

Prólogo

José Ángel Brandariz García
Profesor titular de Derecho penal
Universidad de A Coruña (Galicia, España)

En línea de principio, tal vez resulta singular para un penalista realizar actualmente un libro sobre una figura delictiva como la violación. En la medida en que durante las últimas décadas el grueso del debate penal tiende a orientarse, al menos en nuestro ámbito de cultura jurídica, hacia realidades más o menos novedosas, como los delitos contra bienes jurídicos supraindividuales, la responsabilidad de las personas jurídicas, el denominado Derecho penal del enemigo, o la propia expansión del sistema punitivo, parece que la atención es excesivamente escasa como para dedicarla al análisis de los ilícitos más tradicionales. Tal circunstancia debería afectar al delito estudiado en esta obra. No en vano, difícil es imaginar un injusto más clásico que el de violación. Como Edison Carrasco pone de manifiesto en el texto, en una muestra de erudición, diversos textos religiosos o propiamente jurídicos de la antigüedad precristiana se ocuparon ya de la problemática de los atentados contra la libertad sexual que han venido siendo calificados de violación¹.

Sin embargo, existen al menos dos poderosas razones para entender que un análisis de la materia como el que realiza Edison Carrasco resulta de la mayor oportunidad. La primera de ellas, si se quiere más obvia, se relaciona con la existencia de modificaciones normativas. En efecto, cuando el delito de violación, a pesar de su inveterada presencia en nuestros códigos, experimenta una reforma legislativa no procede sino analizar el nuevo texto normativo, a los efectos de ofrecer pautas hermenéuticas que puedan orientar la labor de los aplicadores del Derecho. Esta es la situación que se ha vivido en los últimos lustros en diferentes ordenamientos penales de nuestro ámbito cultural. Es el caso de España, donde la figura homóloga ha experimentado reformas en 1989, 1995, 1999 y 2003 (L.O. 3/1989, 10/1995, 11/1999, 15/2003), de las que ha dado cuenta la doctrina académica². Es también el supuesto de Chile, donde el ilícito de violación ha experimentado diversas reformas, de las que merecen ser destacadas las leyes 19.617, 19.927, 20.084. La existencia de dichas modificaciones es, por tanto, como se encarga de mencionar el propio autor en la introducción del texto³, una razón más que suficiente para acreditar el carácter necesario del presente estudio.

Sin embargo, existe una segunda razón, que se intuye aún más relevante que la anterior. Las mencionadas reformas legales podrían en principio resultar un tanto sorprendentes: ¿cómo una figura delictiva tan asentada en el acervo jurídico-cultural

¹ Vid., a modo de referencia, las págs. 5 y ss. del texto.

² Vid., entre otros, ALCÁCER GUIRAO, R., *Delitos contra la libertad sexual: agravantes específicas*, Atelier, Barcelona, 2004; CARUSO FONTÁN, M.V., *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006; DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (DIR.), *Delitos contra la libertad sexual*, CGPJ, Madrid, 1999; MONGE FERNÁNDEZ, A., *Los delitos de agresiones sexuales violentas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005; ORTOS BERENGUER, E./SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

³ Vid. pág. 3.

como la violación puede verse sometida a mutaciones no menores, en ocasiones distanciadas apenas por poco años? El interrogante no carece de sentido, si se repara en que otros ilícitos que, al igual que el analizado, hunden sus raíces en la antigüedad más clásica, como el homicidio, suelen gozar de una estabilidad en su configuración normativa claramente mayor. La respuesta a esta pregunta seguramente tiene que ver con la segunda razón de la oportunidad de un trabajo como el de Edison Carrasco. Las reformas normativas de una materia como la violación responden a que en su seno subyacen tensiones político-criminales de muy hondo calado, que, frente a lo que inicialmente pudiese parecer, distan de estar resueltas en nuestras sociedades contemporáneas. Las modificaciones en relación con los bienes jurídicos protegidos (“honestidad”, “moralidad pública”, “integridad sexual”, “libertad sexual”)⁴, o con los límites de las conductas y prácticas incriminadas no son sino la expresión más palmaria de esas tensiones político-criminales.

De este modo, el libro aborda una temática que, más allá de la novedad derivada de las reformas normativas, es de una relevancia difícilmente cuestionable. En materia de la criminalización de las conductas de violación, e ilícitos afines, se plasman transformaciones fundamentales de nuestras sociedades, de carácter axiológico, pero también subjetivo y político.

