



**DELINCUENCIA CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL,
REINCIDENCIA Y RESOCIALIZACIÓN: EL CASO
DEL DENOMINADO “VIOLADOR DEL DUESO”**

FACULTAD DE DERECHO (ICADE)

Área de Derecho Penal

Autor: María del Carmen Nieto Peix

5º de Doble Grado en Derecho y Relaciones Internacionales (E – 5)

Tutor: Prof. Dr. D. Javier Gómez Lanz

Madrid,
Abril, 2019

RESUMEN

Este trabajo sigue una doble dirección. La primera se basa en el análisis jurídico –penal de los hechos acaecidos en Vitoria en el año 2000 a manos de D. Guillermo Fernández Bueno a partir de dos sentencias de la Audiencia Provincial de Álava que le condenaron a pena de prisión: la sentencia n ° 87/2002 –en donde se le condenó por una agresión sexual – y la sentencia n ° 176/2002 –que le condenó por el delito de agresión sexual y asesinato a otra mujer –. Se recalcarán las diferencias entre la calificación jurídico – penal partiendo desde el Código Penal vigente en el momento de los hechos y el Código Penal actual, centrándonos en el artículo 140.

La segunda dirección que el trabajo tomará será un análisis de la realidad penitenciaria española con respecto a los agresores sexuales en prisión, los programas de rehabilitación que existen para lograr su posible reinserción en la sociedad y los permisos que disfrutaban a partir de determinado tiempo.

El trabajo concluirá con un doble juicio político – criminal en donde se abordará la efectividad de dichos programas de rehabilitación con respecto al volumen de reincidencia de los agresores sexuales condenados en España, las alternativas a estos programas y su impacto.

Palabras clave: Agresión sexual, asesinato, violación, prisión permanente revisable, programas de rehabilitación, reincidencia.

ABSTRACT

This work follows a double direction. The first is based on the legal analysis - criminal analysis of the events that occurred in Vitoria in 2000 at the hands of Mr. Guillermo Fernández Bueno from two sentences of the Provincial Court of Alava that sentenced him to prison: sentence no. 87/2002 - where he was convicted of a sexual assault - and sentence no. 176/2002 - which convicted him of the crime of sexual assault and murder of another woman -. It will emphasize the differences between the legal qualification - criminal starting from the Penal Code in force at the time of the facts and the current Penal Code, focusing on Article 140.

The second direction that the work will take will be an analysis of the Spanish penitentiary reality regarding to the sexual aggressors in prison, the rehabilitation programs that exist to achieve their possible reinsertion into society and the permits they enjoy from a certain time.

The work will conclude with a double political-criminal trial in which the effectiveness of these rehabilitation programmes will be addressed with respect to the volume of recidivism of convicted sexual offenders in Spain, the alternatives to these programmes and their impact.

Key words: Sexual assault, murder, rape, reviewable permanent imprisonment, rehabilitation programs, recidivism.

ABREVIATURAS

A.E.P.S.: Asociación Estatal de Profesionales de Sexología

A.P.: Audiencia Provincial

E.E.U.U.: Estados Unidos

G.F.B.: Guillermo Fernández Bueno

S.A.C.: Sexual Aggression Control

S.T.C: Sentencia del Tribunal Constitucional

S.T.S: Sentencia del Tribunal Supremo

ÍNDICE

1. Introducción	1
2. Hechos probados	2
a. Sentencia n ° 87/2002.....	2
b. Sentencia n ° 176/2002.....	2
3. Calificación jurídico penal de la sentencia de la AP de Álava n ° 87/2002 conforme al Código Penal vigente en el momento de los hechos	2
a. Análisis de la antijuricidad penal.....	3
<i>i. El delito de agresión sexual</i>	3
<i>ii. El delito de lesiones</i>	9
<i>iii. El delito de amenazas</i>	12
b. Análisis de la culpabilidad	14
<i>i. Imputabilidad</i>	14
<i>ii. Dolo</i>	16
c. Determinación de la pena	17
4. Calificación jurídico penal de la sentencia de la AP de Álava n ° 176/2002 conforme al Código Penal vigente en el momento de los hechos.	20
a. Análisis de la antijuricidad penal.....	20
<i>i. El delito de agresión sexual</i>	20
<i>ii. El delito de asesinato</i>	21
b. Análisis de la culpabilidad	22
<i>i. Imputabilidad</i>	22
<i>ii. Dolo</i>	23
c. Determinación de la pena	24

5. Diferencias entre la calificación jurídico penal a partir del Código Penal vigente en el momento de los hechos y el Código Penal de 2015	26
a. La prisión permanente revisable	28
6. Diagnóstico de la situación penitenciaria española de las personas condenadas por delitos de agresión sexual	31
a. Programas de rehabilitación de agresores sexuales	32
<i>i. SAC (Sexual Aggression Control Programs)</i>	35
b. Permisos que disfrutaban los presos	36
<i>i. Supuestos</i>	37
<i>ii. Guillermo Fernández Bueno</i>	38
7. Doble juicio político – criminal.	39
a. Eficacia de los programas de rehabilitación SAC	41
b. Alternativas a los programas SAC	43
<i>i. Castración química</i>	43
<i>ii. Registro de ofensores sexuales</i>	45
8. Conclusiones	46
9. Bibliografía	49
10. Anexos	56
ANEXO 1	56
ANEXO 2	58

1. Introducción

Este Trabajo de Fin de Grado pretende analizar la conducta de Guillermo Fernández Bueno –a partir de ahora, G.F.B.-, conocido como “El violador de El Dueso” con respecto a los delitos que cometió en Vitoria en el año 2000 y por los cuales, la Audiencia Provincial de Álava le condenó a una pena total de 35 años y 6 meses de prisión por la agresión sexual cometida en noviembre del 2000 y la agresión sexual con posterior asesinato de otra mujer en diciembre del mismo año.

Del mismo modo, después de analizar los delitos perpetrados por G.F.B., se indicarán las diferencias con respecto a la pena aplicable siguiendo el Código Penal de 1995, vigor en el momento de los hechos, y el nuevo Código Penal de 2015, en donde la reforma más importante relacionada con respecto a este trabajo es, sin duda alguna, la prisión permanente revisable como pena a aplicar al asesinato subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima.

Así, la realidad de G.F.B. como agresor sexual, nos abre la puerta a poder discutir acerca de las instituciones penitenciarias en nuestro país y los distintos programas existentes en resocialización de presos que han cometido agresiones sexuales. A su vez, se tratará el tema de los permisos penitenciarios, teniendo en cuenta las condiciones que dichos presos tienen que cumplir para poder disfrutar de los mismos.

Para finalizar el trabajo, se procederá a efectuar un juicio valorativo desde una dimensión político – criminal, y en parte, psicológica, acerca de la eficacia de los programas de rehabilitación y justicia correctiva que se llevan a cabo en nuestras cárceles, observando el volumen de reincidencia a través de estadísticas y estudios. Esto nos ilustrará la necesidad de estos programas que preparan a los presos para su reincorporación a la sociedad y si es plausible la implementación de mejoras o alternativas.

2. Hechos probados

a. Sentencia n ° 87/2002

Ver Anexo 1.

b. Sentencia n ° 176/2002

Ver Anexo 2.

3. Calificación jurídico penal de la sentencia de la AP de Álava n ° 87/2002 conforme al Código Penal vigente en el momento de los hechos

Para ser capaces de determinar aquellos elementos que resultan fundamentales y comunes a cualquier infracción penal y determinar el concepto general de delito tenemos que tener en cuenta dos presupuestos metodológicos básicos. Por un lado, el principio de legalidad en la materia penal (*nullum crimen sine lege*), que exige que el concepto de delito se deduzca de la ley, o, al menos, que sea compatible con ella, por lo que hay que partir del Derecho Penal positivo.¹ Por otro, ha de ajustarse a los fines del Derecho Penal del Estado, en particular, a las exigencias que se derivan de la consideración del Estado Español como un estado social y democrático de derecho que evita o pretende evitar la realización de conductas lesivas o peligrosas para los bienes e intereses fundamentales para la convivencia social mediante el recurso a la amenaza e imposición de una pena. Parece razonable que la pena solamente pueda imponerse tras la verificación de que el destinatario de la norma ha llevado a cabo una acción u omisión típicamente imputable desde una perspectiva objetiva y subjetiva, sin estar autorizado para ello, es decir, de que ha realizado un hecho ilícito.²

¹Zugaldía Espinar, José Miguel; Moreno Torres Herrera, María Rosa; Pérez Alonso, Esteban Juan; Marín de Espinosa Ceballos, Elena y Ramos Tapia, María Inmaculada. *Fundamentos de Derecho Penal: Parte General*. Tirant Lo Blanc. 2016. p. 25.

²Zugaldía Espinar, *et.al.*, *Fundamentos...*, op.cit., p. 26.

a. Análisis de la antijuricidad penal

Desde el derecho, un hecho puede constituirse como penalmente ilícito cuando el mismo es típico (prohibido con carácter general por una norma) y antijurídico (en tanto dicha conducta no esté excepcionalmente autorizada), determinando que, por tanto, existe una conducta penalmente relevante cuando se realiza la acción prohibida o se omite la acción mandada por la norma sin estar autorizado por el derecho para ello.

Dicha determinación de la antijuricidad se lleva a cabo mediante un procedimiento de carácter negativo o excluyente: que la conducta realizada no haya sido efectuada en legítima defensa, estado de necesidad o en el cumplimiento de un deber, ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (artículos 20.4, 5 y 7). Esto se conoce como el principio de regla – excepción de la antijuricidad.³

i. El delito de agresión sexual

De los delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales. Libertad sexual se entiende aquella parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad o la libre determinación de la voluntad de un hombre o de una mujer para consentir contactos físicos de carácter sexual.⁴ La doctrina dominante concreta efectivamente en libertad sexual el bien jurídico protegido, sin perjuicio de que adicionalmente existan otros objetos jurídicos tutelados en algunos de los tipos que lo conforman.⁵

El concepto de libertad sexual no se opone sustancialmente al de libertad personal, sino que se trata de una manifestación de esta, que singulariza la facultad general de autodeterminación voluntaria, refiriéndola a la esfera sexual. Suele decirse que, de aquella, derivan dos aspectos: dinámico-positivo, integrado por la facultad de disponer del propio cuerpo, y estático-pasivo, comprensivo de las posibilidades de repeler los ataques de índole sexual que puedan producirse.⁶ En estos tipos se castiga la implicación de alguien en una práctica de naturaleza sexual que, en sentido amplio, atenta en contra de su voluntad, con ésta viciada o sin ella, o incluso contando con ella.⁷

³Zugaldía Espinar, *et.al.*, *Fundamentos...*, op.cit., p. 26.

⁴Citado en la Sentencia de Casación del 03/10/2013. Expediente No. 742-2013.

⁵Gómez Rivero, M^a del Carmen. *Nociones fundamentales de Derecho Penal: Parte especial*. Tecnos. 2018. p. 54.

⁶Suárez- Mira Rodríguez, Carlos. *Manual de Derecho Penal – Parte Especial*. Thomson Reuters Civitas. 2018. p. 223.

⁷Suárez- Mira Rodríguez, Carlos. *Manual...*, op. cit., p. 224.

Muchos autores han puesto de relieve que, al no reconocerse a los menores y a los discapacitados autonomía y disponibilidad plenas sobre su sexualidad y su cuerpo, mal puede pensarse en la libertad sexual de los mismos como el bien tutelado, y en consecuencia, han optado por cifrarlo en la intangibilidad sexual (CARMONA SALGADO y GONZÁLEZ RUS), en la intengibilidad carnal, en la indemnidad (COBO DEL ROSAL), o en la seguridad sexual.⁸ Por esta razón, se amplía la protección penal al bien jurídico “indemnidad” (o intangibilidad) sexual, esto es, el derecho a no ser perjudicado en el desarrollo de la personalidad en su vertiente sexual⁹ o, como lo define la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, “*el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado*”.¹⁰

Centrándonos en el delito a enjuiciar, una agresión sexual esta comportada en el texto punitivo como el atentado contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación. El tipo cualificado da lugar cuando la agresión consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos. En este último supuesto, se le conoce como violación.

1. Acción

Algunas exposiciones sistemáticas de su estructura, sobre todo últimamente, no la consideran como elemento independiente y previo, sino simplemente como parte integrante del primero de estos elementos– para unos el tipo, para otros el injusto-.¹¹ Sin embargo, la posición clásica la considera como un elemento autónomo del delito y base de todos los constituyentes delictivos que la califican y caracterizan. Con respecto a este trabajo, habría de decantarse por esta última.

En este concepto de acción formulado, se aprecian los elementos siguientes. Por un lado, un comportamiento humano en tanto hacer positivo u omitir del hombre.¹² Por otro, un dominio efectivo de este comportamiento o, cuanto menos, la posibilidad de ser dominado por la voluntad humana y relevancia social, es decir, que se trate de un

⁸Suárez- Mira Rodríguez, Carlos. *Manual...*, op. cit., p. 222.

⁹Iberley. *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*. Accesible en: <https://www.iberley.es/temas/delitos-contra-libertad-indemnidad-sexual-47461>

¹⁰Definición recogida en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 1/1995 del Código Penal – Derecho Penal. Parte Especial (2).

¹¹Aguilar López, Miguel Ángel. *El delito y la responsabilidad penal. Teoría, jurisprudencia y práctica*. Porrúa. 2005. p. 33

¹²Aguilar López, Miguel Ángel. *El delito y... op.cit. pp. 33-34.*

comportamiento que relacione al hombre con el mundo que le rodea.¹³ Más aún, susceptible de ser objeto de un juicio de valor según las consecuencias deseables o indeseables que provoca la esfera social.¹⁴ A partir de estos requisitos, acción desde el punto de vista jurídico penal será todo comportamiento humano, susceptible de ser subsumido en un tipo penal, externo y dominado por una voluntad encaminada a la consecución de un objetivo; de una acción final.¹⁵

Como podemos observar a través de los hechos probados en la sentencia, Guillermo Fernández Bueno atenta contra la libertad sexual de su víctima, acción que podemos comprobar mediante un breve análisis del Anexo 1. La acción en cuestión que después será encuadrada dentro de un tipo, vemos que es un comportamiento humano positivo, voluntario, que se externaliza y con repercusión social que provoca un resultado.

2. **Tipicidad**

En primer lugar, hay que apuntar brevemente las funciones del tipo (tipicidad). La primera, que se manifiesta en la garantía o plasmación del principio de legalidad en su garantía criminal (*nullum crime sine lege*), es decir, que sólo sea delito aquella conducta antijurídica seleccionada y descrita por la ley penal.¹⁶ La segunda, la función de determinación o motivación, general de conductas. Añadimos al indicio de antijuricidad del tipo positivo la ausencia de cualquier causa de atipicidad y justificación –tales como movimientos reflejos, fuerza irresistible o estados de plena inconsciencia-, resultando en que, una conducta está desvalorada y prohibida de modo general bajo amenaza de pena.¹⁷ La tercera función, en atención a la anterior, es que el tipo cumple la función de “llamada de atención”; ya que destaca una conducta como penalmente relevante e intenta alertar a los ciudadanos. De este modo, se abstienen a cometerla.¹⁸ Por último, cumple una función definidora y delimitadora de unos tipos frente a otros, precisando sus elementos característicos.¹⁹ En la concepción según la cual se van a analizar los hechos probados,

¹³Aguilar López, Miguel Ángel. *El delito y... op.cit. pp. 33-34.*

¹⁴Aguilar López, Miguel Ángel. *El delito y... op.cit. pp. 33-34.*

¹⁵Aguilar López, Miguel Ángel. *El delito y... op.cit. pp. 33-34.*

¹⁶Resta, Davide. *El principio "nullum crimen, nulla poena sine lege" en el derecho penal internacional, en particular en el estatuto de la corte penal internacional.* Tesis Doctoral defendida en la Universidad de Granada. 2018. Accesible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=150995>

¹⁷Gómez Rivero, M^a Carmen, Martínez González, M^a Isabel, Núñez Castaño, Elena. *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte General.* Tecnos. (2015). p. 46.

¹⁸Gómez Rivero, M^a Carmen, *et.al. Nociones fundamentales...*, op.cit., p. 46.

¹⁹Gómez Rivero, M^a Carmen, *et.al. Nociones fundamentales...*, op.cit., p. 47.

se maneja un concepto predominantemente objetivo del tipo y se afirma la existencia de una relación esencial entre el tipo y el injusto penal, si bien se mantienen como elementos separados.²⁰ Por tanto, la tipicidad hace referencia a la adecuación de la conducta que ha tenido lugar en la realidad con la imagen conceptual de la conducta definida como tipo delictivo.²¹ Es decir, la acción realizada por el sujeto activo para que sea susceptible de ser tipificada debe encontrarse definida y determinada en el Código Penal como delito o falta, como una acción típica, una acción antijurídica en tanto conducta contraria a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico de una sociedad.

Habiendo comprobado que G.F.B. atenta contra la libertad sexual de su víctima, el siguiente escalón a determinar sería si dicha actuación se encuentra tipificada en nuestro tomo de leyes penales. En el caso que nos atañe de un delito contra la libertad sexual, habríamos de ver las diferentes condiciones que deben darse a partir de las cuales se determinará un tipo y diferenciará de otro.

