aquellas] normas.”⁵⁷ O por lo menos, existe poca razón en suponer que las absoluciones podrían tener una tendencia mayor a

pasada de casos similares (enfoque de “corredor de apuestas”), él bien podría sentirse incapaz de concluir que un jurado tuviera más probabilidades de condenar al acusado que a no hacerlo. Pero adoptar un requisito de corroboración en casos como este, que ha sido abolido por el Parlamento, sería incorrecto para un fiscal de la Corona. En el enfoque alternativo “basado en méritos”, la pregunta de si el test probatorio se encuentra satisfecho no dependería en conjeturas estadísticas.

R. (on the application of B) v DPP, 1 W.L.R. 2072, 2009, pp. 2087-2088.

⁵⁶ Mi afirmación no es que los violadores acusados obtendrán valor a través del enjuiciamiento de su caso, tomando todas las cosas en consideración, ni que ningún acusado real de hecho preferiría el enjuiciamiento de su caso.

⁵⁷ Curiosamente, Kahan hizo esta audaz aserción sin evidencia empírica para sugerir su plausibilidad (una audacia que por este medio yo imito al rechazar su afirmación). Mientras que su afirmación me parece contra intuitiva, debo confesar estar en duda sobre cómo uno debería conducirse en el testeo de nuestras instituciones en contradicción. Un estudio como este debería controlar por el número total de violaciones previo a una absolución de alto perfil y atribuir causalmente cambios normativos y conductuales a la(s) absolución(es).

hacerlo que las desestimaciones preventivas o el dejar de acusar penalmente en primer lugar.⁵⁸ En cambio, al impulsar un caso incluso frente a una probable absolución, la persecución penal como reproche crea un foro público en el que la comunidad política puede tomar parte en un diálogo moral relacionado a normas cuestionadas y “resistentes” en torno a la violación. En este sentido, los procesos penales bien podrían funcionar como solvente de normas sociales, para comenzar el proceso de liberar normas resistentes.

3. ¿Cuán valiosa es la persecución penal como reproche en casos de violación?

En este punto, deberíamos hacer una pausa para preguntarnos cuánto valor puede obtenerse reprochando a la violación y a los violadores a través del proceso penal. Después de todo, mi argumento a favor de la suficiencia probatoria basada en méritos alienta a los fiscales a ir a juicio incluso cuando conocen que probablemente no podrán garantizar una condena – y entonces, más les vale a los valores independientes de condena que he identificado estar preparados para soportar mucho trabajo pesado. En esta sección, argumento que los valores independientes de condena que he identificado arriba son particularmente relevantes en los procesos

⁵⁸ Uno podría suponer que la “deserción empírica” de Robinson hablaría necesariamente contra mi posición, ya que ésta dirige nuestra atención al riesgo de que impulsar acusaciones penales que probablemente resultarán en absoluciones pone en peligro la legitimidad del sistema de justicia penal y desperdicia valiosas “fichas de credibilidad moral” que los reformistas podrían de otro modo usar para transformar las normas sociales mediante un seguimiento más cercano de las normas existentes. Robinson, Paul H., “Criminalization Tensions: Empirical Desert, Changing Norms & Rape Reform,” en: Duff, Anthony, et al. (eds.), *The Structure of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011. Al abordar la cuestión de la reforma de las leyes sobre violación, no obstante, Robinson no argumenta en contra de mi visión. En cambio, él supone que los reformistas, insatisfechos con los requisitos existentes de *mens rea* (elemento subjetivo de la culpabilidad/delito), defenderían reformas legales para introducir la responsabilidad estricta en la definición de violación de la ley sustantiva. Él argumenta correctamente en contra de tales reformas - *no* porque haya alguna razón apremiante para que la ley siga a las normas sociales existentes respecto a la violación (como podrían suponer los argumentos de la “deserción empírica”), pero en cambio, porque eliminar la *mens rea* no es justificable frente a una acusación grave tal como la violación. Estoy enteramente a favor del argumento de Robinson contrario a la responsabilidad estricta. Mientras que él no aborda directamente la cuestión de cómo enfocar del mejor modo la evidencia probatoria, sospecho que Robinson estaría ampliamente a favor de mi argumento. Puesto que, al definir un movimiento incremental hacia la negligencia como el requisito de *mens rea* para la violación (sin alcanzar así el estándar de responsabilidad estricta que él imagina preferirían los reformistas), Robinson observa correctamente que “cada caso litigado en público podría convertirse en una oportunidad ... de promover la discusión pública sobre qué debería ser considerado ‘razonable’ en este contexto.” *Ibid.*, p. 201. Nuevamente, estoy completamente de acuerdo. Mi punto aquí es simplemente que a fin de tener esta discusión pública, los casos deben ser primero *litigados en público*. El extendido abandono de la persecución penal basado en conjeturas sobre lo que hipotéticos jurados podrían hacer no es conducente a la provocación de la discusión pública que Robinson tiene en mente.