En efecto, por una parte las reformas de los delitos contra la integridad -o la libertad- sexual, evidencian una mutación sobre la *moral* colectiva o, dicho de otro modo, sobre los comportamientos sexuales que se estiman admisibles en un determinado contexto social. No en vano, el hecho de que tradicionalmente el Derecho penal atesore la amplia mayoría de las infracciones en materia sexual⁵, determina que el hecho de que una conducta deje de ser considerada socialmente disvaliosa supone que pase de ser un delito a convertirse en un hecho jurídicamente irrelevante (v. gr., el adulterio, descriminalizado en el ordenamiento chileno por Ley 19.335 [1994], y en el español por Ley 22/1978). Ello puede entenderse como una manifestación del perfil de *última ratio* del Derecho penal, pero en todo caso una expresión algo heterodoxa, dadas las particularidades del carácter fragmentario del ordenamiento punitivo en la materia. Sea como fuere, ese amplio protagonismo del Derecho penal en las infracciones en materia sexual no es sino expresión de algo evidente: en ese terreno el sistema penal no se construye sobre meras facultades de ordenación de ámbitos de la vida social, sino que tiene que operar con valores, pulsiones e incluso tabúes hondamente arraigados en la autocomprensión colectiva o, dicho de otro modo, en la *moral* social.

⁴ Sobre la problemática del bien jurídico protegido en este género de delitos, vid. en la doctrina española CARUSO FONTÁN, M.V., *Nuevas...cit.*, p. 89 y ss.; CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M. (DIRS.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial. Tomo I*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 311 y ss.; MONGE FERNÁNDEZ, A., *Los delitos... cit.*, p. 25 y ss.; MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.) ET AL., *Comentarios al Código Penal. Tomo II. Parte Especial*, 5ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 310 y ss.; ORTOS BERENGUER, E./SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos...cit.*, p. 14 y ss.

⁵ En efecto, en materia sexual apenas puede hablarse de la tan comentada “administrativización del Derecho penal”, quizás con la excepción de los comportamientos relativos a la prostitución, hoy frecuente objeto de atención de la potestad sancionadora de las instituciones locales o territoriales. No obstante, incluso en este ámbito se manifiestan fenómenos que son plasmación de una tendencia contraria, como los debates sobre la prohibición del trabajo sexual o referentes a la sanción de los clientes de dicha actividad productiva. Sobre ello, vid. ARELLA, C., ET AL., *Los pasos (in)visibles de la prostitución*, Virus, Barcelona, 2006, p. 64 y ss.; MAQUEDA ABREU, M.L., *Prostitución, feminismos y Derecho penal*, Comares, Granada, 2009, p. 84 y ss.

Precisamente por ello, las modificaciones normativas en este terreno no son una expresión de mutaciones sólo axiológicas, sino también subjetivas y políticas. No cabe duda que las múltiples expresiones de la sexualidad son componentes nucleares de los procesos de subjetivación contemporáneos. No en vano, la importante relajación de las reglas de comportamiento sexual verificada en buena parte de las sociedades occidentales durante las últimas décadas puede entenderse como un síntoma mayor del paso de modelos de control social disciplinarios a otros, en principio, con mayores cotas de libertad en los planos individual y privado. Esos procesos de subjetivación han conducido a la tendencial implosión del modelo de familia nuclear, patriarcal y heterosexual, y a su complementación con una amplia pluralidad de otras formas de convivencia y expresión de la sexualidad⁶.

Visto desde esta perspectiva, apenas parece necesario enfatizar que se trata de procesos políticos, de modo que las modificaciones normativas en materia de Derecho penal sexual son expresiones de dinámicas netamente políticas. Avanzando algo más en esta idea, podría convenirse con una consolidada línea de pensamiento que la regulación de la sexualidad es un elemento nuclear de los regímenes de gobierno biopolíticos⁷, con lo que seguramente constituye una expresión privilegiada de las formas que tiende a adoptar el control en las sociedades contemporáneas. Por ello, la forma en la que regulamos, y criminalizamos, las variadas expresiones de la sexualidad es denotativa de los perfiles que adoptan la libertad, la autodeterminación personal, las relaciones sociales y los procesos de subjetivación -individual y colectiva- en el que tiempo que nos toca vivir.