El tipo básico con respecto a las agresiones sexuales contenido en el artículo 178 del Código Penal, determina que la conducta típica consiste en atentar contra la libertad sexual de una persona utilizando violencia o intimidación a tal efecto. Ello se concreta cuando se obliga a otro a realizar o tolerar algún acto de naturaleza sexual contra su voluntad mediante el ejercicio de violencia o intimidación, en donde la violencia sería la fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima, y la intimidación sería el miedo inmediato provocado que vence la voluntad de resistirse.²² El medio comisivo tiene que ser instrumental, por tanto, si no hay voluntad opositora al acto de naturaleza sexual, o desaparece por causas distintas a la violencia o intimidación, no puede apreciarse una agresión sexual: el consentimiento del sujeto pasivo excluye la tipicidad de la conducta. Como podemos sacar de la sentencia, la víctima intentó resistirse en todo momento de la agresión, además de que expresó que su jefe iba a llegar en seguida, con el fin de que el agresor dejase de agredirla y se fuera: *“en el transcurso de los hechos, intentaba empujar a Guillermo para evitar la penetración, y le manifestaba reiteradamente que su jefe estaba a punto de llegar, sintiendo en todo momento miedo por su vida, sobre todo cuando el agresor la empujó y le golpeó la cabeza contra el escalón del baño antes citado.*

²⁰Rodríguez Devesa, J. María, *et.al. Derecho Penal...*, op.cit. Tema 3.

²¹Gómez Rivero, M^a Carmen, *et.al. Nociones fundamentales...*, op.cit., p. 47.

²²Aranda Santiago Abogados. *Conceptos de violencia e intimidación en la agresión sexual*. Accesible en <https://www.arandasantiagoabogados.com/2017/11/28/conceptos-de-violencia-e-intimidacion-en-la-agresion-sexual/>

No obstante, G.F.B. no cesó su agresión hasta que logró introducir su pene en la vagina y eyacular".²³ En ningún momento la víctima consintió el acto de naturaleza sexual.

Analizando los elementos caracterizadores del tipo, indicamos que la agresión física, entendida como violencia implica una agresión real y violenta, sobre todo cuando se producen lesiones aun leves, como se da en el caso. Este acometimiento, coacción o imposición material constituye de una fuerza eficaz y suficiente para vencer la voluntad o resistencia de la víctima.²⁴ Así, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo nº 291/2018 del 18 de junio, establece que *"la violencia o fuerza física utilizada ha de ser la adecuada para evitar actúe según las pautas derivadas del ejercicio de un derecho de autodeterminación. . Lo esencial es que, ante la manifiesta y explícita oposición de la víctima, el agente persista, incluso pasiva, que el agresor actúe contra la voluntad de la víctima."*²⁵ Como podemos comprobar con un breve vistazo al Anexo 1, G.F.B. no cesó su agresión hasta poder consumir el acto de naturaleza sexual. Por otro lado, la sentencia de la Audiencia Pronvincial de Castellón nº 39/2018, determina que *"no es necesario que la fuerza sea irresistible, pues no puede exigirse a la víctima que oponga resistencia hasta poner en riesgo serio su vida o su integridad física, sino que basta con que sea idónea según las circunstancias del caso."*²⁶ En las últimas sentencias en la materia, se esta considerando suficiente la fuerza desplegada por el acusado para poder atentar contra la libertad sexual de la víctima, sin que esta fuerza sea absoluta ni imparabile.²⁷

Por otro lado, aparte de violencia sobre la víctima, concurre intimidación. Definida por la jurisprudencia como el *"constreñimiento psicológico consistente en la amenaza o el anuncio de un mal grave, futuro y verosímil, si la víctima no accede a participar en una determinada acción sexual"*²⁸, supone el anuncio de un mal inminente que genera temor en la persona ofendida, que ve vencida de ese modo a consecuencia de la vis compulsiva o vis psíquica acaecida su resistencia al acto violento sin que, desde luego, para apreciar negativa en la víctima sea precisa ningún tipo de resistencia heroica²⁹: *"no se exige que sea una intimidación de tal grado que resulte en todo caso irresistible para la víctima, sino que es suficiente que, dadas las circunstancias concurrentes, resulte*

²³Sentencia de la AP de Álava nº 87/2002.

²⁴STS del 28 de abril de 1998.

²⁵STS nº 291/2018 del 18 de junio, que alude a la STS nº 573/2017 del 18 de julio.

²⁶Sentencia de la AP de Castellón nº 39/2018.

²⁷STS nº 727/2018 del 30 de enero.

²⁸Sentencia de la AP de Navarra nº 38/2018 del 20 de marzo.

²⁹Sentencia de la AP de Álava nº 87/2002.

bastante para someter o suprimir su voluntad de resistencia.”³⁰ G.F.B. amenaza en varias ocasiones a la víctima con que la mataría si contaba algo.

A tenor de lo analizado, se dan los dos supuestos del artículo 178: la violencia y la intimidación para calificar dicha acción como una agresión sexual. No obstante, nos encontramos que G.F.B. consiguió –mediante el uso de violencia e intimidación, ya explicado en los párrafos anteriores-, acceder carnalmente a la víctima por vía vaginal. Esto comportaría que la acción antijurídica susceptible de tipificarse se encontrase en el artículo 179 y no en el 178 anteriormente mencionado, es decir, el tipo cualificado, que castiga las agresiones sexuales que consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías. Al ser el tipo cualificado, comporta mayor tiempo en privación de libertad.

La doctrina se muestra unánime respecto al significado que ha de darse a la expresión “acceso carnal”, por vía vaginal, anal o bucal, en tanto como la introducción de miembros corporales. Se ha tipificado expresamente como violación a raíz de varias resoluciones judiciales.³¹ En la sentencia, la víctima determina que “*no sabía si le estaba penetrando o no*”, determinando posteriormente que notó “*dos o tres empujones dentro de su vagina*”. Teniendo en mente la STS nº 696/2018 del 23 de marzo, el Tribunal, para calificar los hechos como violación, se basa en las declaraciones de la víctima y en lo que se consideran corroboraciones periféricas –las pruebas médicas que confirman eyaculación-. La víctima fue sometida a un examen médico que confirmó la presencia de espermatozoides de G.F.B. en su cavidad vaginal. Además, las declaraciones que prestó al efecto pueden ser consideradas como claras, precisas, incriminatorias y determinantes para hacer la declaración de hechos probados en la que se asienta la, ya previsible, condena del acusado.³²

Así, la consumación del delito de violación se entiende producida en tan pronto, a través del empleo de violencia o intimidación, se consigue el ayuntamiento carnal o conjunción de órganos genitales de varón y hembra, siempre que conlleve la penetración del pene, más o menos perfecta en la cavidad genital femenina, en los órganos sexuales de la mujer, sin exigirse la perfección fisiológica del coito.³³ En diferentes sentencias, el

³⁰Sentencia de la AP de Navarra nº 38/2018 del 20 de marzo.

³¹STS 23 de marzo de 1999 y 5 de abril de 2000.

³²STS nº 351/2018 del 11 de julio.

³³Sentencia de la AP de Álava nº 87/2002.

Tribunal Supremo, ha declarado para estimar la consumación del delito de violación que no se requiere la penetración del miembro viril de forma completa, bastando la introducción más o menos profunda, ya que igualmente es integradora de la acción penalmente sancionada como acceso carnal.³⁴

Por todo ello, podemos determinar que la acción se encuentra tipificada como agresión sexual con penetración, lo que supone que sea calificada como violación, en el artículo 179 del Código Penal.

ii. El delito de lesiones

Habitualmente, la doctrina designa, como bien jurídico protegido en los delitos de lesiones, a la salud y a la integridad, elementos que se consideran objetos distintos y complementarios.³⁵ Sin embargo, una parte de la doctrina matiza que, propiamente, el bien jurídico es la salud personal, incluida en ella la integridad corporal.³⁶

Siguiendo esta última línea, puede definirse la salud como el estado de bienestar y normal funcionamiento del cuerpo y de la mente, caracterizado por una razonable ausencia de condiciones patológicas. De esta forma, se considera lesión todo perjuicio a la salud, caracterizado por una alteración negativa del normal funcionamiento del organismo. Con arreglo a esta visión del bien jurídico protegido, como ponen de relieve BERDUGO Y MUÑOZ CONDE, no constituyen delito de lesiones, por falta de tipicidad, conductas que, implicando menoscabo de la integridad corporal, suponen correlativamente mejora de la salud (por ejemplo, la amputación de un miembro gangrenado o la extirpación de un órgano atacado por células cancerosas) o no provocan una afectación negativa a la salud (por ejemplo, corte de pelo o de barba, salvo que cause deformidad).³⁷ El Tribunal Supremo considera que por lesión deberá entenderse, todo daño en la sustancia corporal, una perturbación de las funciones del cuerpo, o una modificación de la forma de alguna parte del cuerpo, pero también cuando se producen malestares físicos de cierta entidad, como el terror, o el asco, quedando afectado el sistema nervioso central, para cuya curación es preciso un tratamiento psíquico.³⁸

³⁴STS nº 155/2002 del 7 de octubre, STS nº 553/2014, de 30 de junio, STS nº 356/2017 del 16 de febrero.

³⁵Gómez Rivero, M^a del Carmen. *Nociones fundamentales (...) Parte Especial*. op.cit., p. 83.

³⁶Zugaldía Espinar, *et.al. Fundamentos...*, op.cit., p. 141.

³⁷Zugaldía Espinar, *et.al. Fundamentos...*, op.cit., p. 141.

³⁸Sentencia del Tribunal Supremo nº 785/1998, de 9 de junio.

1. Acción

A través de los hechos emanados en la sentencia, verificamos que Guillermo F.B., en el transcurso de los hechos emanados de la sentencia presente en el Anexo 1, y con intención de agredirla sexualmente, golpea a su víctima y es capaz de causarle varios traumatismos, dañando su integridad corporal, salud física y mental.

2. Tipicidad

Como indicado, la tipicidad supone la subsunción de un hecho en un tipo penal. Como se desprende de la sentencia, la acción de G.F.B. causó múltiples lesiones a la víctima, las cuales, han de ser tipificadas como tal. Según la doctrina, es suficiente el empeoramiento de la salud de la víctima para considerarse que ha existido un delito de lesiones.³⁹

Las lesiones provocadas en el caso que nos ocupan no se encuentran tipificadas en la sentencia a partir del artículo 147.1. del Código Penal en tanto que el mismo se refiere a aquellas lesiones cualificadas como “graves”, es decir, que para su curación sea necesaria, aparte de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. Según la sentencia, para curar las heridas provocadas por G.F.B. no fue necesaria asistencia sanitaria de ningún tipo, por lo que no se consideraría como susceptible de ser un delito de lesiones, mas una falta, castigada con pena de multa. Además, la sentencia subsume la conducta en el supuesto de hecho del artículo 621.1. del Código Penal, en donde se enuncia a aquellas lesiones causadas por “imprudencia grave”. Esto lo analizaremos posteriormente con respecto a la culpabilidad.

Cuando tratamos el delito de lesiones, se nos suscita la duda sobre si es plausible penar ambas conductas o penar únicamente la agresión sexual, subsumiendo la falta por lesiones a la pena del delito contra la libertad sexual. Como enseña la sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña del 1 de junio de 2001, habiendo argumentado la dolencia de la víctima, probada mediante informe pericial obrante en la causa con origen en el episodio sexual padecido, hemos de plantearnos si merece una calificación autónoma o si ya aparece integrado este desvalor afectante a la salud en el propio de la infracción contra la libertad sexual. Como hemos indicado antes, lo que diferencia una

³⁹Suárez- Mira Rodríguez, Carlos. *Manual...*, op. cit., p. 144.

agresión sexual de otros delitos contra la libertad sexual es el empleo de violencia o intimidación. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en su sentencia del 19 de octubre de 2017 determina que *“la absorción del delito de lesiones en el tipo de agresión sexual depende de la naturaleza de las mismas, atendiendo para ello a que se consideren como una consecuencia normal del yacimiento forzado de la víctima, o como una conducta con independencia y con sustantividad propias, debido al exceso de violencia ejercida”*.⁴⁰ Por tanto, ¿qué supone que las lesiones, siendo constitutivas de falta, tengan la entidad suficiente para que haya concurso ideal de delitos por el artículo 77.2 del Código Penal? Es decir, ¿qué supone que sean calificadas como falta (en este caso) autónoma al de agresión sexual?

Según la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca n° 547/2016 del 31 de marzo, se establece que *“el delito de agresión sexual con empleo de violencia requiere el empleo de ésta, pero no exige la de lesiones corporales, de modo que el ataque a la salud y a la integridad corporal protegidos por el tipo de lesiones no es elemento indispensable del delito contra la libertad sexual.”*⁴¹ Del mismo modo, emana que *“cuando las lesiones consisten en las indispensables u ordinarias para el forzamiento sexual, y son su consecuencia necesaria, sin desmesura ni desproporción, consustanciales con el forzamiento, como pueden ser rozaduras o equimosis en zona vaginales, o leves hematomas en los muslos, o brazos, se deben estimar integradas en la propia agresión, de acuerdo con el principio del artículo 8.3 del CP (...) cuando las lesiones causadas son de mayor entidad, se producen en otras zonas del cuerpo y han sido producidas por el responsable de los hechos para vencer la resistencia de la víctima, ha de entenderse que se ha cometido también un ilícito penal de lesiones, en concurso medial con la agresión sexual.”*⁴² La misma postura se ha reafirmado en distintas sentencias del Tribunal Supremo.⁴³ Podemos considerar que las lesiones físicas y psicológicas provocadas a la víctima no son consustanciales con el forzamiento, y revisten de la especial y suficiente gravedad para ser consideradas como una falta autónoma y no subsumible a la agresión sexual.

⁴⁰STS del 19 de octubre de 2017.

⁴¹Sentencia de la AP de Palma de Mallorca n° 547/2016 del 31 de marzo.

⁴²Sentencia de la AP de Palma de Mallorca op.cit.

⁴³STS n° 501/2018 del 24 de octubre, STS n° 794/2015 de 3 de diciembre, STS n° 383/2006, de 21 de marzo, STS n° 383/2006 del 21 de marzo, STS del 11 de diciembre de 2018, STS del 29 de julio de 2011 y STS del 3 de octubre de 2012.

Con respecto a las lesiones psíquicas, el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo del 10 de octubre de 2003, determina que las alteraciones psíquicas ocasionadas a la víctima de una agresión sexual ya han sido tenidas en cuenta por el Legislador al tipificar la conducta y asignarle una pena, por lo que ordinariamente quedan consumidas por el tipo delictivo correspondiente, por aplicación del principio de consunción del art. 8.3 del CP.⁴⁴ No obstante, la Sentencia del Tribunal Supremo nº 721/2015 del 22 de octubre dictamina que, si bien está vinculada por el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional, la doctrina admite excepciones,⁴⁵ entre otras, *“para supuestos en que los resultados psíquicos de la agresión, abuso o acoso sexual superen la consideración normal de la conturbación anímica y alcancen una naturaleza autónoma como resultados típicos del delito de lesiones psíquicas, adquiriendo una magnitud desproporcionada a la que puede haber sido tomada en cuenta al penalizar el acto contra la libertad sexual y merecedora de reproche penal específico. Siempre, obviamente, que concurran los demás elementos típicos del delito de lesiones, es decir la asistencia facultativa y el tratamiento médico que expresen, claramente, el diagnóstico de la enfermedad y dispongan el preciso tratamiento para su sanidad”*⁴⁶. Si bien la víctima después de los hechos recibió tratamiento psicológico –tratamiento médico con diagnóstico-, experimentó traumas y presentó secuelas, no podemos asumir que estas *“superen la consideración normal de la conturbación anímica”* en tanto la reacción a una agresión así depende de cada persona, por lo que no existen parámetros establecidos para determinar qué podemos considerar como lo normal. Por ello, habrían de agruparse las lesiones físicas y las psíquicas en un único supuesto que comportan una falta con pena de multa de uno a dos meses.

iii. El delito de amenazas

Las amenazas tradicionalmente se han entendido como el anuncio de causar a otro o a su familia un mal en su persona, honor o propiedad, de manera que el núcleo del delito es la exteriorización del propósito de causar un mal ilícito.⁴⁷ Se protege la libertad de obrar concretada en la fase de formación de la voluntad del sujeto y se configura como un delito de lesión de mera actividad: basta con la realización del complotamiento

⁴⁴Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo del 10 de octubre de 2003

⁴⁵STS nº 1250/2009, de 10 diciembre.

⁴⁶STS nº 721/2015 del 22 de octubre.

⁴⁷STS del 15 de octubre de 2004.

descrito en el tipo para lesionar la formación de la voluntad.⁴⁸ En este sentido, la jurisprudencia determina que *“la intimidación consiste en la amenaza de un mal, que no es imprescindible que sea inmediato bastando que sea grave, futuro y verosímil.”*⁴⁹

1. Acción

Como podemos observar, G.F.B. amenazó a la víctima con la muerte, un mal serio, real e idóneo, además de futuro, injusto, determinado y posible teniendo en cuenta las circunstancias del momento de la agresión en tanto ésta se encontraba en una situación de pleno desvalimiento y subordinación.

2. Tipicidad

Nos encontramos ante la amenaza condicional tipificada en el artículo 169.1 del Código que consiste una amenaza exigiendo una cantidad o una condición a cambio de no provocar un mal determinado, necesariamente constitutivo de un delito de los referenciados en el inciso primero del artículo 169, posible, verosímil y con apariencia de seriedad.⁵⁰

No obstante, si bien es cierto que existe por parte del acusado prueba suficiente para estimar como probada la amenaza y que, realmente, se logró incidir en la libre formación de la voluntad de la víctima, en el caso de los delitos contra la libertad sexual se acude a la inminencia del mal para diferenciarlos, constituyendo un concurso de leyes a resolver a favor de estos delitos en virtud del principio de consunción.⁵¹

En este caso, nos hallamos ante un concurso de normas, que se ha de resolver conforme al art. 8.3 del Código Penal por el que *“El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.”*⁵² El desvalor de ese anuncio de muerte si contaba lo que había ocurrido, se ha de absorber por el desvalor que supone la conducta violenta e intimidatoria que realiza el acusado para agredir sexualmente a la víctima. De hecho, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo,

⁴⁸Gómez Rivero, M^a del Carmen. *Nociones fundamentales (...) Parte Especial*, op.cit., p. 90.