penales por violación y que ellos ofrecen fuertes razones en favor de perseguir penalmente casos de violación, incluso si obtener una condena fuera improbable.

Manteniendo todas las demás cosas igual, podríamos suponer que el valor obtenido a través del reproche varía de acuerdo a la seriedad del delito y de la culpabilidad del autor del delito. Como tal, perseguir penalmente conductas seriamente incorrectas cometidas por autor del delito altamente culpables lograría un valor significativo; mientras que comparativamente perseguir penalmente delitos menos serios cometidos por el autor del delito menos culpables lograría menos valor. Si esto es así, esto sugeriría entonces que mi argumento a favor de la suficiencia probatoria basada en méritos en casos de violación es más plausible sólo en aquellos casos que involucren violaciones seriamente incorrectas perpetradas por violadores altamente culpables.

En la violación, no obstante, el resto de las cosas no son iguales. Por el contrario, la violación es un delito que ha sido amplia y gravemente malinterpretado. Históricamente, la violación ha sido interpretada como un delito contra los intereses pecuniarios del padre de la víctima o de su marido,⁵⁹ o un delito contra la castidad.⁶⁰ Cada vez más, por supuesto, la ilicitud de la violación es interpretada en términos de un atentado contra la autonomía sexual de la víctima o de su integridad corporal.⁶¹ Adicionalmente, de acuerdo a la concepción feminista (con la cual simpatizo), la violación es entendida como intrincadamente vinculada al patriarcado – tanto en el sentido de que su ilicitud no puede ser adecuadamente comprendida sin reconocer que la violación es una práctica central para la expresión y perpetuación del patriarcado,⁶² y en el sentido de que es una práctica que tiene una fuerte tendencia a sostener y perpetuar el patriarcado.⁶³ Mientras

⁵⁹ Véase, por ejemplo, Deuteronomio, Capítulo 22: “Si un hombre conociera a una virgen que no estuviera prometida en matrimonio y la viola y ellos son descubiertos, él pagará al padre de la chica cincuenta shekels de plata. Él debe casarse con la chica, puesto que la ha violado. Él nunca podrá divorciarse de ella en tanto permanezca con vida.” (“If a man happens to meet a virgin who is not pledged to be married and rapes her and they are discovered, he shall pay the girl's father fifty shekels of silver. He must marry the girl, for he has violated her. He can never divorce her as long as he lives.”)

⁶⁰ Coughlin, Anne, “Sex and Guilt”, en: *Virginia Law Review*, 1998, p. 1.

⁶¹ Gardner, John y Shute, Stephen, “The Wrongness of Rape,” en Horder, J., *Oxford Essays in Jurisprudence*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 193-217; Lacey, Nicola, “Unspeakable Subjects, Impossible Rights: Sexuality, Integrity, and Criminal Law,” en: *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, Vol. 11, 1998, p. 47; Craig, Elaine, *Troubling Sex: towards a legal theory of sexual integrity*, UBC Press, 2012. Véase también el intrigante argumento de Victor Tadros a favor de un delito diferenciado de violación. Tadros, Victor, “Rape Without Consent”, en: *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, 2006, p. 515.

⁶² Por ejemplo, Dworkin, Andrea, “I Want a 24 Hour Truce During Which there is No Rape”, en: Dworkin, Andrea, *Letters from a War Zone*, Lawrence Hill Books, 1993, p. 61. Pese a presentar de otra manera un reflexivo e intrigante relato de la ilicitud de la violación, el relato de Gardner/Shute citado en la nota 61 es de todos modos incompleto en la medida que pierde de vista la relevancia de la inequidad estructural del patriarcado en la constitución del ilicitud de la violación.