No de otro modo puede comprenderse el hecho de que en el Derecho penal sexual se ha manifestado, y se sigue manifestando, el gobierno de cuestiones como las relaciones libidinales y afectivas no heterosexuales, el control del cuerpo de la mujer o las formas de convivencia diferentes de la familia patriarcal. Ese tipo de cuestiones básicas del gobierno de lo social aparentemente ya no son materia del sistema penal sexual, tal como se plasma en la mayor parte de los ordenamientos punitivos occidentales⁸. No obstante, es dudoso que en nuestras regulaciones contemporáneas no se hallen ecos de aquellos modelos más disciplinarios. Por una parte, es difícil afirmar que el gobierno del cuerpo femenino ya no está presente en los actuales delitos contra la integridad o la libertad sexual, siquiera sea mediante la semiótica que supone la atribución de los roles de víctima⁹ y el otorgamiento de la garantía de la indemnidad a una forma de soberanía tan patriarcal como el Estado. Por otra parte, el Derecho penal sexual del presente sigue prestando especial atención a la sexualidad adolescente e infantil, y en buena parte de los debates, y de las soluciones normativas

⁶ Vid., por todos, BECK, U., *La sociedad del riesgo*, Paidós, Barcelona, 1998, p. 131 y ss., 178 y s.; CASTELLS, M., *La era de la información. Economía, sociedad y cultura. Vol. II. El poder de la identidad*, Alianza, Madrid, 1998, p. 163 y ss., 182 y ss.; REVELLI, M., *Más allá del siglo XX*, El Viejo Topo, Barcelona, 2002, p. 153 y ss.

⁷ A estos efectos, no parece en absoluto irrelevante que la primera teorización que FOUCAULT realiza de la forma de gubernamentalidad biopolítica se encuentre en el primer tomo de su *Historia de la sexualidad*. Vid. FOUCAULT, M., *Historia de la sexualidad. 1. La voluntad de saber*, 20ª ed., Siglo XXI, Madrid, 1992, p. 163 y ss.

⁸ No obstante, es significativo que el art. 365 CP chileno continúe criminalizando el mero mantenimiento de relaciones homosexuales no coactivas (entre hombres), cuando el sujeto pasivo sea menor de 18 años, lo que supone establecer dos edades diferentes para la no relevancia penal de las relaciones heterosexuales y de las homosexuales masculinas.

⁹ Sobre ello, vid. el provocativo DESPENTES, V., *Teoría King Kong*, Melusina, Barcelona, 2007, p. 29 y ss.

acordadas, se hallan las huellas de una tradición de minorización de los sujetos, de escaso espacio otorgado a la determinación individual, y de la consolidación de modelos familiares clásicos.

Al margen de todo ello, en el Derecho penal sexual han surgido en las últimas décadas tendencias fundamentales que caracterizan la Política criminal del presente. Sin querer incurrir en el riesgo de la polémica vacua, pueden citarse dos de ellas. En primer lugar, las transformaciones de la regulación penal en materia sexual se han apoyado con frecuencia en la actividad de los denominados *gestores atípicos de la moral*¹⁰. La conocida como segunda ola del pensamiento feminista ha dado vida a movimientos sociales que frecuentemente han intervenido en la Política criminal, en general reclamando una mayor punitividad objetiva en relación con determinados comportamientos sexuales coactivos contra la mujer, señaladamente la violación¹¹. En la actualidad, una expresión innegablemente tardía de esa ola de pensamiento defiende en múltiples países la criminalización de comportamientos vinculados al trabajo sexual¹². En segundo lugar, como efecto quizás indeseado –o no- de esas dinámicas políticas, los poderes públicos han buscado el sustento de su legitimación en materia punitiva en dichas demandas y movimientos, tendiendo a la apropiación de sus propuestas, e incluso de sus semióticas¹³. Con frecuencia, el resultado político-criminal no ha sido el más afortunado, sino contradictorio con el sentido profundo de aquellas reivindicaciones¹⁴. Las demandas de criminalización, gestionadas por las potestades públicas de castigo, han conducido de modo no infrecuente a la desactivación de la libre determinación de unas mujeres connotadas como víctimas, y a la sobredeterminación de múltiples conflictos en clave de control y punición. No parece peregrino intuir que fenómenos de este género se han manifestado en el tratamiento de la violencia de género en clave de emergencia en el caso español. Algo semejante podría decirse seguramente de la criminalización de ciertas formas de sexualidad adolescente y preadolescente, como se manifiesta en casos de la realidad chilena citados por el autor¹⁵.