⁴⁹STS n^o 9/2016 del 21 de enero.

⁵⁰Sentencia de la AP de Córdoba del 18 de julio de 2002.

⁵¹Gómez Rivero, M^a del Carmen. *Nociones fundamentales (...) Parte Especial*, op.cit., p. 90.

⁵²Artículo 8.3 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

no se aprecia en estos casos un delito de amenazas, sólo apreciable tal vez cuando se pudieran dirigir contra persona distinta que no ha sido objeto de la intimidación tendente a doblegar la voluntad de la víctima para atacar su libertad sexual.⁵³

b. Análisis de la culpabilidad

Luego de haberse constatado la ilicitud del hecho, es decir, que se ha producido la violación de una norma penal de forma no autorizada mediante la realización de una conducta típica y antijurídica, corresponde ahora discutir la culpabilidad, que es un elemento referido a la persona del autor consistente en analizar las condiciones personales necesarias para poder atribuirle tal conducta y hacerle responsable penal de la misma.⁵⁴

La culpabilidad del autor depende, en primer término, de que pueda conocer la desaprobación jurídico penal del hecho, es decir, que conozca el significado ilícito de lo realizado, pues mal puede motivarse por el derecho quien no ha podido saber que su conducta estaba desvalorada jurídico-penalmente (error de prohibición invencible) y en segundo término, de su capacidad de culpabilidad en sentido estricto (imputabilidad), es decir, de si el sujeto pudo o no comprender la antijuricidad de su conducta y comportarse conforme a dicha comprensión.⁵⁵ El concepto de culpabilidad, desde el punto de vista normativo, es el reproche que se dirige a la persona porque pudiendo y debiendo haber actuado de conformidad con el derecho, ha optado por llevar a cabo la acción antijurídica. En este planteamiento se hace referencia ineludiblemente al fundamento de la culpabilidad en la libertad del ser humano.⁵⁶

i. Imputabilidad

Es el núcleo esencial de la culpabilidad: el sujeto ha de ser imputable.⁵⁷ Para que haya culpabilidad, es necesaria la imputabilidad. Si la culpabilidad es el reproche que se dirige al sujeto por haber actuado de forma contraria al ordenamiento jurídico cuando debía y podía haber actuado de conformidad con él; la imputabilidad es la capacidad de actuar de otro modo distinto. El sujeto imputable es aquel con un determinado desarrollo,

⁵³Gómez Rivero, M^a del Carmen. *Nociones fundamentales (...) Parte Especial*, op.cit., p. 91.

⁵⁴Gómez Rivero, M^a Carmen, *et.al. Nociones fundamentales...*, op.cit., p. 121.

⁵⁵Gómez Rivero, M^a Carmen, *et.al. Nociones fundamentales...*, op.cit., p. 122.

⁵⁶Rodríguez Devesa, J. María, *et.al. Derecho Penal...*, op.cit., Tema 5.

⁵⁷Rodríguez Devesa, J. María, *et.al. Derecho Penal...*, op.cit., Tema 6.

madurez y características que le hagan capaz de comprender la ilicitud o licitud de sus actos y actuar en virtud de ello. Según RODRÍGUEZ DEVESA, sujeto imputable es *“aquel que reúne aquellas características biopsíquicas que, con arreglo a la legislación vigente le hacen capaz de ser responsable de sus propios actos”*. Así, según JOSÉ CERREZO, la imputabilidad se entiende como *“un determinado desarrollo o madurez de la personalidad y unas determinadas condiciones biopsíquicas que le permitan al sujeto conocer la licitud o ilicitud de sus acciones u omisiones y obrar conforme a ese conocimiento.”* De una forma parecida, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, como *“el conjunto de requisitos psicobiológicos exigidos por la ley vigente que expresan que la persona tenía la capacidad de valorar y comprender la ilicitud del hecho realizado por ella y actuar en los términos requeridos en el ordenamiento jurídico.”*⁵⁸ La imputabilidad ha de estar presente en el momento de realizarse la acción constitutiva de delito.⁵⁹ Los supuestos de inimputabilidad están contenidos en el artículo 20 del texto punitivo.

De la sentencia se desprende que la defensa solicitó en las conclusiones definitivas la aplicación del 20.2. del Código Penal, esto es, que G.F.B actuó a causa de su grave adicción a sustancias estupefacientes, en su caso, la cocaína. A partir de las declaraciones del acusado y de diferentes informes realizados al efecto, el Tribunal consideró que G.F.B. en la época de los hechos era consumidor bajo y/o esporádico de cocaína. No obstante, y en tanto se consideró a G.F.B. como consumidor de cocaína en un período de tiempo de 6-7 meses anterior a la muestra tomada al efecto, no se acreditó que el acusado el día de la comisión de los hechos o en días anteriores tuviera sus facultades de entender y querer afectadas gravemente, ni aun en forma leve, por dicha ingesta de sustancias estupefacientes que le limitaren a comprender la ilicitud de sus actos, o actuar conforme a esa comprensión, ni que actuara el culpable a causa de su grave adicción.

Considerando los requisitos formales y examinando lo establecido en el artículo 20 del Código Penal, determinamos que G.F.B. no se encuentra amparado por ninguno que le podría comportar como inimputable y exento de la responsabilidad criminal.

⁵⁸Todos estos autores son citados en De Aguilar Gualda, Salud. *Estudio jurisprudencial de los trastornos neuróticos y del control de los impulsos*. Dykinson S.L. 2017. pp. 27-29.

⁵⁹Rodríguez Devesa, J. María, *et.al. Derecho Penal...*, op.cit., Tema 6.

ii. Dolo

El dolo supone conocer que se está realizando el tipo del injusto y querer realizarlo. Actúa con dolo el que actúa con conocimiento y voluntad, siendo estos dos elementos (conciencia y voluntad) referidos tanto a la dimensión externa del hecho como a su significación antijurídica, si queremos hablar de formas de la culpabilidad.⁶⁰ Si bien en un sistema finalista, el dolo únicamente se refiere a la dimensión externa del hecho y no a la significación antijurídica (*dolus naturalis*), en el sistema causalista, el dolo no es meramente naturalis, sino que también abarca la conciencia de la antijuricidad, es un *dolus malus*. Es conciencia y voluntad de que se ha hecho algo que no se debía hacer, una conducta antijurídica.⁶¹

Así, el dolo tiene dos elementos: el elemento intelectual –el sujeto conoce de forma actual, los elementos del tipo y la antijuricidad del hecho y que la acción que lleva a cabo va a seguir un determinado resultado- y el elemento volitivo –el sujeto en sí mismo quiere hacer la conducta, tiene que ser objeto de una resolución de voluntad-.⁶² Hoy día, nuestra jurisprudencia del Tribunal Supremo sigue una tendencia a poner más énfasis en el elemento intelectual, donde se considera especialmente importante la peligrosidad de la acción que se lleva a cabo y el conocimiento que de esa peligrosidad tenga el sujeto. En consecuencia, si el sujeto emprende una acción peligrosa para un bien jurídico está, en definitiva, queriéndola.

En cuanto hablamos de los hechos antijurídicos y delictivos que suponen una agresión sexual, delito de lesiones y de amenazas, se castiga el hecho del acto en sí, requerido con intención. Por decirlo en palabras llanas, nadie agrede sexualmente, lesiona, ni amenaza a alguien sin quererlo.

Analizando los delitos por separado, con respecto a la falta de lesiones, vemos que es calificada como cometida por “imprudencia grave”. Hemos de darnos cuenta de que la imprudencia es de una gravedad inferior al dolo.⁶³ El delito doloso es una rebelión consciente contra el bien jurídico pero esa gravedad es inferior en el caso del delito imprudente, en el que lo que se da es una ejecución descuidada de una acción peligrosa donde el sujeto no ha previsto lo que debería prever ni evitado lo que debería evitar.⁶⁴ La

⁶⁰Rodríguez Devesa, J. María, *et.al. Derecho Penal...*, op.cit., Tema 5.

⁶¹Rodríguez Devesa, J. María, *et.al. Derecho Penal...*, op.cit., Tema 5.

⁶²Rodríguez Devesa, J. María, *et.al. Derecho Penal...*, op.cit., Tema 5.

⁶³Rodríguez Devesa, J. María, *et.al. Derecho Penal...*, op.cit., Tema 5.

⁶⁴Rodríguez Devesa, J. María, *et.al. Derecho Penal...*, op.cit., Tema 5.

imprudencia es alternativa al dolo; son incompatibles entre sí. No estoy de acuerdo en absoluto con la subsunción de las lesiones provocadas a la víctima en el supuesto de “imprudencia grave”. Creo que es claro el dolo e intencionalidad del actor con respecto a lesionarla: se da el elemento intelectual, en tanto el agresor conoce que lo que está haciendo es una conducta antijurídica, y el volitivo, que se manifiesta en la voluntad de lesionar (*animus laedendi*) para conseguir el objetivo final, que es la agresión sexual.

Así, el dolo abarca también el delito de amenazas, en tanto que éstas se emiten con la intención de provocar la realización de una acción o de una omisión –en este caso, no contar lo ocurrido-, lo cual supone una limitación de su libertad al anunciar la puesta en peligro de un bien jurídicopreciado por la víctima –su vida-.⁶⁵

Del mismo modo, la agresión sexual también es dolosa: el sujeto comprende y sabe lo que está haciendo en todo momento y persigue la realización del tipo del injusto. Precisa de la violencia a través de lesiones a la víctima como de la intimidación manifestada en forma de amenazas y la presencia de un ánimo libidinoso⁶⁶. El agresor conoce y quiere la acción típica, elementos que quedan probados por la jurisprudencia en la STS nº 132/2013: “*El actor en el hecho probado conoce la acción y la trascendencia de su acción, esto es el significado sexual de su conducta y la violencia en cuyo marco se ejerce. Luego obra con dolo.*”⁶⁷ Por tanto, se considera culpable a G.F.B. en tanto es imputable por no encontrarse en ninguno de los supuestos de inimputabilidad y actor doloso de los hechos, ya que los realizó con plena voluntad, consciencia e intencionalidad.

c. Determinación de la pena

Debido a que no concurren circunstancias atenuantes del artículo 21 del Código Penal y habiendo confirmado que el consumo de estupefacientes por parte del reo era bajo y/o esporádico; siguiendo el artículo 66 se individualiza la pena imponiendo la señalada en la Ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho. Los agravantes del artículo 22 del Código Penal se calificarán con respecto cada delito.

⁶⁵Es precisa la concurrencia de dolo, la jurisprudencia ha llegado a exigir el propósito de ejercer presión sobre la víctima, de atemorizarla, de privarle de su tranquilidad (STS del 17 de octubre de 2006).

⁶⁶ La mayoría de la doctrina descarta tenga que concurrir, puesto que no trata más que del dolo propio de este delito, en tanto conocimiento de la naturaleza sexual del acto que se ejecuta.

⁶⁷STS nº 132/2013.

A su vez, debido al concurso medial de delitos de la falta de lesiones y el delito de agresión sexual,⁶⁸ en tanto uno es medio necesario para cometer otro, se emplea el artículo 77.2 y se le aplicaría la pena de agresión sexual en su mitad superior, lo que daría lugar a una pena de prisión de 10 años, 6 meses y un día. Sin embargo, existe un límite en el artículo, en tanto que la pena no puede exceder de la que representa la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. Sería de aplicación el artículo 77.3, ya que la pena computada excede del límite, por lo que se sancionan las infracciones por separado.

Por ello, en cuanto al delito de agresión sexual, tipificado en el artículo 179 del Código Penal, y penado con la pena de prisión de seis a 12 años; al presentar el reo relevante peligrosidad, diagnosticado de trastorno de la personalidad “*con predominio de rasgos antisociales, agresivo-sádicos, narcisistas y pasivo-agresivos*”, indicado en el informe del Dr. D. Braulio en los folios 785 a 816, y en el informe del Dr. Gabino, que lo calificó de psicópata, como “*una persona potencialmente muy peligrosa, para sí mismo y los demás*” en los folios 753 a 762⁶⁹, y teniendo en cuenta que le sería de aplicación el agravante de alevosía del 22.1., dado que la agresión se consuma de forma sorpresiva y a una hora en la que la víctima no esperaba encontrarse a nadie en su lugar de trabajo, impidiendo la ayuda por parte de cualquier persona e imposibilitando su defensa, le sería de aplicación el artículo 66.3., imponiéndosele la pena en su mitad superior, y resultando en una pena de cárcel de 9 años y un día.

En cuanto a la falta por lesiones, tipificada en el artículo 147.2. del Código Penal, aplicando el 621.1 por haber sido cometidas por imprudencia grave y penadas con la pena de multa de uno a dos meses; se aplica el artículo 638 del Código Penal, en donde se fija el número de días de multa, que sería de 30 días, límite máximo de la mitad inferior teniendo en cuenta las circunstancias personales del reo y del caso en sí mismo, con una cuota diaria de 12 euros, determinada por el Ministerio Fiscal en base al 50.5 del Código Penal.

⁶⁸Incluso en el caso de lesiones constitutivas de falta (STS n° 305/2001 del 2 de marzo) la doctrina jurisprudencial refiere que “*en estos casos, para distinguir el concurso ideal del art. 77 y el de normas del art. 8 , ha de utilizarse el criterio siguiente: si con uno de los dos preceptos penales en juego queda absorbida la total antijuricidad penal del hecho, nos encontraremos ante un concurso de normas; pero si es necesario aplicar los dos para abarcar toda esa antijuricidad, estaremos ante un concurso ideal.*”

⁶⁹Sentencia de la AP de Álava n° 87/2002

En cuanto al delito de amenazas, tipificado en el artículo 169 del Código Penal no se le pena, ya que la conducta se entiende subsumida al supuesto de la agresión sexual del artículo 179 del Código Penal.

Así, conforme al artículo 56 del Código Penal, la pena al ser inferior a 10 años, lleva aparejada una accesoria, en este caso, de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo.

Además, a partir del artículo 57 del Código Penal, el Tribunal podrá acordar la imposición de una o varias de las prohibiciones mencionadas en el artículo 48, ya bien la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, aproximarse a la víctima, su lugar de residencia o familiares, o mantener cualquier tipo de contacto con ella durante un periodo de cinco años después de cumplida la pena privativa de libertad.

Por último, el reo, como responsable criminal lo es también civil, siguiendo el artículo 116 y por ello estaría obligado al pago de una cantidad en concepto de reparación de daños a la víctima a definir por los Tribunales teniendo en cuenta las gravedad del caso y las posibilidades económicas de G.F.B.

4. Calificación jurídico penal de la sentencia de la AP de Álava n ° 176/2002 conforme al Código Penal vigente en el momento de los hechos.

a. Análisis de la antijuricidad penal

i. El delito de agresión sexual

1. Acción

Como podemos observar a partir de los hechos contenidos en la sentencia, G.F.B. vuelve a atentar contra la libertad sexual de su víctima a partir de la ejecución de una acción que después será encuadrada dentro de un tipo y que se trata de un comportamiento humano positivo, voluntario, externo y con repercusión, que provoca un resultado.

2. Tipicidad

Se dan los requisitos objetivo y subjetivo de la agresión sexual como actos no consentidos que atentan contra la libertad sexual de una persona. G.F.B utiliza la violencia para poder ejecutar la agresión, elemento que podemos cotejar con un breve análisis a los hechos probados del Anexo 2.

Como en el anterior supuesto, lo que contempla calificar esta agresión sexual a partir del artículo 179 del Código Penal y no del 178 del texto punitivo, es que G.F.B., mediante el empleo de una violencia inusitada, vence y anula cualquier resistencia u oposición de la víctima y accede carnalmente por vía anal, “*bien con el pene, bien con un objeto, pero en todo caso sin eyaculación en la cavidad anal o sobre el cuerpo de la víctima*”.⁷⁰ Partimos de la base ya indicada anteriormente, de que las agresiones sexuales del artículo 179 coinciden con el acto de penetración, siquiera sea parcial, del pene en la vagina de mujer o en la boca o recto de la víctima, siendo igualmente suficiente la introducción parcial del objeto que se trate en la vagina o en el ano. Dicho acceso implica, que el órgano genital del varón acceda o se introduzca en la vagina de la mujer, no bastando con una simple aproximación o contacto entre ambos genitales, aunque tampoco es necesaria la cópula completa, ni mucho menos la eyaculación intra o extravaginal.⁷¹

⁷⁰Sentencia de la AP de Álava n° 176/ 2002.

⁷¹Suárez- Mira Rodríguez, Carlos. *Manual...*, op. cit., p. 222.

ii. El delito de asesinato

El asesinato antes de 1995 se consideraba un tipo penal autónomo distinto del homicidio, pero la jurisprudencia y la doctrina empezaron a considerarlo como un homicidio cualificado: no deja de ser un ataque contra la vida en el que se dan ciertas circunstancias –alevosía, precio, recompensa o promesa y ensañamiento-.

Como recuerda MORALES PRATS, esta figura delictiva nace principalmente pensada para regímenes punitivos que preveían la pena capital, o bien, la cadena perpetua, de forma que estos significativos “saltos de penalidad” tuviesen un parangón simbólico, con signos de identidad propios, en un delito diverso del homicidio, autónomo y más grave.⁷²

1. Acción

La acción de asesinato, en tanto que, como el homicidio, supone el acabar con la vida de otra persona, precisa que, entre la conducta exterior del sujeto encaminada a producir la muerte de otro – acción- y el resultado, exista relación de causalidad, que ha de ser penalmente relevante.⁷³ Teniendo en cuenta las circunstancias indicadas en la sentencia, vemos que se produce el fallecimiento de la víctima durante la penetración al documentarse que, debido a la compresión torácico-abdominal externa se le provoca asfixia y cesa la función respiratoria.