⁶³ Sobre qué quiero decir por patriarcado, véase, Dempsey, *supra* nota 36, cap 7.

que las versiones más recientes se acercan más a dar en el blanco, las versiones históricas han probado ser resistentes a la revisión y continúan teniendo una fuerte fijación en el entendimiento social sobre la violación.⁶⁴

Una manifestación de la resistencia a revisar los entendimientos comunes sobre la ilicitud de la violación queda en evidencia mediante lo que es comúnmente referido como “mitos sobre la violación”. Los mitos sobre la violación, término acuñado por Martha Stuart, “son el mecanismo por el cual la gente justifica el desestimar un incidente de agresión sexual de la categoría de ‘violación real’.”⁶⁵ (para enmarcar el punto en los términos expuestos arriba, los “mitos sobre la violación” son parte de lo que hace a las normas que sancionan la violación tan “resistentes.”)

Los típicos mitos sobre la violación incluyen la percepción de que las mujeres a menudo dicen “no” pero en realidad quieren decir “sí”; que “vestirse sensualmente” constituye consentimiento para el sexo; que si una mujer dice “sí” una vez, no hay razón para creerle un “no” la próxima; que una mujer que consiente una forma de actividad sexual por tanto consiente otras formas; un hombre está justificado a forzar a una mujer a tener sexo si ella lo excita sexualmente; y que las mujeres a menudo disfrutaban ser forzadas a tener sexo.⁶⁶

Dada la adaptabilidad de los entendimientos históricos sobre la ilicitud de la violación, la persistencia de “mitos sobre la violación” que los sostienen, y la “resistencia” de normas sobre violación resultante, hay fuertes razones para concluir que los casos de violación deberían ser llevados a juicio, incluso si fuera improbable que el jurado condene.⁶⁷ Estas razones se fundamentan en los valores independientes de condena identificados en secciones anteriores. Más adelante, explico cómo estos valores fundamentan razones particularmente fuertes a favor de un enfoque basado

261

⁶⁴ Taslitz, Andrew, *Rape And The Culture Of The Courtroom*, 1999. Véase también las citas en supra nota 23.

⁶⁵ Burt, Martha, “Cultural myths and supports for rape”, en: *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 38, 1980, p. 217.

⁶⁶ Torrey, Morrison, “When Will We Be Believed? Rape Myths and the Idea of a Fair Trial in Rape Prosecutions”, en: *U.C. Davis Law Review*, Vol. 24, 1991, p. 1013.

⁶⁷ Por supuesto, otros delitos comparten con la violación el problema de “normas resistentes” y, por tanto, argumentos estructuralmente similares podrían ser elaborados para apoyar un enfoque basado en méritos a la suficiencia probatoria también en esos casos. Violencia doméstica, abuso de menores, conducción en estado de ebriedad me resultan delitos potencialmente similares. (No obstante, en décadas recientes, las normas que sancionan la conducción en estado de ebriedad podrían haberse vuelto relativamente “liberadas.” Es interesante el considerar qué hubiera ocurrido si los procesos penales por conducción en estado de ebriedad no hubieran podido beneficiarse de las mediciones de contenido de alcohol en sangre (CAS) -*blood alcohol content* (BAC)- para probar legalmente la intoxicación. Si los fiscales debieran por el contrario demostrar que cada acusado estaba “incapacitado,” sin recurrir a la prueba de CAS, uno podría esperar haber encontrado muchas menos acusaciones a lo largo de las décadas, y como resultado, normas mucho más resistentes que sancionan la conducción en estado de ebriedad.

en méritos de la suficiencia probatoria en casos de violación, incluso si un enfoque predictivo a la suficiencia probatoria sea más apropiado en general.

El valor expresivo de reprochar supuestos particulares/concretos de accionar ilícito, un valor parecido a decir la verdad, da razones particularmente fuertes en favor de llevar a juicio esos delitos en contextos donde la verdad ha sido oscurecida. La violación presenta un contexto como este. Si todos entendieran perfectamente bien que la violación es un delito serio y no tuviera ninguna dificultad al reprochar supuestos particulares/concretos de violación, habría comparativamente menos valor en expresar valoraciones adversas a través de la persecución penal como reproche.⁶⁸ Por supuesto, no obstante, tal como están las cosas, la prevalencia de los mitos sobre la violación contribuye a una extendida reticencia a expresar valoraciones adversas en supuestos particulares/concretos de violación. Como tal, adoptar una estrategia de persecución penal como reproche puede expresar una importante y oscurecida verdad acerca de violaciones particulares/concretas. El valor expresivo ofrece fuertes razones a favor de llevar a juicio casos de violación, incluso si es poco probable que el jurado condene.