En este complejo terreno político-criminal se asientan las normas analizadas en el texto por Edison Carrasco. Si bien poco más parece hacer falta para destacar la oportunidad y la idoneidad del tratamiento de la materia, el libro cuenta con otra virtud innegable. El autor se detiene en el análisis de los aspectos más relevantes de la materia normativa estudiada, aquellos en los que se plasman las tensiones que de forma apresurada se han enunciado. Las reformas más recientes del Derecho penal

¹⁰ Sobre ello, vid. por todos SILVA SÁNCHEZ, J.-M., *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001, p. 66 y ss.

¹¹ Vid. BUMILLER, K., *In an Abusive State. How Neoliberalism Appropriated the Feminist Movement against Sexual Violence*, Duke Univ. Press, Durham, 2008, p. 1 y ss.

¹² Sobre ello, vid. por todos LÓPEZ PRECIOSO, M./MESTRE I MESTRE, R., *Trabajo sexual. Reconocer derechos*, La Burbuja, València, 2006, p. 112 y ss.

¹³ En este punto parece más que oportuna la remisión a BUMILLER, K., *In an Abusive...cit.*, p. 11 y ss., 96 y ss.

¹⁴ No obstante, no cabe negar que es patrimonio de aquellos movimientos la colocación en la agenda político-criminal de cuestiones que requerían sin duda una respuesta penal, como la criminalización de comportamientos coactivos que tienen como sujeto pasivo a la esposa o persona vinculada por una relación de análoga afectividad, o a una trabajadora sexual. Sobre el primero de estos supuestos, vid. la reforma del art. 369 CP chileno, introducida por la Ley 19.617, y los análisis plasmados en las págs. 54 y ss. del texto.

¹⁵ Vid. las sentencias mencionadas en págs. 49 y ss.

chileno en la materia han intentado actualizar la regulación en aras de la mejor tutela de los bienes jurídicos en presencia. Cuestión diferente es que tales reformas hayan conseguido la taxatividad necesaria para superar dudas interpretativas y garantizar la seguridad jurídica, y que se hayan resuelto de la mejor manera los retos político-criminales. En ese terreno es en el que se adentra con solidez el texto de Edison Carrasco. No rehúye la interpretación gramatical de las novedades normativas, resuelta con una profundidad analítica harto infrecuente, pero, como expresión de una cierta tradición roxiniana, se preocupa de atender a las premisas teleológicas de la labor hermenéutica. Desde esa posición metodológica, el autor da respuesta a las dudas más relevantes de la actual regulación chilena sobre los delitos de violación.

En este sentido, en el capítulo II, tras una referencia histórica al fundamento de la criminalización de los comportamientos de violación, en absoluto exenta de erudición, se realiza un análisis de la conducta típica en el delito de violación *propia* del art. 361 CP chileno. En dicho estudio, si bien breve, se sientan algunos presupuestos de análisis, señaladamente la interpretación del comportamiento de “acceso carnal”, para la aproximación a una cuestión dogmática muy discutida en el contexto chileno: la del sujeto activo del delito, que se aborda en el capítulo III del texto.

En dicho apartado, el autor realiza una completa exposición de los diferentes argumentos que fundamentan las dos tesis en liza. Por una parte, aquella que considera que la mujer también puede ser sujeto activo del delito de violación, en la medida en que obligue coactivamente a un hombre a realizar con ella un *acceso carnal*. Por otra parte, la *exégesis*, claramente mayoritaria en la doctrina chilena, que entiende que con la actual redacción del art. 361 CP chileno sólo un hombre puede ser sujeto activo. Como es obvio, no se trata de una cuestión baladí. Visto desde una perspectiva abstracta, es discutible que una mujer no pueda realizar comportamientos lesivos de la integridad o libertad sexual que merezcan consideración como la más grave de las figuras delictivas que menoscaban dicho objeto de tutela. Desde un punto de vista más empírico, no parece que dichos supuestos sean estrictamente de laboratorio, sobre todo si se piensa en accesos por vía bucal. En el caso del sistema punitivo español, en la figura homóloga del art. 179 CP¹⁶ se tiende a admitir la posibilidad de que una mujer sea sujeto activo, y ello no sólo porque se equipare al acceso carnal la introducción de miembros corporales u objetos por vía vaginal o anal¹⁷. El autor opta, en cambio, por la tesis que restringe al hombre la condición de sujeto activo. Para ello, en una opción metodológica intachable, realiza un detenido análisis exegético de carácter gramatical, en el que evidencia que el respeto al principio de legalidad impide, con la actual redacción del art. 361 CP chileno, alcanzar una conclusión diferente. Sin embargo, desde una perspectiva político-criminal es discutible que, como se señalaba, ciertos comportamientos coactivos realizados por mujeres contra la integridad o libertad sexual de otro hombre o de otra mujer no