2. Tipicidad

Con respecto al asesinato, concurren el elemento objetivo de delito, es decir, la agresión física que acaba con la vida de la víctima.

Así, esta conducta habría de encuadrarse en el artículo 139 del Código Penal y no en el 138 que trata el homicidio, debido a la concurrencia de una circunstancia cualificante: la alevosía, ya que la víctima no pudo defenderse ni tuvo posibilidad para ello. Trayendo cita de la STS nº 716/2018, la alevosía supone la “*eliminación de toda la posibilidad de defensa de la víctima, que debe ser considerada desde la perspectiva de su real eficacia, siendo compatible con intentos defensivos ínsitos en el propio instinto de conservación*”,⁷⁴ y requiere de dos elementos esencialmente integradores de la misma.

⁷²Serrano Gómez, Alfonso. *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*. Dykinson S.L. 2015. p.42.

⁷³Serrano Gómez, Alfonso. *Curso...*, op.cit., p.43.

⁷⁴STS nº 716/2018 de 16 enero.

El primero, el objetivo, considerado como el *modus operandi*, la forma utilizada o el medio empleado por el autor en la ejecución del acto, objetivamente adecuados para asegurar la consecución del mismo eliminando toda posibilidad de defensa y el segundo, el subjetivo, el ánimo del agresor de utilizar tal medio, forma o modo para delinquir.⁷⁵ Este último es tan importante que, aunque en un primer momento, no se hubiere buscado el modo o encontrado el medio, lo fundamental es que se aprovecha de manera consciente de una situación de indefensión.

En el caso que nos atañe, el procesado accedió al establecimiento en un momento en el cual la víctima no esperaba encontrarse a nadie y por tanto, nadie habría de entrar interrumpiendo la sucesión de los hechos a producirse. El acusado, sin haber sido percibido por la víctima, y teniendo en cuenta que, desde la localización de ésta no se veía la puerta de entrada, se introdujo en el establecimiento y se armó de un botellín con el que la atacó, la derribó y dejó en el suelo, anulando cualquier posibilidad que hubiera tenido de prepararse para un ataque. Así, aun en el caso de que le hubiese visto, la víctima no habría podido defenderse, ya que, como se determina en la sentencia, “*el procesado, hombre corpulento, se echó encima de ella en un espacio reducido que no dejaba hueco a la víctima para usar las manos*”.⁷⁶ Puso en práctica una dinámica especial de ejecución con el efecto de anular el riesgo de defensa de la víctima. Vemos que ambos elementos caracterizadores de la alevosía se dan, en tanto G.F.B. fue consciente del medio y lo aprovechó con el objetivo de agredirla sexualmente, para luego matarla.

b. Análisis de la culpabilidad

i. Imputabilidad

Al igual que en el supuesto de la anterior sentencia, Guillermo F.B. volvió a alegar que era consumidor habitual de cocaína y en sus declaraciones alegó que había consumido cocaína casi tres horas antes del crimen y que había bebido 12 copas de whisky.⁷⁷ Sin embargo, al igual que en la anterior decisión de la Audiencia Provincial, los análisis mostraron un uso bajo y/o esporádico de esta sustancia, que en ningún momento podría haber afectado a sus capacidades de entendimiento y comprensión de lo que estaba haciendo. Al no encontrarse su persona sujeta a aplicación de ninguno de los supuestos

⁷⁵STS n° 114/2015, 12 de Marzo de 2015

⁷⁶Sentencia de la AP de Álava n ° 176/2002

⁷⁷Sentencia de la AP de Álava n ° 176/2002

restantes del artículo 20 que lo determinarían como inimputable y exento de responsabilidad criminal, comportamos al reo como imputable por los hechos cometidos.

ii. Dolo

El dolo constituye el elemento fundamental de la culpabilidad, y se configura como el reproche dirigido al sujeto cuyo conocimiento y voluntad abarcan la realización de la conducta antijurídica penalmente. Es la voluntad libre y consciente de practicar una determinada conducta con el fin de lograr el objetivo y resultado prohibidos por la ley. Nos remitimos a lo explicado en el apartado de “**Dolo**” anterior.

Con respecto a la agresión sexual, nos remitimos de nuevo a la STS nº 132/2013 que dicta que *“el actor en el hecho probado conoce la acción y la trascendencia de su acción, esto es el significado sexual de su conducta y la violencia en cuyo marco se ejerce. Luego obra con dolo.”*⁷⁸ Con un breve análisis de los hechos del Anexo 2, comprobamos la clara intencionalidad del acusado en agredir sexualmente a la víctima desde el momento en que entra en el establecimiento y la sorprende en la trastienda.

Con respecto al delito de asesinato, este requiere necesariamente la presencia del *“animus necandi”*, que es el dolo respecto del elemento cualificante, ya que, por un lado, no se castiga la comisión culposa y por otro, los elementos cualificantes anteriormente mencionados requieren un elemento subjetivo naturalmente incompatible con la existencia de imprudencia.⁷⁹ Como sabemos, a diferencia del homicidio, que admite la comisión culposa, el asesinato no admite otra modalidad que la dolosa, si bien incluyendo también en sus lindes la forma eventual incluso en la subclase alevosa. Así lo ha señalado el Tribunal Supremo en diversas resoluciones como, por ejemplo, en la STS del 3 de junio de 2002, que determina que *“en el delito de asesinato alevoso el dolo eventual respecto del resultado es suficiente para la realización del tipo”*.⁸⁰ Es decir, en el asesinato alevoso se requiere dolo directo respecto de la situación de indefensión de la víctima, pero no es necesario que esta forma de dolo se haya dado respecto del resultado de muerte.

Si bien es importante apuntar que una gran parte de la doctrina, que es la normalmente seguidora de la naturaleza *sui generis* del asesinato, impugna la posibilidad de apreciar asesinato cuando concurre dolo eventual y no directo, ya que éste manifiesta una menor intensidad de la voluntad homicida, considerándose insuficiente para merecer

⁷⁸STS nº 132/2013

⁷⁹Gómez Rivero, M^a del Carmen. *Nociones fundamentales (...) Parte Especial*. op.cit., p. 100

⁸⁰STS del 3 de junio de 2002.

la pena que se asocia al asesinato,⁸¹ como apunta MAPELLI CAFFARENA, en los supuestos en que el sujeto obra con dolo directo respecto del elemento cualificante – alevosía- y dolo eventual respecto del resultado de muerte, parece lógico estimar el delito de asesinato, puesto que el mayor reproche que se atribuye a este delito procede precisamente de la presencia del elemento cualificante.⁸² Como podemos ver en la jurisprudencia, se admite el dolo eventual sin dificultades⁸³, siempre que la eventualidad sólo se refiera a la producción del resultado de muerte, no a la concurrencia de las circunstancias, que en todo caso deben ser abarcadas por el dolo directo del autor.

En el caso que nos ocupa, podemos comprobar que G.F.B. actúa con dolo directo respecto de la situación de indefensión de la víctima y con dolo eventual respecto del resultado de muerte. Podemos asumir que entra en el establecimiento de un modo y forma que pueda aprovechar para agredir sexualmente a la víctima, tal como hizo el mes anterior en circunstancias similares y que, finalmente decide acabar con su vida –no como propósito inicial-, pero sucumbido a los hechos.

Con respecto a todo esto, a Guillermo Fernández Bueno, se le consideraría imputable, responsable criminalmente y culpable como autor directo y material por los hechos acaecidos a todos los efectos.

c. Determinación de la pena

Si bien el procesado alega que aquella noche tomó doce copas de whisky y gramo y medio de cocaína, testigos indicaron que no apreciaron anomalías en su comportamiento y no le vieron drogarse, por lo que el consumo de estupefacientes en las horas previas al crimen no queda acreditado, no siendo aplicable, por tanto, ningún atenuante del artículo 21 del Código Penal. Los agravantes se dictaminarán más adelante. En el caso de que no sean de aplicación, siguiendo el artículo 66, se individualizará la pena imponiendo la señalada en la Ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.

Con respecto al delito de agresión sexual tipificada en el artículo 179; en este supuesto denotamos la presencia del agravante de alevosía del artículo 22.1, en tanto que dicho delito fue ejecutado por el culpable de un modo y forma por el que la víctima no

⁸¹Serrano Gómez, Alfonso. *Curso...*, op.cit., p.46.

⁸²Serrano Gómez, Alfonso. *Curso...*, op.cit., p.47.

⁸³STS del 12 mayo de 2009.

pudo defenderse tanto del ataque como de la propia agresión debido a la situación y al elemento sorpresivo y en donde la víctima quedó reducida a mero objeto sometido a la brutalidad sexual del reo. Por ello, se le aplica el artículo 66.3., y se le aplica la pena en la mitad superior de la que la ley fija para el delito, resultando en una pena de nueve años y un día.

Con respecto al delito de asesinato, tipificado en el artículo 139 del Código Penal, en donde se impone la pena de prisión de quince a veinte años; dada la peligrosidad del reo y la brutalidad de las actuaciones, se aplica la pena en su grado medio, y por tanto, condenándole a diecisiete años y seis meses de prisión.

Ambas penas han de ir acompañadas a su vez de la accesoria de inhabilitación absoluta conforme dispone el artículo 55 del Código Penal, del mismo modo que en el anterior supuesto.

A su vez, conforme al artículo 116 del Código Penal, el condenado es responsable civilmente por los hechos acaecidos con la obligación de indemnizar a los herederos de la víctima la cantidad decidida al efecto, que, en este caso, fue de 135.000€. También estaría obligado a pagar las costas de todo el proceso.

5. Diferencias entre la calificación jurídico penal a partir del Código Penal vigente en el momento de los hechos y el Código Penal de 2015

En julio de 2015 entra en vigor en España una de las reformas más profundas de nuestro sistema penal desde la aprobación del Código Penal de 1995. Si bien la gran mayoría del texto punitivo de 1995 ha sido modificado y suplantado por la nueva redacción, hemos de connotar que no existe gran diferencia con respecto a la calificación jurídica de los hechos a partir del Código Penal vigente en el momento de la comisión de los delitos por G.F.B. y su nueva redacción. No obstante, sí que es importante remarcar ciertos apuntes:

El primero de todos ellos es la modificación del artículo 1 del Código Penal de 1995, suprimiendo las *faltas*, por lo que toda actuación delictiva tipificada en la nueva redacción del Código Penal es calificada como *delito*. Es por ello que, con respecto a la sentencia nº 87/2002, las lesiones habrían sido calificadas como delito, y no como faltas.

Del mismo modo, el artículo empleado por el Tribunal para determinar la pena aplicable a la antigua falta de lesiones, el 621 del Código Penal de 1995, ha sido derogado por la nueva redacción. Así, le habría sido de aplicación el 147.2, ya que se trataba de lesiones que no requerían de tratamiento médico o quirúrgico. La pena de multa entre un artículo y otro también es diferente: la pena impuesta en el antiguo 621 era de uno a dos meses de multa, y la del 147.2 se rebate entre el mes y los tres meses de multa.

Así, con respecto al concurso medial del artículo 77 del Código Penal de 1995, se cambia su redacción y la nueva corresponde a que, en el 77.1 se enuncie la posibilidad de que dos delitos correspondan una misma infracción o que uno de los delitos hubiese sido necesario para cometer el otro, en el 77.2 se determine lo aplicable al primero de los supuestos y en el 77.3, se establezca lo aplicable al segundo, en tanto: “*Se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior.*”⁸⁴

Otra de las diferencias más notables es el aumento de la pena de prisión por cometer asesinato. Se da la modificación del artículo 139 y se incrementa la pena hasta

⁸⁴Artículo 77.3 de Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

los veinticinco años. Debido a esta modificación, la pena de G.F.B. por el asesinato de la segunda víctima si se juzgasen hoy los hechos sería de 20 años y un día de prisión, aplicándosele en su grado medio. Además, se añade una circunstancia más para que sea calificado un homicidio como asesinato, que es: *“para facilitar la comisión de otro delito, o para evitar que se descubra”*.

Sin embargo, la más notable modificación es la del artículo 140 del Código Penal. Su contenido anterior era que *“Cuando en un asesinato concurran más de una de las circunstancias previstas en el artículo anterior, se impondrá la pena de prisión de veinte a veinticinco años.”*⁸⁵ No obstante, la nueva redacción del artículo añade la novedosa pena de prisión permanente. A grandes rasgos consiste en que, aquel condenado por cualquiera de los delitos castigados con esta pena permanecerá en prisión hasta pasado un periodo de entre 25 y 35 años, momento en el que se podrá revisar su condena por medio de la evaluación de su pronóstico de reinserción. En caso de ser negativo, continuará en la cárcel por tiempo indefinido.

La nueva redacción del artículo 140 es la siguiente:

“El asesinato será castigado con pena de prisión permanente revisable cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- 1. Que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad.*
- 2. Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima.*
- 3. Que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal.”*⁸⁶

Teniendo esto en cuenta, si a Guillermo Fernández Bueno le fueran a juzgar hoy por el delito de asesinato subsiguiente a un delito contra la libertad sexual, podría ser condenado a prisión permanente revisable.

⁸⁵Artículo 140 del Código Penal de 1995.

⁸⁶Artículo 140 del Código Penal de 2015.

a. La prisión permanente revisable

Una de las modificaciones más señaladas de la reforma del Código Penal y que ha sido capaz de llamar la atención de forma más sobresaliente, ha sido la introducción de la prisión permanente revisable como pena al asesinato hiperagravado del artículo 140.

Esta nueva pena, que se ha ganado tanto adeptos como opositores a lo largo y ancho de toda la geografía de nuestro país supone que, aquel reo culpable por uno de los delitos tipificados en la nueva redacción del artículo 140 como “delitos de especial gravedad” y demás conductas castigadas con la pena de prisión permanente revisable, tendrán que permanecer en prisión por lo menos 25 años, a partir de los cuales se podrá revisar su condena, siempre atendiendo a las posibilidades de reinserción social que dicho reo comporta en el momento de pedir la revisión de su pena y se haya clasificado en tercer grado, como determina el artículo 92 del Código:

“1. El tribunal acordará la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que el penado haya cumplido veinticinco años de su condena, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 78 bis para los casos regulados en el mismo.*
- b) Que se encuentre clasificado en tercer grado.*
- c) Que el tribunal, a la vista de la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas, pueda fundar, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el centro penitenciario y por aquellos especialistas que el propio tribunal determine, la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social.*

(...)”⁸⁷

Un primer análisis nos deja entrever que, debido a la cuantía de criterios y entre ellos, la clasificación del reo en tercer grado y la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social basado en los requisitos del artículo 92 del Código, no supone una fácil posibilidad la revisión de la condena, que es exactamente lo que la diferencia de la cadena perpetua. La Secretaria Judicial, CONCEPCIÓN SÁEZ RODRÍGUEZ, opina que las

⁸⁷Artículo 92 del Código Penal 2015.

palabras utilizadas por el legislador son contradictorias, pues algo que es permanente difícilmente puede revisarse, en tanto que la denominación actual no es más que un eufemismo cuyo fin es “*enmascarar el significado de aquello que se quiere decir, sin nombrarlo*”, en alusión a la cadena perpetua.⁸⁸ No obstante, según la redacción del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, “*La pena de prisión permanente revisable no constituye, por ello, una suerte de “pena definitiva” en la que el Estado se desentiende del penado. Al contrario, se trata de una institución que compatibiliza la existencia de una respuesta penal ajustada a la gravedad de la culpabilidad, con la finalidad de reeducación a la que debe ser orientada la ejecución de las penas de prisión.*”⁸⁹ El legislador ha considerado los delitos enmarcados en el artículo 140 y penados con prisión permanente revisable como más graves y, por ello, susceptibles de penas más duras.

Siendo este trabajo más centrado en otro aspecto, no voy a detenerme sobremanera en si la prisión permanente revisable es constitucional o no. Simplemente cabe señalar que hay tanto detractores de esta pena (ya que la encuentran contraria a los artículos 10 (*dignidad de la persona*), 15 (*prohibición de penas inhumanas y degradantes*) y 25 de la Constitución Española (*las penas privativas de libertad y medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social*)) como multitudes a favor –sobre todo familiares de víctimas y organizaciones sociales que buscan endurecer las penas y los tipos con respecto a aquellos crímenes particularmente calificados como “horribles”-.

Lo verdaderamente interesante de esta iniciativa es que, el legislador haya considerado merecedor de un mayor reproche a quien mata a otro después de haber cometido sobre el mismo un delito contra su libertad sexual, pero no cuando es distinto el delito precedente. Podría haberse considerado cualquier otro delito atentatorio a intereses personalísimos de la víctima sin necesidad de restringirlo precisamente a los delitos sexuales –como un delito contra la libertad o integridad moral-, pero no se ha

⁸⁸Sáez Rodríguez, Concepción. “La próxima reforma del Código Penal Español. Una modificación innecesaria.” *INDRET*. 2012. Accesible en: <http://www.derechopenitenciario.com/documents/LaproximareformadelCodigoPenalespanolunamodificacioninnecesaria.pdf>

⁸⁹Ministerio de Justicia. *Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal*. 2012. Accesible en: <http://www.juecesdemocracia.es/ActualidadMJU/2012/Anteproyecto%20de%20reforma%20de%20CP%202012.pdf>

hecho, lo cual, según ciertos sectores de la doctrina es criticable.⁹⁰ Según ciertos sectores de la doctrina también es criticable que se refiera indiscriminadamente a cualquier delito contra la libertad sexual, ya que es obvio que existen notables diferencias penológicas entre ellos, así como otras relativas a su injusto típico –no es lo mismo un abuso sexual sin penetración que una violación, aun si los dos delitos merecen todo el castigo de la Ley-.⁹¹ Del mismo modo, se plantea que la pena suponga que ambas actitudes delictivas hayan de ser cometidas contra la misma persona de forma continuada, no pudiendo darse la posibilidad de la comisión de un delito contra la libertad sexual de una persona y el homicidio de otra de forma subsiguiente⁹².