Incluso, el valor consecuencial de dar comienzo a un diálogo moral ofrece razones especialmente fuertes a favor de llevar a juicio en contextos en donde existen juicios nitidamente conflictivos con respecto a cuáles instancias particulares/concretas del delito son merecedoras de reprobación penal. De nuevo, la violación presenta un contexto como este. Si todos acordáramos acerca de cuáles supuestos particulares/concretos de violación son merecedores de reprobación penal y no tuvieran dificultad en traducir la fuerza condenatoria de la norma por completo a aquellos supuestos particulares/concretos, habría comparativamente menos valor en dar comienzo a un diálogo moral de este tipo. Si las normas son compartidas universalmente y no son “resistentes”, hay comparativamente menos valor para ser obtenido al provocar un diálogo moral con respecto a las normas. Por supuesto, no obstante, tal como están las cosas, existe profundo desacuerdo con respecto a cuáles supuestos particulares/concretos de violación son merecedores de reprobación penal. Adoptar una estrategia de persecución penal como reproche puede provocar diálogos morales que podrían funcionar como un “solvente” para “liberar” las

⁶⁸ Puesto que, mientras que existe valor intrínseco en decir la verdad, el valor es comparativamente menor al de decir una verdad que todos ya conocen. Verdades obvia y universalmente reconocidas típicamente no valen el aliento requerido para decirlas. Tomen como ejemplo el homicidio. Existe poco desacuerdo respecto al hecho de que el asesinato intencional de otra persona es un delito serio y por qué lo es. En esa medida, existe comparativamente menor valor intrínseco para obtenerse al reprochar el homicidio: la mayoría ya entiende la verdad de la cuestión. Como tal, los valores que pueden obtenerse al llevar a juicio un homicidio dependen menos del delito en si mismo y más en los otros (mayoritariamente consecuenciales) valores que pueden promoverse a través de tales procesos penales.

normas relativas a la violación, tanto en su forma general/abstracta como en la aplicación de aquellas normas a violaciones particulares/concretas. Como tal, los diálogos morales provocados mediante la persecución penal como reproche ofrecen fuertes razones a favor de llevar a juicio casos de violación en los que el jurado *debería* condenar, incluso si el jurado de hecho, *no vaya* a condenar.

VI. Conclusión

“Yo no perdí ese juicio. Si un caso merece ser llevado a juicio y vos lo llevás, ganaste. Luego de eso, está en manos del jurado.” Bill Gaston⁶⁹

Los fiscales deberían repensar qué cuenta como una “victoria” en casos de violación. Ellos no deberían ser reticentes a llevar tales casos a juicio simplemente porque es poco probable que un jurado condene. Además, si dejan de acusar, o más tarde desestiman un caso, ellos no deberían explicar su razonamiento en términos de la no predisposición de un jurado a condenar. Por el contrario, los fiscales deberían asumir la responsabilidad de ejercer su discreción al juzgar la suficiencia probatoria, y basar sus decisiones en si un jurado *debiera* condenar, dada la evidencia y la definición legal del delito. Al hacerlo, los fiscales pueden promover valores independientes de la condena que son particularmente relevantes en el contexto de los casos de violación: los valores expresivos alcanzados a través del reproche de una violación particular/concreta, así como valores consecuenciales alcanzados a través de dar comienzo a un diálogo moral con respecto a las normas “resistentes” de la violación.

263

⁶⁹ Cuando era una joven abogada, serví como fiscal, centrándome en casos de violencia contra las mujeres. Tuve el honor de servir en esta función bajo el Primer Asistente del Fiscal del Estado, Bill Gaston. En mis primeros meses litigando, Bill llevó a juicio un caso de violación entre cónyuges en el que el acusado admitió haber golpeado severamente a su mujer antes y después de la alegada agresión sexual. No obstante, el acusado alegó que su esposa consintió la relación sexual, (que caracterizó como “sexo de reconciliación”). La cita de arriba es la respuesta de Bill a las críticas de aquellos que pensaban que Bill no debería haber avanzado hasta el juicio respecto de la agresión sexual, puesto que era poco probable que el jurado condenara en un caso de violación entre cónyuges. Los escépticos estaban en lo cierto: el jurado condenó por el delito de lesiones, pero absolvió respecto de la agresión sexual. De todos modos... si mi argumento se mantiene, Bill estaba en lo cierto al postular la acusación, incluso si él sospechaba que el jurado absolvería.