¹⁶ El art. 179 CP español establece: “Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a doce años”.

¹⁷ Vid. sobre ello, en la doctrina española, CARUSO FONTÁN, M.V., *Nuevas...cit.*, p. 223 y s.; CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M. (DIRS.), *Comentarios...cit.*, p. 336 y s.; MONGE FERNÁNDEZ, A., *Los delitos...cit.*, p. 56; MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.) ET AL., *Comentarios...cit.*, p. 322; ORTOS BERENGUER, E./SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos...cit.*, p. 25 y s.; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “Los delitos contra la libertad sexual desde la perspectiva de género”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1999/2000, p. 86. En la jurisprudencia española, vid. la sentencia del Tribunal Supremo de 19/XI/2002.

deban ser objeto de criminalización, y en tanto que delitos graves. De otro modo, se estaría optando por un modelo político-criminal que sobreprotege el cuerpo de la mujer en contextos heterosexuales, lo que, de uno u otro modo, viene a reproducir una teleología patriarcal. Para evitar tal circunstancia, quizás sería recomendable que el sistema chileno optase por una definición típica más abierta, que no por ello menos taxativa, como la del art. 179 CP español. Sea como fuere, el autor muestra su acertada preocupación por la falta de tutela ante conductas como las mencionadas, sobre todo en la medida en que entiende que se trata de hechos que tampoco hallan acomodo en otros tipos penales del cuerpo legal chileno.

Siguiendo con el acertado método de centrarse en cuestiones de especial relevancia en materia de violación, Edison Carrasco dedica el capítulo IV del texto a la problemática del adolescente como sujeto activo especial del delito de violación, a partir de lo establecido en el art. 4º Ley 20.084, *de Responsabilidad Penal Adolescente*, disposición que seguramente debería ser tomada en consideración en el contexto hispano para resolver problemas semejantes que se pueden plantear en relación con el tipo de abuso sexual del art. 181.2 CP¹⁸, y, en cierta medida, con el tipo cualificado de agresión sexual del art. 180.3ª CP¹⁹. El autor analiza la norma, que conceptúa con acierto como instituto ajeno al injusto culpable, es decir, como una excusa absolutoria o, dicho con terminología reciente, como una causa personal de exclusión de la pena. Junto a ello, se detiene con acierto en valorar el fundamento político-criminal de la norma, que exonera de responsabilidad penal en contextos de relaciones sexuales no coactivas entre adolescentes, algo especialmente necesario si se repara en que el art. 362 CP chileno sitúa la edad mínima para la irrelevancia penal del coito heterosexual en los 14 años (del sujeto pasivo mujer), sancionando tal comportamiento por debajo de esa edad con pena incluso superior a la de la violación *propia*²⁰. Como señala el autor, la causa personal de exclusión de la pena del art. 4º LRPA se intuye imprescindible, en particular para aproximar –por desgracia, sólo aproximar– una regulación normativa con penas tan severas a la realidad social, en la cual no es en absoluto infrecuente que las relaciones sexuales coitales se inicien antes de los 14 años²¹, límite que se antoja sin duda excesivamente elevado²². Precisamente por ello, es posible que la solución idónea no sea recurrir a una exención de responsabilidad por la vía del art. 4º LRPA, sino reducir el límite mínimo de edad para consentir relaciones sexuales y, en un ejercicio de proporcionalidad, atenuar la pena de la correspondiente infracción en relación con la prevista para la violación *propia*.