Así, otro supuesto a discutir de la prisión permanente revisable es la problemática concursal ya que antes, se daba un concurso real de delitos entre un delito de violación, castigado con pena de 6 a 12 años, y un delito de homicidio, castigado con pena de 10 a 15 años, sancionándose ambas de manera cumulativa con un mínimo de 16 años y un máximo de 24. Con la nueva redacción, se sigue tratando de dos hechos distintos, en relación de concurso real, pero que, por el hecho de existir uno de forma subsiguiente en el tiempo a otro, comporta un incremento penológico de 10 años.⁹³ Queda claro que, con esta modificación el legislador ha querido imponer un mayor castigo en términos penales a aquellos que cometen delitos tan deleznable como quien asesina a una persona después de cometer sobre ella un delito contra su libertad sexual, a mi juicio, cualquiera sus características y tipología debido a la suma importancia del bien jurídico que se protege.

El futuro de la prisión permanente revisable se sigue disputando hoy día. La respuesta de muchos de los opositores a esta pena es por medio de la calificación de la misma como “inhumana”. Sin embargo, como dijo Juan Carlos Quer, ¿se trata de una pena inhumana, o de sujetos inhumanos? Eso ya es correspondiente a un juicio valorativo distinto al de este trabajo.

⁹⁰Suárez-Mira Rodríguez, Carlos. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Thomson Reuters. 2018. p. 101.

⁹¹Suárez-Mira Rodríguez, Carlos. *Manual de... op.cit.* p. 101.

⁹²Suárez-Mira Rodríguez, Carlos. *Manual de... op.cit.* p. 101.

⁹³Suárez-Mira Rodríguez, Carlos. *Manual..., op.cit.*, p.101.

6. Diagnóstico de la situación penitenciaria española de las personas condenadas por delitos de agresión sexual

El año 2018 se cerró con un total de 58.883 presos en las cárceles españolas.⁹⁴ Eso para el estado, supone un coste de 1.800 euros al mes por reo, lo que sustrae de las arcas del estado un total aproximado de casi 106 millones en mantenimiento de presos, con la intención de; siguiendo el artículo 25 de la Constitución Española, rehabilitarles y reeducarles para que, en un futuro puedan reintegrarse en la sociedad.

De este alto número de criminales en nuestras cárceles, aproximadamente 8.894⁹⁵(datos de 2017) están presos por delitos contra la libertad sexual. Es decir, aproximadamente, el 15% de los presos. Dentro de este elevado número, centramos el objeto de estudio en los agresores sexuales (con penetración) de las cárceles españolas. El número se reduce de 8.894 a 1.118.

TIPOLOGIA PENAL	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Abuso Sexual	2.403	2.399	2.616	2.880	3.609	3.721
Agresión sexual	1.360	1.206	1.190	1.146	1.197	1.319
Agresión sexual con penetración	1.019	1.055	1.000	1.007	1.031	1.118
Abuso sexual con penetración	307	340	325	392	483	642
Pornografía de menores	363	305	425	540	477	518
Exhibicionismo	421	478	491	512	495	446
Corrupción de menores	197	253	286	358	292	333
Contacto tecnología < 16 años	No hay datos	44	50	90	185	204
Acoso sexual	208	212	164	174	242	253
Prostitución	382	407	443	333	285	248
Provocación sexual	38	67	98	68	85	92
TOTAL	6.698	6.766	7.088	7.500	8.381	8.894

96

⁹⁴Ministerio del Interior. Gobierno de España. La administración penitenciaria: Estadística Penitenciaria. Accesible en: <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/administracionPenitenciaria/estadisticas.html>

⁹⁵Ministerio de Interior. *Informe sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual en España* (2012-2017).

⁹⁶Ministerio de Interior. *Informe sobre delitos contra... op.cit.*

No obstante, hay que indicar que estos datos ilustran los *condenados* por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, es decir, los que, después del proceso judicial correspondiente han ingresado en prisión. En España, las violaciones se denuncian en un porcentaje aproximado del 45%, mientras que los abusos sexuales sólo se denuncian un 10% de los casos,⁹⁷ por lo que es muy difícil determinar un número exacto de las agresiones sexuales que se dan realmente en un país, por la razón de que las estadísticas que encontramos determinan condenados, y no todas aquellas agresiones que realmente pueden llegar a ocurrir. Del mismo modo, debido a la larga duración de las condenas por agresión sexual con respecto a otros delitos comunes, como el robo, las estadísticas no son capaces de mostrarnos realmente la diferencia de un año para otro⁹⁸: no podemos establecer con exactitud la cantidad de reos que ingresan prisión debido a la sobre representación de los delincuentes sexuales. No se puede realizar un estudio exacto.

a. Programas de rehabilitación de agresores sexuales

La ejecución de las penas privativas de libertad tiene como fines primordiales la reeducación y reinserción social de los penados, y la retención y custodia de los internos. El primero de los fines podría identificarse con el tratamiento penitenciario, y el segundo con el régimen penitenciario.⁹⁹

Siguiendo el artículo 25 de nuestra Constitución, mencionado a priori, en su apartado segundo determina que “*Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social, y no podrán consistir en trabajos forzados.*”¹⁰⁰ Así, el artículo 2 del Reglamento Penitenciario dictamina que “*La actividad penitenciaria tiene como fin primordial la reeducación y reinserción social de los sentenciados a penas y medidas de seguridad privativas de libertad, así como la retención y custodia de los detenidos, presos y penados y la asistencia social de los internos, liberados y de sus familiares.*”¹⁰¹ Esto es lo aplicable a

⁹⁷Pueyo, Antonio Andrés. “¿Cuántos presos retornan a prisión? Análisis y utilidad de los estudios de la reincidencia delictiva.” *Boletín de la Asociación de Técnicos de Instituciones Penitenciarias* n.º 31. 2015. p. 9.

⁹⁸Valencia, Olga Lucía; Andreu, José Manuel; Mínguez, Petra y Labrador, Miguel Ángel. “Nivel de reincidencia en agresores sexuales bajo tratamiento en programas de control de la agresión sexual.” *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, Vol. 8. 2008. p.11.

⁹⁹Fernández Arévalo, Luis, y Nistal Burón, Javier. *Manual de Derecho Penitenciario*. Thomson Reuters. Aranzadi. 2012. p. 622, que cita la STC de 8 de julio de 1996.

¹⁰⁰Artículo 25 de la Constitución Española, 1978.

¹⁰¹Artículo 2 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.

todo preso en cárcel española: el objetivo de rehabilitación y reeducación, con el fin último de reincorporarle en la sociedad.

En el ordenamiento penitenciario, la propuesta programática del fin resocializador de la pena privativa de libertad se realiza mediante un método de actuación respecto del reo basado en la aplicación de un tratamiento penitenciario individualizado y dinámico que se inspira en técnicas de observación, análisis e intervención propias de las ciencias de la conducta.¹⁰² De esta forma, el cumplimiento de la pena privativa de libertad se justifica teleológicamente sobre la idea del tratamiento. Esto es, como una actividad directamente encaminada a la reeducación y reinserción social, mediante la utilización de métodos científicos adecuados. Es por ello, que la piedra angular de nuestro sistema de ejecución penal es el tratamiento penitenciario.¹⁰³

Según la definición legal del artículo 59 LOGP, el tratamiento aspira a una triple finalidad:

1. *“Conseguir que el interno configure una personalidad con intención y capacidad de vivir respetando la ley penal.*
2. *Proporcionar al recluso aquellas mejoras en su bagaje personal que le permitan afrontar la vida sin recurrir al delito como justificación.*
3. *Configurar en los internos en un cuadro de actitudes de autorrespeto y de respeto social.”*¹⁰⁴

No obstante, hemos de centrar la mirada con respecto a los condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, y, entre ellos, los agresores sexuales. En este sentido, el Reglamento Penitenciario hace una mención en su artículo 116, apartado 4 sobre el procedimiento a seguir al efecto de conseguir este fin último: *“La Administración Penitenciaria podrá realizar programas específicos de tratamiento para internos condenados por delitos contra la libertad sexual a tenor de su diagnóstico previo y todos aquellos otros que se considere oportuno establecer. El seguimiento de estos programas será siempre voluntario y no podrá suponer la marginación de los internos afectados en los Centros penitenciarios.”*¹⁰⁵ No obstante, ¿a qué programas se refiere el Reglamento?

¹⁰²Fernández Arévalo, Luis, *et.al. Manual...*, op.cit., p. 635.

¹⁰³Fernández Arévalo, Luis, *et.al. Manual...*, op.cit., p. 635.

¹⁰⁴Artículo 59 Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.

¹⁰⁵Artículo 116 del Reglamento Penitenciario.

Con respecto a la existencia de programas para rehabilitar condenados por delincuencia sexual, existen estudios científicos al respecto a partir del siglo XIX¹⁰⁶, que han intentado determinar la motivación, el origen de la conducta y comportamiento de aquellas personas que cometen un delito contra la libertad sexual y a su vez, estudiar el procedimiento a seguir por parte de las instituciones penitenciarias para con dichos criminales en calidad de promoción de programas de rehabilitación para su reingreso en la sociedad.

Desde los años 30 a los 60, se aplicaba el llamado “Tratamiento Quirúrgico”, que, como el propio nombre indica, consistía en, mediante cirugía, castrar a los hombres condenados por agresión sexual. Era practicado tanto en Europa como en Estados Unidos. Si bien en un principio se determinó que las tasas de reincidencia eran sustancialmente más bajas que las de los no tratados, la falta de ética con respecto a ese tratamiento supuso que no continuase practicándose.¹⁰⁷ De los 60 a 70, se empieza a emplear la técnica Conductual, un tratamiento centrado en el análisis de la conducta del delincuente sexual y dirigido a eliminar la preferencia sexual desviada suprimiendo los impulsos sexuales ofensivos y aumentando la excitación de forma adecuada.¹⁰⁸ No obstante, las pruebas sobre su eficacia nunca fueron concluyentes.

Los programas tardíos, a finales de los 70, fueron los relativos a un tratamiento que unía la técnica Conductual desarrollada en los 60, con una técnica Cognitiva, más centrada en un análisis subjetivo de las circunstancias que llevan a una persona a actuar de una manera determinada. Este tipo de tratamiento fue el más eficaz y, actualmente, es el que subsiste de manera más sobresaliente. En los inicios, el tratamiento Cognitivo-Conductual abordaba la reestructuración cognitiva del delincuente, la educación sexual del sujeto, las técnicas de autocontrol, y, por último, el entrenamiento de habilidades sociales y de vida.¹⁰⁹ A esto, se le ha añadido la prevención de recaídas. Actualmente, el tratamiento se dibuja en forma de los conocidos SAC, *Sexual Aggression Control Programs*, o, en castellano, Programas del Control de la Agresión Sexual.

¹⁰⁶Psychopatic Sexualis, 1886, de Richard von-Krafft Ebing, Perversion, 1891, de Albert Moll y Three Essays on Theory of Sexuality, 1905, de Sigmund Freud. Todo citado en Alonso Núñez, Nazaret. *¿Son la castración química y el registro de ofensores sexuales la solución? Acerca del tratamiento de los agresores sexuales y su eficacia.* (2012/2013).

¹⁰⁷L. Marshall, William. “Agresores sexuales”, (2001), p. 10.

¹⁰⁸Alonso Núñez, Nazaret. *¿Son la castración química...*, op.cit. p.7.

¹⁰⁹Alonso Núñez, Nazaret. *¿Son la castración química...*, op.cit. p.9.

i. S.A.C. (Sexual Aggression Control Programs)

Las primeras investigaciones que son llevadas a cabo en España sobre programas para rehabilitar agresores sexuales son en el año 1995 de mano de Redondo, Garrido, Torres, Gil y Beneyto que, gracias a sus estudios sobre las conductas criminales de agresores sexuales, y siguiendo las directrices de los programas de tratamiento Cognitivo-Conductuales con delincuentes¹¹⁰, se logra crear el primer programa específico para agresores sexuales en España y denominado “Programa de Control de la Agresión Sexual”. Fue aplicado por primera vez en los centros penitenciarios de Brians y Quatre Camins, en Cataluña. Dicho programa está específicamente enfocado a agresores sexuales y se basa en favorecer un análisis más realista de las actividades delictivas por parte de los sujetos, mejorar sus capacidades y habilidades de relación personal y sus posibilidades de reinserción y de no reincidir.¹¹¹ Tienen a ser técnicas que son capaces de dirigir el comportamiento sexual desviado, las distorsiones cognitivas que pueda tener el preso y su funcionamiento.¹¹²

Para conseguir estos objetivos se conciben programas de larga duración (10 meses a un año), formados por grupos de 10 o 15 internos que tienen que haber cumplido, al menos, las $\frac{3}{4}$ partes de la condena y con un reconocimiento aunque sea mínimo o parcial, del delito cometido. Además, tienen que contar con cierta motivación inicial de participar en el programa. A partir de aquí y con la ayuda de psicólogos y psicoterapeutas, se intenta – a través de una serie de módulos cada uno de ellos enfocado a un área Cognitivo – Conductual, sesiones en grupo y evaluaciones individuales-, que el preso logre, por sus medios y a través del tratamiento, reinsertarse en la sociedad de forma completa y sin posibilidad de reincidencia.

Para participar en estos programas, el artículo 116 del Reglamento Penitenciario determina que el ingreso ha de ser voluntario, sin poder suponer factor suficiente para que se produzca una marginación de los reclusos en las prisiones. Sin embargo, la eventual participación en los programas de tratamiento y rehabilitación por parte de los sujetos suele recompensarse con beneficios tanto penales como penitenciarios; como permisos

¹¹⁰Valencia, Olga Lucía, *et.al. Nivel de reincidencia en...*, op.cit., p.13.

¹¹¹Redondo Illescas, Santiago; Navarro, Juan Carlos, Martínez García, Marían; Luque, Eulalia y Andrés Antonio, “Evaluación del tratamiento psicológico de los agresores sexuales en la prisión de Brians”. *Boletín Criminológico* n° 79. 2005. p. 1. Accesible en: <http://www.boletinCriminologico.uma.es/boletines/79.pdf>

¹¹²Redondo Illescas, Santiago. “¿Sirve el tratamiento para rehabilitar a delincuentes sexuales?” *Facultad de Psicología, Universidad de Barcelona. Revista Española de Investigación Criminológica Artículo 6 Número 4*. 2006. p. 3.

de salida al exterior, mejoras del régimen de vida y visitas en prisión o la posibilidad de que se le pueda conceder la libertad condicional, entre otros. Sin embargo, debido a la obligación legal de voluntariedad únicamente un pequeño porcentaje de los agresores sexuales asiste a los programas de tratamiento: solamente aquellos que han logrado alcanzar un nivel de consciencia y madurez suficiente como para comprender el mal de su actuación, expresar desagrado y manifestar su intención de cambiar y su compromiso con la reinserción y la sociedad.

b. Permisos que disfrutan los presos

Los sistemas penitenciarios calificados como “progresivos” son basados, entre muchas otras cosas, en que el recluso no sea concebido como un ser separado de la sociedad, sino que sigue formando parte de ella y a ella ha de volver cuando obtenga la libertad.¹¹³ El interno no debe romper lazos con el mundo exterior y el sistema penitenciario es el encargado de evitar, en la medida de lo posible, un proceso de desocialización del reo que pudiera llegar a perjudicarlo con vistas a su puesta en libertad, futuro y reinserción. Casando el argumento de este principio consagrado en el artículo 25 de nuestra Constitución, el permiso de salida sería el consentimiento para que un interno ingresado en un Centro Penitenciario pueda salir del mismo de forma temporal.¹¹⁴

En un sentido más bien vulgar, *salida* es la acción de salir. Por salir, se entiende *pasar de dentro a fuera*. Así, *permiso* en su sentido vulgar es el *consentimiento* para decir o hacer algo.¹¹⁵ Conforme a estas definiciones, el *permiso de salida* en sentido amplio, sería el consentimiento para que un interno ingresado en un Centro Penitenciario pueda salir del mismo temporalmente, debiendo reingresar para la reanudación de su retención y custodia.¹¹⁶ En cambio, el concepto de *permiso de salida* en sentido estricto lo encontramos en los artículos 47 y 48 de la LOGP.

¹¹³Fernández Arévalo, Luis, *et.al. Manual...*, op.cit., p.631.

¹¹⁴Fernández Arévalo, Luis, *et.al. Manual...*, op.cit., p.632.

¹¹⁵Fernández Arévalo, Luis, *et.al. Manual...*, op.cit., p.632.