El análisis de esta cuestión se profundiza en el capítulo VI del texto, donde el autor retoma la problemática de la denominada violación *impropia* (art. 362 CP chileno) en términos generales, desconectada de la cuestión de los sujetos activos

¹⁸ El art. 181.2 CP español dispone: “A los efectos del apartado anterior, se considerarán abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años...”.

¹⁹ Aunque la diferencia de 2-3 años de edad entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, prevista en el art. 4º LRPA resulta excesivamente limitada.

²⁰ Por lo demás, el art. 366bis CP chileno sanciona con una pena casi tan elevada como la de la violación propia cualquier otro comportamiento sexual diferente del acceso carnal, en el que tengan presencia los genitales, el ano o la boca de la víctima, cuando esta tenga menos de 14 años.

²¹ Vid., en este sentido, las referencias a estudios empíricos que el autor menciona en pág. 46.

²² No obstante, el art. 181.2 CP español sitúa el referido límite de edad en los 13 años, si bien considera los comportamientos con menores de esa edad como abusos sexuales, con una pena claramente inferior a la correspondiente a la clásica figura de violación (art. 179 CP).

adolescentes. Este tipo es seguramente la principal razón por la que el legislador chileno agrupa este género de ilícitos bajo la rúbrica de “*delitos contra la integridad sexual*”, que parece operar como una suerte de síntesis del par “*libertad e indemnidad sexuales*” del CP español. No obstante, resulta preocupante, en tanto resabio de un modelo de gobierno de la sexualidad claramente más patriarcal, que las infracciones analizadas en el texto se integren de manera indiferenciada en el cuerpo legal chileno en un título que complementa aquella denominación con la de “*crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública...*”. El autor recorre los argumentos que podrían fundamentar la opción de la Ley 19.927, que elevó la edad mínima para el mantenimiento de relaciones sexuales coitales de 12 a 14 años²³, una decisión que, como se ha reiterado, se intuye hartamente desacertada, porque en aras de la tutela de una supuesta indemnidad sexual se recorta claramente la garantía del ejercicio de la libertad sexual. En este sentido, la mejor muestra de que la opción político-criminal emprendida en este punto por el legislador chileno es muy cuestionable se expone en la parte final del capítulo VI. En ella el autor analiza la posibilidad de aplicación del error de prohibición en estos casos de violación *impropia* protagonizados por sujetos activos no adolescentes. La metodología empleada por Edison Carrasco para introducir la cuestión no puede ser más ilustrativa: el autor expone tres fallos de órganos jurisdiccionales chilenos sobre la aplicabilidad en la materia del error de prohibición como expediente de exención de la responsabilidad penal. Si bien en el análisis se destacan las semejanzas y las diferencias entre las distintas resoluciones -que en algunos casos aceptan el error, y en otros no-, quizás de dichas sentencias se puede deducir una conclusión aún más relevante. Si se repasa en que en todos los casos, como concluye el autor, la fundamentación para acoger o denegar el expediente de exclusión de la culpabilidad es dogmáticamente insostenible, se puede percibir que en tales supuestos, y seguramente en muchos otros, la práctica penal chilena busca soluciones para no sancionar con la severidad prevista en el art. 362 CP relaciones sexuales con menores de 14 años que son a todas luces no coactivas. Dicho de otro modo, no parece peregrino intuir que en los ejemplos jurisprudenciales que aporta el autor se evidencia que la opción del art. 362 CP chileno no sólo resulta desproporcionada en abstracto, sino que no se sostiene, desde un juicio de proporcionalidad y ofensividad de la conducta, en su confrontación con la realidad empírica. En este sentido, temo que la solución no va a venir dada por una reconsideración del expediente del error de prohibición, ni siquiera por una metodología tópica, sino por las reformas normativas antes aludidas.