¹¹⁶Fernández Arévalo, Luis, *et.al. Manual...*, op.cit., p.633.

i. Supuestos

Presentes en los artículos 47 y 48 de la Ley Orgánica 1/1979 de 26 de septiembre, General Penitenciaria, los permisos de salida pueden ser o bien, extraordinarios –aquellos permisos que son otorgados en caso de fallecimiento o enfermedad grave de un familiar del interno, alumbramiento de la esposa o importantes y comprobados motivos y siempre con las medidas de seguridad oportunas-, u ordinarios –permisos de hasta siete días con un máximo de treinta y seis (o cuarenta y ocho días al año a los condenados de segundo o tercer grado) para preparar al preso para la vida en libertad, siempre contando con un informe del Equipo Técnico, el cumplimiento de la cuarta parte de la condena y que no se observe una mala conducta por parte del preso-. Así, los permisos de salida contemplados en estos artículos se caracterizan por las siguientes notas:

- a) Un fundamento humanitario o de reinserción social en el sentido de preparación para la vida en libertad, sin perjuicio de que pueda evaluarse sus resultados para objetivar los avances del proceso de resocialización.
- b) Cierta especialidad en su concesión, ya que la concesión de los permisos se adopta por las Juntas de Tratamiento, bien uno a uno, o bien en bloque semestrales en su caso. La decisión en todo caso debe ser autorizada, bien por el Juez de Vigilancia Penitenciaria o bien por el Centro Directivo.
- c) Carácter temporal ya que, tanto los permisos extraordinarios como ordinarios tienen una duración máxima.¹¹⁷

Desde una perspectiva doctrinal, suele afirmarse que los permisos de salida en su noción restrictiva de los artículos 47 y 48 LOGP, constituyen una auténtica actividad de tratamiento ya que se trata de contactos con el mundo exterior no vinculados a fines estrictamente reeducadores con previsión de reinserción social. Permiten evaluar el comportamiento del interno fuera de la artificialidad del medio penitenciario.¹¹⁸ Es por ello por lo que constituyen uno de los instrumentos más eficaces del moderno tratamiento penitenciario ya que, junto con los programas de rehabilitación, inciden positiva y directamente en la reinserción de los presos.

¹¹⁷Fernández Arévalo, Luis, *et.al. Manual...*, op.cit., p.633.

¹¹⁸Fernández Arévalo, Luis, *et.al. Manual...*, op.cit., p.631.

ii. Guillermo Fernández Bueno

El interés con respecto al delincuente G.F.B., sus delitos e historia fue suscitado debido a una noticia que apareció en todos los periódicos nacionales en julio de 2018. Al parecer, Guillermo Fernández Bueno no regresó a la prisión de El Dueso (Santander) donde estaba cumpliendo condena –de ahí el renombre de “Violador de El Dueso”–: se había fugado en un permiso penitenciario y había sido aprehendido en Senegal junto con su novia desde hacía ocho años, Elena Ruiz Sancho, una educadora social a la que conoció en prisión. Salió de la cárcel de El Dueso el domingo 15 de julio con un permiso de una semana, y el día 22 no regresó. *“Era uno más de los más de 40 permisos disfrutados hasta ese momento por el interno sin que se hubiese registrado el más mínimo incidente hasta la fecha”*, señalan fuentes penitenciarias. Destacaba por su “ejemplar” comportamiento: *“Ha participado en una gran parte de los programas de reinserción: la Terapia de agresores sexuales, en el curso “vivir sin violencia”, en el programa de control de impulsos, en el de preparación para los permisos de salida, ha sido preso de apoyo en el programa de prevención de suicidios...”*, enumeran fuentes de Instituciones Penitenciarias, que recuerdan que *“todos esos programas son voluntarios”*, por lo que aparentemente sería un interno con “buena disposición”.¹¹⁹

Asumiendo que disfrutó todos esos permisos en virtud del artículo 47.2 LOGP, me parece que el informe del Equipo Técnico, requisito formal de tramitación imprescindible para los permisos de salida, habría de haber sido más preciso siguiendo el artículo 156.1 del Reglamento Penitenciario, que determina que *“El informe preceptivo del E.T. será desfavorable cuando, por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o por la existencia de variables cualitativas desfavorables, resulte probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o una repercusión negativa de la salida (...).”*¹²⁰

Pongámonos en el supuesto de G.F.B., que en 2002 es condenado a nueve años por una agresión sexual y 26 años por otra agresión sexual y asesinato, es decir, a un total de 35 años y seis meses. Si en 2002 fue condenado, asumimos que es el mismo año en el que ingresó en prisión. Si en el 2012 ya empezó a disfrutar permisos penitenciarios, significa que llevaba diez años cuando pudo salir por primera vez. Entiendo que nuestros

¹¹⁹Jiménez Gálvez, J. “La policía detiene en Senegal al preso peligroso fugado de la cárcel de El Dueso junto con su pareja.” *EL PAÍS*. 2016. Accesible en: https://elpais.com/politica/2018/07/30/actualidad/1532963273_590813.html

¹²⁰ Artículo 156.1 del Reglamento Penitenciario

principios constitucionales amparen la dignidad y potencial libertad del preso en privación de libertad y de que no ha de estar ajeno a la sociedad, sino que ha de volver a ella una vez cumplida la condena. No obstante, creo que G.F.B. era y es un preso bastante peligroso, un criminal que violó a dos mujeres y a una de ellas la mató y que, si bien llevaba 40 permisos disfrutados sin ninguna incidencia, participaba en programas y demostraba buena conducta, no pueden olvidarse las horribles características de sus delitos o su personalidad psicopática y peligrosa por un buen comportamiento en prisión.

7. Doble juicio político – criminal.

En primer lugar, hay que determinar que la reincidencia delictiva se ha definido a nivel internacional como “*la realización de una nueva acción delictiva tras haber recibido una sanción o intervención penal.*”¹²¹ Cualquier estudio que se dedique a analizar el nivel de reincidencia penitenciaria es considerado, de una forma u otra, como un modo de evaluar la efectividad del sistema penitenciario y de los programas que se implantan. Si por ejemplo, una primera aproximación a dicho estudio nos indica que, de los sujetos tratados en prisión, muchos vuelven a ella tras ser excarcelados por comisión de nuevos delitos del mismo tipo o magnitud, asumimos que ni los programas, ni el sistema penitenciario funcionan. No obstante, si regresan pocos o ninguno, asumimos que tanto el sistema como los programas son eficientes y por lo tanto, funcionan.

En las sociedades modernas, la violencia de corte sexual constituye una problemática social para la que tiene que existir tanto penas proporcionales como mecanismos que aporten certeza y brinden seguridad de que, una vez cumplidas las condenas, estos delitos no se vuelvan a cometer. Según HANSON y BRUSSIÈRE¹²², en la última mitad del siglo se ha avanzado sobremanera en el desarrollo teórico y técnico para evaluar el riesgo de reincidencia de los delincuentes sexuales. Esto es debido a, como indicado antes, el impacto social que suponen los delitos sexuales. Actualmente y a tal efecto, existe una herramienta conocida como Sexual Violence Risk- 20, o, traducida al castellano, “SVR – 20: Manual de valoración del riesgo de violencia sexual”. Se trata de

¹²¹Pueyo, Antonio Andrés. “¿Cuántos presos retornan a prisión? Análisis y utilidad de los estudios de la reincidencia delictiva.” *Boletín de la Asociación de Técnicos de Instituciones Penitenciarias* n ° 31. 2015.

¹²²R. Karl Hanson and Monique T. Bussière. “Predicting Relapse: A Meta-Analysis of Sexual Offender Recidivism Studies”. *Department of the Solicitor General of Canada. Journal of Consulting and Clinical Psychology*. Vol. 66, No. 2. 1998. p. 350.

una guía que valora el riesgo de violencia sexual a partir de 20 factores de riesgo tanto estáticos como dinámicos que pueden presentar los agresores sexuales¹²³. Se ha comprobado que este mecanismo logra acertar en la predicción de sujetos reincidentes en un 70.8%.¹²⁴ Hay que darse cuenta de la necesidad real que supone poder evaluar el riesgo de reincidencia de un delincuente sexual ya que, muchas veces, se excarcela a agresores que se sabe que van a volver a delinquir.¹²⁵

Los agresores sexuales como grupo comportan una serie de factores de riesgo que son capaces de condicionarles, de una forma u otra, y hacerles más propicios a reincidir. Sin embargo, no se les puede privar del derecho a reinsertarse en la sociedad. No obstante, ¿cómo podemos excarcelar a un agresor sexual que sabemos que va a reincidir? Aquí entraría en juego el supuesto a discutir de si es posible rehabilitar a un agresor sexual. La respuesta es complicada: depende del agresor. Sí y no. Si bien es cierto que múltiples estudios, tanto nacionales como internacionales avalan que haya agresores sexuales que, una vez salen de la cárcel no vuelven a la misma; sigue existiendo un porcentaje de ellos que sí que vuelven. ¿Se puede llegar a modificar la reincidencia de los delincuentes sexuales mediante el tratamiento? Si es así, ¿qué características debe tener éste para ser efectivo?

De acuerdo con diversos estudios evaluativos, la reincidencia de los agresores sexuales es, como grupo, baja (en tanto que el volumen de reincidencia general entorna el 50%), y se estima se encuentra en torno al 20% en aquellos que no reciben tratamiento y entre el 5 y el 10% de aquellos que sí que lo reciben.¹²⁶ Por tanto, según dichos estudios, el tratamiento es capaz de reducir a la mitad los niveles de reincidencia.

¹²³ “La investigación más moderna en psicología criminal ha puesto de relieve la existencia tanto de factores de riesgo –aumentan el riesgo– como de factores de protección o resistencia –protegen al individuo, disminuyendo el riesgo de conducta delictiva—. A su vez, unos y otros factores se han categorizado como factores estáticos (o inmodificables) y dinámicos (o modificables mediante intervenciones). Los factores de riesgo estáticos suelen ser factores inherentes al sujeto o a su pasado, y por ello de difícil o imposible alteración, mientras que los factores de riesgo dinámicos consisten en hábitos, valores, cogniciones, que pueden modificarse mediante intervenciones.” Citado en Valencia Casallas, Olga Lucía. Tesis doctoral: Reincidencia y caracterización de los agresores sexuales en tratamiento penitenciario. Universidad Complutense de Madrid: Facultad de Psicología. 2016. Accesible en <https://eprints.ucm.es/37545/1/T37179.pdf>

¹²⁴ Redondo Illescas, Santiago; Pérez y Martínez, Meritxell. “El riesgo de reincidencia en agresores sexuales: investigación básica y valoración mediante el SVR – 20.” *Universidad de Barcelona. Papeles del Psicólogo*, Vol. 28(3). 2007. p. 188.

¹²⁵ Jiménez González, Eva María; Peña Castillo, Reyna Faride. “Evaluación del riesgo y reincidencia en agresores sexuales sentenciados: implicaciones para las víctimas.” *Diversitas: Perspectivas en Psicología* n° 6. 2010. Accesible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=67915140008>

¹²⁶ Redondo Illescas, Santiago, *et.al. El riesgo ...*, op.cit., p. 189.

Así, según HANSON y BRUSSIÈRE, a través del estudio de 61 casos, de media, los agresores sexuales tienen una tasa de reincidencia baja (del 13.4%), aun si bien es verdad que dentro de los agresores sexuales suele haber subgrupos que tienen tasas más elevadas debido a sus características personales y factores de riesgo.¹²⁷ Por su parte, LÖSEL, investigador europeo con múltiples trabajos sobre la reincidencia en presos sexuales, revisó 69 tratamientos aplicados tanto en Norte América como en Europa, y concluyó que, de media, los sujetos tratados tenían una tasa de reincidencia sexual del 11.1% en comparación con los grupos no tratados, que tenían una tasa del 17.5%. Esto supone una reducción del 37% de la reincidencia.¹²⁸ Por otro lado, MARSHALL, ANDERSON y FERNÁNDEZ determinaron en sus estudios que la tasa de reincidencia en los agresores excarcelados y tratados mediante programas específicamente previstos para ello era significativamente más baja que la de los agresores no tratados.¹²⁹

Sin embargo y como inconveniente a estas averiguaciones, hay que remarcar que los programas son voluntarios, por lo que en gran medida su eficacia depende de si los reos están dispuestos a participar en ellos. Del mismo modo, no todos los tratamientos tienen la misma eficacia: aquellos que tienen una orientación Cognitivo Conductual son los que obtienen mejores resultados.

a. Eficacia de los programas de rehabilitación SAC

Según la prensa, un 94% de los reclusos condenados por delitos sexuales que se someten al programa específico de intervención para agresores sexuales (SAC) no reinciden. Esto supone que únicamente un 6% de los agresores tratados y excarcelados acaban regresando a prisión porque vuelven a cometer una agresión sexual.¹³⁰

La hipótesis principal es que los programas de tratamiento de la agresión sexual son eficientes ya que comportan bajadas notables en la reincidencia de aquellos agresores que participan en ellos y en relación con la de los grupos no tratados. Para la argumentación, nos basamos en dos estudios analizados, uno realizado en la prisión de Brians en Barcelona en 2002 y otro en la prisión de Navalcarnero en Madrid, en donde

¹²⁷R. Karl Hanson, *et.al. Predicting Relapse...*, op.cit, p. 358.

¹²⁸Citado en Valencia Casallas, Olga Lucía. *Tesis doctoral: Reincidencia y...*, op.cit., p. 36.

¹²⁹Citado en: Valencia Casallas, Olga Lucía. *Tesis doctoral: Reincidencia y...*, op.cit., p. 36.

¹³⁰La Vanguardia. *Un 94% de violadores sometidos a programa psicológico en prisión no reinciden.* (2013) Accesible en: <https://www.lavanguardia.com/sucesos/20130702/54376499515/violadores-programa-psicologico-prision-no-reinciden.html>

las hipótesis de partida eran parecidas: aquellos sujetos que hubieran completado el tratamiento obtendrían resultados significativamente mejores, entendiéndolo como un volumen de reincidencia inferior, con respecto los que no hubiesen recibido tratamiento.

En el caso de Brians, se realizó un seguimiento a a un grupo de 49 presos tratados y otro de 74, todos ya liberados e integrados por un periodo de 3 años y 8 meses. De los tratados, reincidieron en delitos sexuales, 2 sujetos (4,1%) y en delitos no sexuales 1 sujeto (2%), que suma una reincidencia total de 3 sujetos (6,1%). Frente a ello, de los 74 integrantes del grupo de no tratados, durante el mismo periodo de seguimiento, reincidieron en delitos sexuales 13 sujetos (el 18,2%) y 10 en delitos no sexuales (13,6%), lo que aúna un total de 23 sujetos reincidentes (el 31,8%). Todas estas diferencias entre los grupos resultan estadísticamente significativas.¹³¹

En el caso de Navalcarnero, se contó con 43 reclusos del centro con sentencias y condenas por delitos sexuales. De esos 43 reclusos, 21 no estuvieron en tratamiento y los otros 22 sí. Después de la excarcelación y un periodo de seguimiento, de los 43 sujetos, sólo 7 reincidieron y únicamente uno estaba en tratamiento.¹³² Esto supone que, en el grupo de tratamiento la reincidencia fue del 4% y en el grupo no tratado, del 28%

Estos resultados confirman en esencia la hipótesis principal de la investigación: el tratamiento Cognitivo-Conductual, que es el empleado en los programas de tratamiento de la agresión sexual es efectivo. Del mismo modo, la literatura ha reconocido unánimemente que los métodos cognitivos conductuales son los más efectivos en el tratamiento de delincuentes sexuales.¹³³ La asistencia a estos programas comporta para el preso un mayor compromiso con la labor resocializadora y la comprensión de lo ilícito de sus actuaciones. Sin embargo, hemos de darnos cuenta de dos cosas. Por un lado, que todos los datos sobre la eficacia de estos programas son estimaciones grupales, por lo que indican la tendencia grupal. No informan sobre el riesgo específico de cada caso y puede haber sujetos con un mayor riesgo de reincidir que otros.¹³⁴ Por otro, que la reincidencia sexual no es especificada, por lo que podría comportar otro tipo que no fuese agresión. No obstante, es evidente el impacto positivo de estos programas.

¹³¹Redondo Illescas, Santiago. *¿Sirve el tratamiento...*, op.cit., pp.15 y ss.

¹³²Valencia, Olga Lucía, *et.al. Nivel de reincidencia en...*, op.cit., p.1.

¹³³Redondo Illescas, Santiago. *Manual para el tratamiento psicológico de los delincuentes*. 2008. pp. 271 y siguientes.

¹³⁴Nguyen, Thuy; Frerich, Nina; García, César; Soler, Carlos; Redondo-Illescas, Santiago y Pueyo, Antonio Andrés. "Reinserción y gestión del riesgo de reincidencia en agresores sexuales excarcelados: el proyecto "Círculos de Apoyo y Responsabilidad" en Cataluña." *Grupo de Estudios Avanzados en Violencia (GEAV). Facultad de Psicología. Universidad de Barcelona. Departamento de Justicia. Generalitat de Catalunya. Artículo 4/2014, julio-septiembre (n.º 151). 2014. p.2*

b. Alternativas a los programas S.A.C.

i. Castración química

Si bien es una técnica que no nos es desconocida, debido a la leyenda negra de la castración química todavía se sigue viendo como un castigo injusto y no como un tratamiento.¹³⁵ La técnica supone castrar al reo utilizando una serie de medicamentos destinados a reducir la libido y la conducta sexual del mismo mediante la reducción de sus niveles de testosterona. Para lograr dicho resultado, se le suministra al preso una serie de fármacos –como el Acetato de Medroxiprogesterona, un progestágeno que disminuye los niveles de testosterona o antidepresivos ISRS como la Paroxetina o el Prozac, que disminuyen la intensidad y frecuencia de pensamientos eróticos-, cuya intención es, entre otras, causarle impotencia y pérdida del deseo sexual, y provocar que, a la larga se traduzca en una desaparición de los impulsos sexuales violentos.¹³⁶

Este método es empleado en varios países como Indonesia, Polonia, Rusia, Moldavia o Estonia, como tratamiento impuesto por ley para los condenados por delitos sexuales contra menores.¹³⁷ En E.E.U.U., varios estados han hecho legislación respecto a ella –California, Florida, Texas, Montana, Oregón, Iowa, Louisiana y Georgia-, donde el juez puede incluso exigir a los delincuentes primarios someterse a castración química, pasando a ser obligatorio después del segundo delito sexual.¹³⁸ No obstante, en España, al igual que la asistencia a los programas S.A.C., la castración química es totalmente voluntaria desde 2010. El primer preso en solicitarla fue Alejandro Martínez Singul, conocido como el segundo violador de l'Eixample.¹³⁹

Existen numerosos estudios centrados en la eficacia de la castración química, aunque la inmensa mayoría son parte de la literatura extranjera.¹⁴⁰ A la conclusión que

¹³⁵Hay que recordar que en Europa en la Segunda Guerra Mundial, los nazis castraban a los homosexuales y a los discapacitados físicos, al igual que en Norte América en el siglo XIX. Citado en: Rivera Panizo, Sara. “Los delincuentes sexuales: rehabilitación.” *Boletín Criminológico Número 13. Universidad de Santiago de Compostela*. 2010. p.15.