En el capítulo V, Edison Carrasco se detiene en una cuestión de una complejidad dogmática innegable: el tratamiento de la concurrencia de varias modalidades comisivas de las previstas en la figura de violación *propia* del art. 361 CP chileno. El autor se plantea si, tratándose de un tipo mixto, podría considerarse en algún caso como mixto cumulativo, o alguna de las modalidades comisivas concurrentes podría operar como circunstancia agravante genérica; incluso, más allá de ello, se adentra en un estudio global de las relaciones concursales en el ámbito de la violación, en particular por lo que se refiere a las lesiones o amenazas consecuencia del empleo de la fuerza o intimidación (art. 361.1º CP). La propuesta analítica es sin duda ambiciosa, y el autor la resuelve con solvencia mediante un completo estudio

²³ En el caso español, las referencias de los arts. 180.1.3ª –agresiones sexuales- y 181.2 CP –abusos sexuales- se incrementaron de 12 a 13 años por medio de la L.O. 11/1999.

lógico y empírico, de todos los supuestos que podrían potencialmente presentarse, y de las soluciones que corresponden en cada caso, sin descuidar las posibilidades de individualización judicial de la pena que otorga el art. 69 CP chileno.

El séptimo -y último- capítulo del libro se dedica extensamente a una cuestión de indudable trascendencia práctica, y de evidente novedad normativa en el contexto penal chileno: la consideración del cónyuge y de la pareja vinculada por relación de afectividad análoga como posibles sujetos pasivos del delito de violación. Tras un completo estudio de los diversos textos clásicos –sacros y doctrinales- en los que se consideraba, en un planteamiento hoy obviamente obsoleto, que la esposa carecía de posibilidad jurídica de rechazar la relación sexual con su cónyuge, el autor se aproxima a la reforma realizada por la Ley 19.617 (1999), que introdujo la mención expresa del cónyuge y del conviviente como posibles sujetos pasivos de los delitos contra la integridad sexual (art. 369 CP chileno).

Edison Carrasco llama la atención sobre el hecho de que mutaciones semejantes se produjeron en la misma etapa en diversos sistemas penales latinoamericanos, bien mediante modificaciones normativas, bien como efecto de cambios jurisprudenciales. Sin embargo, permanece la duda sobre la necesidad de la mención expresa de tales sujetos pasivos. Dicha inclusión podría obedecer, hasta donde se alcanza a ver, a dos razones. En primer lugar, a la necesidad de establecer en los casos de sujeto pasivo cónyuge o conviviente un régimen punitivo diferente al que correspondería en los supuestos generales. Sin embargo, es dudoso que tal régimen particular sea estrictamente necesario. De hecho, no se alcanza a comprender plenamente el sentido de las disposiciones finales del art. 369 CP chileno; en particular, es dudoso el motivo por el que el perdón del ofendido debe determinar la conclusión de la acción penal en estos supuestos, y no en otros²⁴. Por lo demás, la consideración específica de estos delitos en el caso de sujetos pasivos cónyuges o convivientes podría allanar el camino a la admisión de otras particularidades no expresamente previstas en la norma, como la amplia acogida del error de prohibición, lo que sería desafortunado. En este sentido, se estima más adecuada la opción del CP español, que renuncia a mencionar expresamente tales casos, con lo que el legislador elude tomar posición sobre la menor o mayor gravedad de ellos en relación con los supuestos generales, remitiendo implícitamente la solución de la materia al uso flexible que se pueda hacer de la circunstancia mixta de parentesco del art. 23 CP²⁵.

²⁴ Salvo quizás que se entienda, en una exégesis coherente con la denominación del título correspondiente del CP chileno, que en tales casos concurre un interés adicional, ponderable con el interés público de tutela de la libertad sexual, cual es la protección de la familia. El autor señala incidentalmente que las disposiciones específicas del art. 369 CP chileno pueden obedecer a la necesidad de tutela de la mujer víctima, que no desea que el procedimiento y la sanción penales pongan en cuestión el sustento económico que representa el marido o conviviente. No obstante, siendo lúcida tal consideración, pervive la duda de si ha de ser el Derecho penal el instrumento para solucionar tales riesgos de sobrevictimización, o más bien la respuesta se halla en medidas económicas y sociales, necesarias en este género de casos.

Por lo demás, los riesgos de perpetuación de la victimización se mantienen si, como parece suceder en el art. 369 CP chileno *in fine*, se faculta al juez para indagar –y, en su caso, cuestionar- los motivos de otorgamiento del perdón sobrevenido.

²⁵ Sobre el particular, vid. MONGE FERNÁNDEZ, A., *Los delitos...cit.*, p. 62; ORTOS BERENGUER, E./SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos...cit.*, p. 29 y s.