¹³⁶Rivera Panizo, Sara. *Los delincuentes sexuales...*, op.cit., pp.15-16

¹³⁷BBC News. *En qué países está permitida la castración química para crímenes sexuales contra menores*. 2016. Accesible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-37634458>

¹³⁸Rivera Panizo, Sara. *Los delincuentes sexuales...*, op.cit., p.17.

¹³⁹La Sexta Noticias. *Tiene que solicitarla el preso y es irreversible: así se aplica la castración química en España*. 2018. Accesible en: https://www.lasexta.com/noticias/sociedad/tiene-que-solicitarla-el-pres-y-es-irreversible-asi-se-aplica-la-castracion-quimica-en-espana_201805055aedc84a0cf288e92b80852c.html

¹⁴⁰John MW Bradford, *The Neurobiology, Neuropharmacology, and Pharmacological Treatment of the Paraphilias and Compulsive Sexual Behaviour Vol 46, No 1*. 2001. p. 26. Llega a la conclusión de que el tratamiento farmacológico es eficaz a todo tipo de desviaciones sexuales, incluso si el sujeto presentaba múltiples parafilias.

llegan es que, siempre que se respeten los derechos de los delincuentes sexuales, se dé consentimiento informado y se administren los fármacos dentro de un marco amplio de tratamiento psicoterapéutico y cuidados médicos, la castración química puede contribuir de manera significativa a la prevención de la reincidencia sexual.¹⁴¹ El problema es que en muchos casos se pasa por alto tal seguimiento de tipo médico y psicológico que debería acompañar la administración de estos fármacos y que, a la larga, puede hacer que, en vez de eliminar el problema, este se acreciente con la aparición de conductas agresivas y fuertes cambios del comportamiento.¹⁴² Comporta muchos perjuicios físicos y psicológicos, efectos secundarios muy graves que a veces no pueden prevenirse, evitarse o tratarse: diabetes, cáncer de próstata, hipertensión, flebitis, disminución del vello corporal, ginecomastia, redistribución de grasa corporal, imposibilidad de erección, depresión, trastornos del comportamiento...¹⁴³

Así, la A.E.P.S. alerta sobre la ineficacia de este tratamiento y advierte que “*El impulso violento se mantiene pese a la disminución de la testosterona*”. IVÁN ROTELLA señala que “*La sensación de incapacidad que experimenta un pederasta tras haberle practicado la castración química los vuelve más violentos*” y que “*cada caso es distinto, no se les puede meter a todos en el mismo saco, sino que es un problema que exige un tratamiento individualizado que incluya a psiquiatras, médicos, psicólogos y sexólogos*”.¹⁴⁴

Schmucker, Martin, y Lösel, Friedrich, *Does sexual offender treatment work? A systematic review of outcome evaluations*. *Psicothema*. 2008. p.16. Defendieron la medicación hormonal con buenos resultados, pero con posibles y problemáticos efectos secundarios.

Maletzky, B., Tolan, A. & McFarland, B. *Sex Abuse: The Oregon depo-Provera Proqram: A Five-Year Follow-Up*. 2006. Prueban que los sujetos sometidos a castración química tuvieron una tasa de reincidencia general significativamente mejor que el grupo que no lo había recibido.

Todo y más autores citados en: Rice Marie, E., Harris Grant, T. “Is androgen deprivation therapy effective in the treatment of sex offenders?” *Journal: Psychology, Public Policy, and Law*. (2011). pp 1-4

¹⁴¹J.Gooren, Louis. “Ethical and Medical Considerations of Androgen Deprivation Treatment of Sex Offenders” *The Journal of Clinical Endocrinology & Metabolism, Volume 96, Issue 12*. 2011. p. 3635.

¹⁴² Rivera Panizo, Sara. *Los delincuentes sexuales...*, op.cit., p.18.

¹⁴³Rivera Panizo, Sara. *Los delincuentes sexuales...*, op.cit., pp.14-20.

¹⁴⁴El Mundo. *La castración química en los pederastas es 'ineficaz' y los vuelve 'más violentos'*. (2007) Accesible en: <https://www.elmundo.es/elmundo/2007/08/23/espana/1187879906.html>

ii. Registro de ofensores sexuales

Surge en California en el año 1947, pero no es hasta casi cincuenta años después, en el año 1994, cuando en Minnesota se pone en marcha el registro de ofensores a raíz del secuestro de Jacob Wetterling, un niño de 11 años, a manos de un pederasta del vecindario.¹⁴⁵ Dos años después, en 1996, se aprueba la “Ley Megan”, por la que el Gobierno Federal de E.E.U.U. empezó a exigir a las autoridades de cada Estado que hiciesen pública la información sobre los delincuentes sexuales (nombre, foto, dirección y naturaleza del delito). No se emplea en Europa continental.¹⁴⁶

Con respecto a este método, existen pocos estudios y la mayoría no encuentra una reducción significativa en la reincidencia.¹⁴⁷ Además, los registros son altamente estigmatizantes y pueden provocar la generación de un rechazo de la sociedad hacia el sujeto que lleva aparejada la exclusión social del mismo, estrés, pérdida de relaciones, desesperanza, aislamiento, criminalidad y vuelta a delinquir, subiendo el nivel de reincidencia.¹⁴⁸

¹⁴⁵Alonso Núñez, Nazaret. *¿Son la castración química...*, op.cit. p.19.

¹⁴⁶Alonso Núñez, Nazaret. *¿Son la castración química...*, op.cit. p.19.

¹⁴⁷Aparte de los autores citados en: Levenson Jill. S., D’ Amora David A. y Hern, Andrea L. “Megan’s Law and its impact on Community Re-Entry for Sex Offenders”. *Behavioral Sciences and the Law. InterScience*. 2007. p.1., en 2018, se realizó un estudio por parte de la *National Criminal Justice Reference Service*, acerca de la Ley de Nueva Jersey, concluyendo que, por un lado, no tuvo efecto alguno en la reducción del número de víctimas sexuales y reincidencia y que, por otro, comportaban costes injustificados. Accesible en <https://www.ncjrs.gov/App/publications/Abstract.aspx?id=247350>

¹⁴⁸Rivera Panizo, Sara. *Los delincuentes sexuales...*, op.cit., pp.31-32.

8. Conclusiones

Guillermo Fernández Bueno fue condenado a un total de 35 años y 6 meses de prisión por los delitos de violación, falta de lesiones y asesinato cometidos en Vitoria en el año 2000. La calificación jurídico penal se hizo en base al Código Penal vigente en el momento, distinto del que tenemos ahora. La primera sentencia, en virtud de los hechos acaecidos en noviembre del año 2000, le condenó a nueve años por una agresión sexual con penetración y a una multa de treinta días por una falta de lesiones. Si Guillermo Fernández Bueno hubiera cometido dichos delitos actualmente, o en cualquier momento desde la modificación del Código Penal en el 2015, la condena por la violación se habría mantenido en los nueve años, pero la multa podría ser de uno a tres meses en vez de uno a dos a determinar por el Tribunal, igual que el importe a satisfacer. En atención a la segunda sentencia, al calor de los hechos acaecidos un mes después del mismo año, se le impuso la condena de nueve años por otro delito de agresión sexual con penetración y de diecisiete años y seis meses por un delito de asesinato. Sumadas las condenas, supondrían un total de 26 años y seis meses de cárcel. Si la calificación jurídico penal se fuera a hacer hoy, la condena sería completamente distinta: Guillermo Fernández Bueno habría sido condenado a pena de prisión permanente revisable por el artículo 140, con un mínimo de estancia en prisión de 25 años hasta la posible revisión.

En un primer momento podemos pensar que sería más ventajoso para el reo castigarle con la pena de prisión permanente revisable que con la condena estipulada, ya que si la primera sentencia le condenó a nueve años de prisión, y la segunda le condena a 26 años y seis meses, al final son 35 años y seis meses de prisión, lo cual, son 10 años más que el mínimo de 25 años bajo la pena de prisión permanente revisable. Sin embargo, hemos de recordar que son dos hechos totalmente independientes, y por ello, Guillermo Fernández Bueno, si bien con respecto al primer delito, recibiría la condena de nueve años, en atención al segundo, podría estar en prisión un mínimo de 25 a un máximo de 35 años hasta que se acordase la posible revisión de su condena sin garantías de que esta se llegue nunca a suspender. En el caso de que su condena se suspendiera, estaría entre cinco y diez años con la libertad condicional y en el caso en que ni siquiera se le revisara, podría permanecer indefinidamente en prisión. El aumento de la carga punitiva es claro.

En conclusión, si bien Guillermo Fernández Bueno de haber sido juzgado a partir de la reforma de 2015, habría sido condenado a prisión permanente revisable, la realidad es que fue condenado en el 2002 con las leyes penales vigentes en aquel momento.

Por otra parte, el reo durante su estancia en prisión estuvo participando en programas de rehabilitación para agresores sexuales, que fue lo que le permitió el disfrute de tantos permisos de salida. Aun cuando en un primer momento pudiera pensarse que los programas de tratamiento de la agresión sexual no son eficaces y que la reincidencia de los agresores sexuales es más bien alta, el estudio permite comprobar lo contrario. Los programas Cognitivo – Conductuales de tratamiento de la agresión sexual –S.A.C.-, son los que mejores resultados ofrecen: la castración química y el registro de ofensores sexuales no han sido debidamente implementados y no tienen suficientes estudios que respalden su eficacia. Los programas S.A.C. logran reducir el volumen de reincidencia de los agresores sexuales a la mitad o incluso menos, cuando la media del grupo está en torno al 20% y la general en torno al 50%. Sin embargo, sigue siendo un porcentaje alto: estamos hablando de delincuentes que atentan contra un bien jurídico fundamental y, si bien la utilidad de los programas de rehabilitación es notable, si estos fueran de asistencia obligatoria podría comprender una mayor bajada de los niveles de reincidencia. No obstante, si los programas fueran obligatorios se mancillaría el propio objetivo de los mismos, que es que los presos por su iniciativa quieran participar en ellos, dando paso a un proceso de introspección por el cual se dan cuenta de su necesidad de cambio y demuestran un compromiso con su reinserción. Además, esta obligatoriedad tampoco podría reputarse como constitucional. Según el catedrático SERGIO MOCCIA, *“El punto focal de la cuestión concierne a la individualización concreta del tratamiento individual de recuperación y sus efectivas modalidades aplicativas. En todo caso, este no puede ser impuesto coactivamente: lo exige, en el plano de la legitimidad, no sólo el respeto a la dignidad y a la autonomía individual, sino también, en el plano de la eficacia su eventual logro. Esta última requiere, en efecto, la adhesión voluntaria y activa del sujeto (...)”*¹⁴⁹

Por otro lado, en el caso de que G.F.B. hubiera sido condenado a prisión permanente revisable, podríamos hacernos la pregunta de si dicha pena podría haber interferido en su disposición a participar en los programas de rehabilitación. Verdaderamente, aquellos condenados a esta pena indudablemente pasarán más tiempo en prisión, lo que puede ser desalentador y desmoralizador para ellos y provocando un efecto negativo visible en la evidente consecuencia de estar menos dispuesto a asistir a actividades tales como dichos programas. Con esta lacra de participación tenemos una consecuencia clara: la

¹⁴⁹Moccia, Sergio. *El derecho penal entre ser y valor. Función de la pena y sistemática teleológica*. 2003. pp. 106 y ss.

participación en los programas de rehabilitación nos brinda un volumen de reincidencia mucho menor, por lo que, si un condenado no los cursa, si bien es cierto que no tenemos la certeza de que vaya a volver a delinquir, la incertidumbre aumenta. Así, si bien no existen estudios acerca de si la prisión permanente revisable tiene un impacto negativo o positivo en el reo con respecto a la posibilidad de que este asista a programas de reinserción, utilizando la lógica podríamos asumir que tiene un impacto más bien positivo. Podemos asumir que la participación en tales programas brinda la posibilidad de obtener un expediente favorable con un buen pronóstico de reinserción, aspecto importante a considerar ya que, si cuentan con el requisito temporal de 25 años en prisión y la clasificación en tercer grado, podría revisársele la condena, o incluso, suspenderse. En estos casos, el reo podría llegar a estar todavía más motivado a participar en ellos que en los casos en los que el fin de su tiempo en prisión no depende de más circunstancias que la temporalidad de la misma. No obstante, esto tampoco es defendido por algunos autores, como MAPELLI CAFFARENA, que ha caracterizado tal situación como un “*fraude terapéutico*” ya que se vincula irremediamente su excarcelamiento con la asistencia a estos programas y esto se traduce en que el reo realmente no esté interesado en su propia reinserción.¹⁵⁰

En conclusión, G.F.B. participó en programas de terapia de agresores sexuales para controlar sus impulsos y poder reinsertarse plenamente en la sociedad. Dichos programas de terapia y tratamiento Cognitivo – Conductuales, en detrimento de las alternativas, reducen a la mitad la posibilidad de reincidencia sexual de los agresores sexuales. No obstante, dichos programas son voluntarios y debido a esta voluntariedad, el volumen de reincidencia general de los agresores sexuales se seguirá manteniendo alrededor del 20%. Sin embargo, el carácter voluntario es lo que le da la efectividad al programa, en tanto su obligatoriedad reputaría como inconstitucional y se desvirtuaría el objetivo de los mismos. Lo que está claro es que la asistencia a dichos programas tiene un efecto positivo innegable en la vida de los reos después de prisión. Así, para aquellos condenados a prisión permanente revisable, pueden llegar a tener el mismo efecto, ya que, aparte de los indudables beneficios psicológicos, la asistencia indica un compromiso firme con su reinserción y puede allanar el terreno para a la revisión de su condena, que, si bien no debe ser el motor para cursarlos, puede aportar un mayor índice de participación.

¹⁵⁰Mapelli Caffarena, Borja y Terradillos Basoco, Juan. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Civitas. 1996. p. 141

9. Bibliografía

Legislación:

- Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal. 2012.
- Constitución Española 1978.
- Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.
- Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.

Jurisprudencia:

- Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo del 10 de octubre de 2003.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón nº 39/2018 del 2 de febrero.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava nº 176/2002 del 8 de noviembre.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava nº 87/2002 del 23 de abril.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba del 18 de julio de 2002.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra nº 38/2018 del 20 de marzo.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca nº 547/2016 del 31 de marzo.
- Sentencia del Tribunal Constitucional del 8 de julio de 1996.
- Sentencia del Tribunal Supremo del 11 de diciembre de 2018
- Sentencia del Tribunal Supremo del 17 de octubre de 2006.
- Sentencia del Tribunal Supremo del 28 de abril de 1998.
- Sentencia del Tribunal Supremo del 29 de julio de 2011.
- Sentencia del Tribunal Supremo del 29 de julio de 2011.
- Sentencia del Tribunal Supremo del 3 de junio de 2002.
- Sentencia del Tribunal Supremo del 3 de octubre de 2012.
- Sentencia del Tribunal Supremo del 3 de octubre de 2012.
- Sentencia del Tribunal Supremo del 5 de abril de 2000.

- Sentencia del Tribunal Supremo nº 625/2018 del 11 de Diciembre.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 1162/2004 del 15 de octubre.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 1250/2009, de 10 diciembre.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 132/2013 del 19 de febrero.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 291/2018 del 18 de junio.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 305/2001 del 2 de marzo.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 383/2006, del 21 de marzo.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 430/1999 del 23 de marzo.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 501/2018 del 24 de octubre.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 573/2017 del 18 de julio.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 686/2017 del 19 de octubre.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 696/2018 del 23 de marzo.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 716/2018 del 16 de enero.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 721/2015 del 22 de octubre.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 727/2018 del 30 de enero.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 742/2013 del 3 de octubre.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 785/1998, del 9 de junio.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 794/2015 del 3 de diciembre.
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 9/2016 del 21 de enero.

Libros:

- Aguilar López, Miguel Ángel. *El delito y la responsabilidad penal. Teoría, jurisprudencia y práctica*. Porrúa. (2005).
- De Aguilar Gualda, Salud. *Estudio jurisprudencial de los trastornos neuróticos y del control de los impulsos*. Dykinson S.L. (2017)
- Fernández Arévalo, Luis, y Nistal Burón, Javier. *Manual de Derecho Penitenciario*. Thomson Reuters. Aranzadi. (2012)
- Gómez Rivero, M^a Carmen, Martínez González, M^a Isabel y Núñez Castaño, Elena. *Nociones fundamentales de Derecho Penal. Parte General*. Tecnos. (2015)
- Gómez Rivero, M^a del Carmen. *Nociones fundamentales de Derecho Penal: Parte especial*. Tecnos. (2018).
- Mapelli Caffarena, Borja., Terradillos Basoco, Juan. *Las consecuencias jurídicas del delito*. Civitas. (1996)

- Ministerio del Interior. *El control de la agresión sexual: Programa de intervención en el medio penitenciario. Un programa de tratamiento para delincuentes sexuales en prisión. Manual del Terapeuta.* (2005)
- Moccia, Sergio. *El Derecho penal entre ser y valor: función de la pena y sistemática teológica.* Editorial B de F. (2003).
- Redondo, Santiago. *Tratamientos psicológicos para delincuentes.* Pirámide. (2008).
- Rivera, I. *Algunas razones por las que vale la pena seguir manteniendo el ideal de rehabilitación en las prisiones. Tratamiento penitenciario y derechos fundamentales.* J.M. Bosch Editor. (1994).
- Rodríguez Devesa, J. María; Serrano Gómez, Alfonso. *Derecho Pena Español: Parte General.* Dykinson. (1995).
- Serrano Gómez, Alfonso. *Curso de Derecho Penal. Parte Especial.* Dykinson S.L. (2015).
- Suárez-Mira Rodríguez, Carlos. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial.* Thomson Reuters. (2018).
- Zugaldía Espinar, José Miguel; Moreno Torres Herrera, María Rosa; Pérez Alonso, Esteban Juan; Marín de Espinosa Ceballos, Elena y Ramos Tapia, María Inmaculada. *Fundamentos de Derecho Penal: Parte General.* Tirant Lo Blanc. (2016).