El art. 23 CP español establece: “Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado

La segunda razón que podría fundamentar la mención expresa de supuestos de atentados a la integridad o libertad sexuales como los mencionados en el art. 369 CP chileno sería la refractariedad de la jurisprudencia –y, en su caso, de la doctrina- a aceptar la existencia de delito en tales casos. Sin embargo, parece que ha quedado definitivamente atrás el tiempo en que los aplicadores del Derecho titubeaban ante la posibilidad de admitir ilícitos de este género en los casos en que el sujeto pasivo fuese el cónyuge, o una persona dedicada al trabajo sexual²⁶. En la medida en que la antijuridicidad material de las conductas tiende a asentarse cada vez más en la libertad sexual la conclusión no puede ser otra. A mayor abundamiento, en una etapa en la que la violencia de género tiende a cobrar una relevancia político-criminal mayor en los sistemas punitivos de nuestro entorno, el debate sobre la admisibilidad de tales sujetos pasivos no puede entenderse sino como tendencialmente obsoleto. Por ello, la mención expresa de tales supuestos no sólo se intuye innecesaria, sino que, en la medida en que pueda conducir a determinaciones resoluciones divergentes con los casos generales, tal vez acabe siendo contraproducente.

El capítulo VII del libro se complementa con una detenida interpretación de los diversos elementos del art. 369 CP chileno sobre el particular, así como con un completo análisis de la problemática procesal que plantea la norma. En este capítulo, como en otros, el estudio se complementa con una aproximación a la regulación de la materia en el Anteproyecto de CP chileno de 2005.

Esta segunda parte del capítulo VII es muestra de una característica que se revela constante en el conjunto del texto. El desarrollo analítico con el que Edison Carrasco aborda cada una de las instituciones normativas es de una solidez y de una profundidad infrecuentes. El lector no sólo halla una inmersión exhaustiva en la materia; más allá de ello, el autor se conduce con una erudición nada común. A lo largo del texto, la palabra filosófica de Aristóteles, Hume, Nietzsche, Popper o Wittgenstein es convocada como sustento analítico, acompañada de un envidiable dominio de las reglas gramaticales y lógicas de la argumentación jurídica.

La más que notable formación y capacidad investigadora de Edison Carrasco no puede dejar de ser puesta en relación con un fenómeno que tal vez no ha sido objeto de suficiente reconocimiento. Los departamentos de Derecho penal de las universidades españolas deben una parte no menor de su progresión científica de las últimas décadas a la presencia y trabajo, por periodos más o menos extensos, de una multitud de investigadores extranjeros, con gran frecuencia latinoamericanos. Este importante flujo de investigadores, que acuden en principio a recibir formación en nuestros centros de enseñanza superior, ha generado una circulación virtuosa de saberes, en la cual no es quizás sencillo afirmar cuál de los dos polos –el de los investigadores foráneos y el de las universidades españolas- se ha visto más beneficiado. En este sentido, vale la pena reiterar que a ellos, a su aportación a

cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente”.

²⁶ Sobre ello, vid. en la doctrina española CORDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M. (DIRS.), *Comentarios...cit.*, p. 334; MONGE FERNÁNDEZ, A., *Los delitos...cit.*, p. 62; MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G. (DIR.) ET AL., *Comentarios...cit.*, p. 317; ORTS BERENGUER, E./SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., *Los delitos...cit.*, p. 27 y ss. Vid. asimismo, en la jurisprudencia española, las sentencias del Tribunal Supremo de 13/XI/1998, 30/XI/2000, 27/IV/2001, 20/IX/2001, 25/X/2001, 16/X/2002, 9/IX/2009.

nuestro *intelecto general*, hay que atribuirles una parte esencial de la responsabilidad del desarrollo de la ciencia penal española durante la última etapa.

En muchos casos se trata de personas con capacidades científicas que nada tienen que envidiar a las que proveen nuestras instituciones. Sin duda, Edison Carrasco es uno de esos casos. Sin temor a caer en la hipérbole, cabe afirmar que este texto constituye una aportación mayor al estudio de los delitos contra la integridad en el ordenamiento chileno. El texto demuestra que Edison Carrasco es un investigador en toda la extensión del término, alguien de quien no puede prescindir una universidad que pretenda ganar su futuro.

Por todo ello, sólo puedo concluir estas páginas expresando el honor que supone prologar el presente libro de Edison Carrasco.

A Coruña (Galicia, España), enero 2010.