Referencias web:

- Aranda Santiago Abogados. *Conceptos de violencia e intimidación en la agresión sexual.* Accesible en <https://www.arandasantiagoabogados.com/2017/11/28/conceptos-de-violencia-e-intimidacion-en-la-agresion-sexual/>
- BBC News. En qué países está permitida la castración química para crímenes sexuales contra menores. 2016. Accesible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-37634458>
- El Mundo. *La castración química en los pederastas es 'ineficaz' y los vuelve 'más violentos'* (2007) Accesible en: <https://www.elmundo.es/elmundo/2007/08/23/espana/1187879906.html>
- Iberley. *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual.* Accesible en: <https://www.iberley.es/temas/delitos-contra-libertad-indemnidad-sexual-47461>

- Jiménez Gálvez, J. “La policía detiene en Senegal al preso peligroso fugado de la cárcel de El Dueso junto con su pareja.” *EL PAÍS*. 2016. Accesible en: https://elpais.com/politica/2018/07/30/actualidad/1532963273_590813.html
- La Sexta Noticias. *Tiene que solicitarla el preso y es irreversible: así se aplica la castración química en España*. (2018) Accesible en: https://www.lasexta.com/noticias/sociedad/tiene-que-solicitarla-el-presos-y-es-irreversible-asi-se-aplica-la-castracion-quimica-en-espana_201805055aedc84a0cf288e92b80852c.html
- La Vanguardia. *Un 94% de violadores sometidos a programa psicológico en prisión no reinciden*. (2013) <https://www.lavanguardia.com/sucesos/20130702/54376499515/violadores-programa-psicologico-prision-no-reinciden.html>
- Ministerio del Interior. Gobierno de España. *La administración penitenciaria: Estadística Penitenciaria*. Accesible en: <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/documentos/estadisticas.html>

Artículos:

- Alonso Núñez, Nazaret. *¿Son la castración química y el registro de ofensores sexuales la solución? Acerca del tratamiento de los agresores sexuales y su eficacia*. (2012/2013).
- Andrews, D., y Bonta, J. Rehabilitating criminal justice policy and practice. *Psychology, Public Policy, and Law*, 16(1). (2010).
- Arroyo Zapatero, Luis; Lascurain Sánchez, Juan Antonio; Pérez Manzano, Mercedes y Rodríguez Yagüe, Cristina. “Contra la cadena perpetua.” *Colección de Estudios Penales: Marino Barbero Santos. Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha*. (2016).
- Cámara Arroyo, Sergio. “Crónica y crítica de la implementación de la prisión permanente revisable en la reforma penal española”. *Aranzadi*. (2016).
- Cesano, José Daniel. “La voluntariedad del tratamiento penitenciario: ¿Hacia un nuevo modelo en la ejecución de la pena privativa de la libertad?” *Nuevo foro Penal* n° 68. (2005).
- F. Allen, David; D. Alessando, María Flavia y Bethell, Keva. “A resocialization intervention model in the prison - the family: people helping people project.” *MedCrave. Sociology International Journal*. (2017).

- Fernández Arévalo, Luis. *Delincuencia sexual. Respuestas penales*.
- Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Centre D'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Documentos de Trabajo: Investigación. Delitos sexuales y reincidencia. Un estudio en las prisiones de Cataluña. *Evaluación y predicción del riesgo de reincidencia en agresores sexuales Recomendaciones de la comisión para el estudio de las medidas de prevención de la reincidencia en delitos graves*. (2009).
- González Collantes, Tàlia. “¿Sería inconstitucional la pena de prisión permanente revisable?” *Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV*. (2013).
- Hanson, R. K., y Morton-Bourgon, K. E. “The accuracy of recidivism risk assessments for sexual offenders: A metaanalysis of 118 prediction studies.” *Psychological Assessment*, 21(1). (2009).
- J. Gooren, Louis. “Ethical and Medical Considerations of Androgen Deprivation Treatment of Sex Offenders” *The Journal of Clinical Endocrinology & Metabolism*, Volume 96, Issue 12. (2011).
- Jiménez González, Eva María; Peña Castillo, Reyna Faride. “Evaluación del riesgo y reincidencia en agresores sexuales sentenciados: implicaciones para las víctimas.” *Diversitas: Perspectivas en Psicología* nº 6. (2010).
- John MW Bradford, *The Neurobiology, Neuropharmacology, and Pharmacological Treatment of the Paraphilias and Compulsive Sexual Behaviour* Vol 46, No 1. (2001).
- L. Marshall, William. “Agresores sexuales.” (2001).
- Latessa E., Listwan S., & Keetzle D. “Reducing recidivism”. *Amsterdam: Anderson Pub. Elsevier*. (2014).
- Levenson Jill. S., D' Amora David A. y Hern, Andrea L. “Megan's Law and its impact on Community Re-Entry for Sex Offenders”. *Behavioral Sciences and the Law. InterScience*. (2007).
- Levenson Jill. S., D' Amora David A. y Hern, Andrea L. “Megan's Law and its impact on Community Re-Entry for Sex Offenders”. *Behavioral Sciences and the Law. InterScience*. (2007).
- Maletzky, B., Tolan, A. & McFarland, B. *Sex Abuse: The Oregon depo-Provera Proqram: A Five-Year Follow-Up*. (2006).

- Ministerio de Interior. *Informe sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual en España*. (2012-2017).
- Nguyen, Thuy; Frerich, Nina; García, César; Soler, Carlos; Redondo-Illescas, Santiago y Pueyo, Antonio Andrés. “Reinserción y gestión del riesgo de reincidencia en agresores sexuales excarcelados: el proyecto “Círculos de Apoyo y Responsabilidad” en Cataluña.” *Grupo de Estudios Avanzados en Violencia (GEAV). Departamento de Personalidad, Evaluación y Tratamiento Psicológicos. (Facultad de Psicología. Universidad de Barcelona). Departamento de Justicia. Generalitat de Catalunya. Artículo 4/2014, julio-septiembre (n.º 151)*. (2014).
- Pueyo, Antonio Andrés, y Redondo, Santiago. “La predicción de la violencia: entre la peligrosidad y la valoración del riesgo de violencia.” *Papeles del Psicólogo*, 28(3). (2007).
- Pueyo, Antonio Andrés. “¿Cuántos presos retornan a prisión? Análisis y utilidad de los estudios de la reincidencia delictiva.” *Boletín de la Asociación de Técnicos de Instituciones Penitenciarias n.º 31*. (2015).
- R. Karl Hanson and Monique T. Bussiere. “Predicting Relapse: A Meta-Analysis of Sexual Offender Recidivism Studies”. *Department of the Solicitor General of Canada. Journal of Consulting and Clinical Psychology. Vol. 66, No. 2*. (1998).
- Redondo Illescas, Santiago. “¿Sirve el tratamiento para rehabilitar a delincuentes sexuales?” *Facultad de Psicología, Universidad de Barcelona. Revista Española de Investigación Criminológica Artículo 6 Número 4*. (2006).
- Redondo Illescas, Santiago. *Manual para el tratamiento psicológico de los delincuentes*. (2008).
- Redondo Illescas, Santiago; Navarro, Juan Carlos, Martínez García, Marían; Luque, Eulalia y Andrés Antonio, “Evaluación del tratamiento psicológico de los agresores sexuales en la prisión de Brians”. *Boletín Criminológico n.º 79*. (2005).
- Redondo Illescas, Santiago; Pérez y Martínez, Meritxell. “El riesgo de reincidencia en agresores sexuales: investigación básica y valoración mediante el SVR – 20.” *Universidad de Barcelona. Papeles del Psicólogo, Vol. 28(3)*. (2007).
- Resta, Davide. “El principio "nullum crimen, nulla poena sine lege" en el derecho penal internacional, en particular en el estatuto de la corte penal internacional.” *Dialnet*. (2018).

- Rice Marie, E., Harris Grant, T., “Is androgen deprivation therapy effective in the treatment of sex offenders?” *Journal: Psychology, Public Policy, and Law*. (2011).
- Rivera Panizo, Sara. “Los delincuentes sexuales: rehabilitación.” *Boletín Criminológico Número 13. Universidad de Santiago de Compostela*. (2010).
- Sáez Rodríguez, Concepción. “La próxima reforma del Código Penal Español. Una modificación innecesaria.” *INDRET*. (2012).
- Schmucker, Martin, y Lösel, Friedrich, “Does sexual offender treatment work? A systematic review of outcome evaluations.” *Psicothema*. (2008).
- Tasa de reincidencia penitenciaria. Área de Investigación y Formación Social y Criminológica. *Centre D’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada*. (2015).
- Valencia Casallas, Olga Lucía. Tesis doctoral: Reincidencia y caracterización de los agresores sexuales en tratamiento penitenciario. *Universidad Complutense de Madrid: Facultad de Psicología*. (2016).
- Valencia, Olga Lucía; Andreu, José Manuel; Mínguez, Petra y Labrador, Miguel Ángel. “Nivel de reincidencia en agresores sexuales bajo tratamiento en programas de control de la agresión sexual.” *Psicopatología Clínica Legal y Forense, Vol. 8*. (2008).

10. Anexos

ANEXO 1

Son hechos probados y así se muestran como tales, los contenidos en la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava n ° 87/2002:

El acusado, Guillermo F. B., nacido el día 15 de julio de 1977, y sin antecedentes penales, sobre las 6:20 horas del día 12 de noviembre de 2000 se introdujo en la panadería con nombre comercial Prensa Sur, sita en la C/ Manuel Iradier número ..., de Vitoria-Gasteiz a través de la puerta de entrada, cuya persiana metálica había dejado entreabierta la empleada de dicho establecimiento, Ana María M. H., de 34 años, que había iniciado su jornada laboral a las 6:00 horas. El establecimiento estaba cerrado al público.

Una vez que Guillermo F. B. estaba en el interior de la panadería, se dirigió directamente por el interior del mostrador hacia la trastienda en la que Ana María realizaba su trabajo. Cuando fue observado por ésta, quien, al creer que pretendía realizar un robo, le indicó que cogiera lo que quisiera, G.F.B. inmediatamente la empujó, al tiempo que le decía que no gritase. Como Ana María seguía gritando, G.F.B. la golpeó, tirándola al suelo y cayendo ésta de espaldas.

G.F.B se volcó encima de ella, mientras que le sujetaba un brazo con una pierna y con el otro anulaba su oposición, agarrándole la cara, y golpeándole la cabeza contra el suelo. En este momento, estando Ana María en el suelo, el horno de elaboración del pan comenzó a sonar, ante lo cual, Guillermo, creyendo que se trataba de una alarma del establecimiento, se levantó; pero, al darse cuenta de que era un dispositivo del horno del pan y no una alarma se dirigió nuevamente hacia Ana María, empujándola hasta que la llevó a un pequeño cuarto de baño ubicado en la trastienda del referido establecimiento.

Estando en dicho cuarto de baño, la tiró al suelo, le bajó los pantalones y la ropa interior, y el acusado se bajó los pantalones y su prenda interior, mientras le amenazaba con matarla si contaba algo o le denunciaba. Tumbado sobre Ana, le abrió las piernas con una mano, mientras que, con la otra, le sujetaba la cabeza que se hallaba apoyada sobre un escalón existente en el baño mientras intentaba introducir su pene en la vagina de Ana María, lo que finalmente consiguió, llegando a eyacular en el interior de su vagina.

Ana María, en el transcurso de los hechos, intentaba empujar a Guillermo para evitar la penetración, y le manifestaba reiteradamente que su jefe estaba a punto de llegar, sintiendo en todo momento miedo por su vida, sobre todo cuando el agresor la empujó y

le golpeó la cabeza contra el escalón del baño antes citado. No obstante, G.F.B. no cesó su agresión hasta que logró introducir su pene en la vagina y eyaculó. Acto seguido, se levantó y le manifestó a Ana María que no saliera hasta transcurrido un buen rato, que si le denunciaba le mataría, que sabía dónde vivía y que no dijese nada a nadie, y la encerró en el cuarto de baño, colocando una papelería para tratar de obstaculizar la apertura de su puerta, abandonando posteriormente el establecimiento.

No se ha acreditado que Guillermo F. B., que en la época de los hechos era consumidor bajo o/ y esporádico de cocaína, y no era adicto a la misma, tomara esta sustancia u otras parecidas el día 12 de noviembre o los días anteriores, ni que sus facultades cognitivas o volitivas estuvieran mermadas por el consumo de aquella el día 12 de noviembre sobre las 6:20 horas de la mañana.

Dña. Ana María M. H., presentó lesiones, concretamente equimosis y leve hematoma en párpado superior derecho, excoriación oval de un centímetro por medio centímetro a nivel de raíz nasal, pequeña herida a nivel de la mucosa oral del labio superior, con equimosis y edema local, erosión lineal infralabial y edema facial, que precisaron de primera asistencia facultativa, y de las que tardó en curar diez días, de los que cinco estuvo incapacitada para su ocupación habitual, sin precisar de ningún día de hospitalización. Como secuela física le quedó una cicatriz oval de uno por medio centímetro, a nivel de raíz nasal. Como secuela psíquica o psicológica derivada de estos hechos sufre un trastorno de estrés postraumático, que le produce depresiones, trastornos de humor, alteraciones del sueño, y un gran temor a estar sola, habiendo recibido tratamiento psicológico o psicoterapéutico por parte del Servicio de Asistencia a la Víctima adscrito a la Audiencia Provincial de Vitoria bajo la supervisión de una psicóloga consistente en técnicas cognitiva-conductuales. Además, Dña. Ana María M. H., que está casada y tiene dos hijos, tuvo que dejar de trabajar en el establecimiento comercial donde ocurrieron los hechos, y no ha podido reanudar actividad laboral alguna desde entonces, habiendo repercutido también el hecho en su vida familiar y social.

ANEXO 2

Son hechos probados y así se muestran como tales, los contenidos en la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava n ° 176/2002:

En la madrugada del día 14 de diciembre de 2000, el procesado G.F.B., nacido el 15 de julio de 1977, y sin antecedentes penales, se hallaba tomando copas con unos conocidos, de los que se despidió en torno a las 3:45 horas, yendo hacia su domicilio. Como no tenía llaves para acceder, estuvo deambulando por las calles próximas hasta que, entre las 6:00 y las 6:45 horas, paró en la cafetería "Aqua", sita en la calle Pepe Ubis, n ° 15 bajo de Vitoria. Encontró la puerta de la cafetería abierta y con la persiana sin cerrar porque Melisa, de 34 años, estaba trabajando dentro, realizando sus labores cotidianas de limpieza de local, y era su costumbre dejar la puerta cerrada sin echar la llave o entreabierta, mientras esperaba la llegada de la camarera, que se producía sobre las 7:00 horas de la mañana.

Aprovechando esta circunstancia, el procesado entró en la cafetería en un momento en que Melisa no esperaba encontrarse a nadie. Una vez dentro, el procesado saltó el mostrador, cogió un botellín de zumo de una estantería y dirigió sus pasos hacia la cocina. Halló a la víctima al doblar una esquina, saliendo del almacén, y de manera sorpresiva la golpeó con el botellín en la cabeza, derribándola, cayendo ésta en un espacio estrecho, a modo de pasillo, en posición de cúbito supino.

Teniéndola en esa situación y movido por un ánimo lúbrico, le bajó los pantalones y las ropa interior, le flexionó las piernas sobre el tórax y el abdomen, se echó sobre ella y la penetró analmente, bien con el pene, bien con un objeto, pero en todo caso sin eyaculación en la cavidad anal o sobre el cuerpo de la víctima. Mientras la penetraba, el procesado presionaba con su propio peso, encima de las piernas flexionadas, el tórax y el abdomen de Melisa, e igualmente, le presionaba el cuello y el mentón con la mano.

Si bien la víctima falleció durante la penetración, por asfixia debida a la compresión torácico-abdominal externa, asociada a las dificultades respiratorias motivadas por la presión manual en el cuello y la aspiración de contenido gástrico procedente de un vómito agónico, G.F.B., sin haberse percatado de su fallecimiento, cogió una espátula e intentó cortarle el cuello, y al no conseguirlo, empuñó un cuchillo de filo de sierra y, tras varios tajos, le cortó el cuello de izquierda a derecha, seccionándole la yugular.

El procesado causó a la víctima, entre otras, dos contusiones en la zona frontal derecha de la cabeza con hematoma en zona occipital, dos heridas superficiales en la zona inferior y medial izquierda del cuello, una herida principal que recorre en forma horizontal el cuello de izquierda a derecha, cuatro heridas superficiales superpuestas a la herida principal, heridas en zona mandibular izquierda y heridas en el pómulo izquierdo y bajo la barbilla.