

ANEXO II: Análisis jurídico técnico sobre la constitucionalidad de una norma penal que establezca la imprescriptibilidad de los delitos ASI en España.

Análisis de la jurisprudencia relevante del TC respecto al canon de constitucionalidad aplicable en el ejercicio del ius puniendi por parte del estado:

Hay un sector de la doctrina que advierte sobre la posible inconstitucionalidad de una ley que establezca la imprescriptibilidad de los delitos sexuales contra menores, al vulnerar derechos fundamentales del acusado. Se han aportado argumentos diversos. Se considera que, en comparación con la opción de alargar significativamente los plazos de prescripción, la imprescriptibilidad supone una restricción injustificadamente desproporcionada de la libertad personal del acusado. Que supone una vulneración de los principios de culpabilidad y de proporcionalidad de las penas y por consiguiente del derecho a la libertad personal garantizado en el art 17 CE. Que a su juicio los posibles beneficios sociales, no compensan su desmesurada severidad, dudando de su utilidad, ya que en su opinión no atiende a una genuina necesidad social. Argumentan que su aplicación generalizada a todos los delitos de ASI impide que el tribunal sentenciador pueda adecuar la magnitud de la pena a las circunstancias del hecho y del culpable.

En contraposición, desde los colectivos de protección a la infancia se argumenta que es una medida legítima, que trata de promover la protección de la sociedad, mediante su efecto de prevención general y específica, ante supuestos muy graves de vulneración del derecho a la vida, la libertad e indemnidad sexual, así como garantizar de forma efectiva la retribución del delito y evitar el ejercicio de la justicia privada por parte de las víctimas. En su opinión, su introducción en el ordenamiento jurídico representaría una opción legítima de política legislativa, justificado por la alarma social generada por la elevada prevalencia de abusos sexuales infantiles en nuestra sociedad, así como los elevados niveles de impunidad que históricamente han disfrutado las personas que cometen este tipo de delitos. Desde esta perspectiva, al diseñar la política jurídico-penal, el legislador no puede tener únicamente en cuenta los derechos fundamentales de los acusados, sino que tiene la obligación de atender a otros bienes jurídicos tales como la justicia y la protección de las víctimas, especialmente cuando estos son niños. Recuerdan que, según doctrina consolidada del TEDH, los estados tienen una obligación positiva, de conformidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), a la hora de garantizar el interés de protección de la colectividad frente a delincuentes violentos estableciendo un sistema de protección penal eficaz. Por consiguiente, evitar que un delincuente vuelva a reincidir es una de las finalidades esenciales de la pena de prisión (Vinter c. Reino Unido, Mastromatteo c. Italia, Maiorano c. Italia, Choreftakis c. Grecia).

Ante esta disparidad de criterios, resulta conveniente revisar cual es exactamente la doctrina consolidada del tribunal constitucional respecto a los parámetros que justifican un uso legítimo del ius puniendi por parte del estado a la hora de diseñar la política jurídico-penal y, por el contrario, cuando se produce un uso desproporcionado de la violencia penal estatal, que justifica la intervención del alto tribunal anulando una ley aprobada por el parlamento. Para este análisis se ha resumido, por su relevancia, la argumentación jurídica empleada por el TC en su reciente sentencia avalando la constitucionalidad de la cadena permanente revisable (STC 169/2021). Esta medida fue duramente criticada de forma cuasi unánime por la doctrina, que afirmaba con contundencia su clara inconstitucionalidad, opinión no compartida por el alto tribunal, que la avaló por una amplia mayoría, demostrando una vez más el principio jurídico que en nuestro sistema democrático la última palabra sobre la constitucionalidad de las leyes no la tienen los juristas, sino los miembros del TC.

l) Amplio margen de libertad del legislador para establecer la política criminal

En primer lugar, el alto tribunal ha establecido claramente en múltiples ocasiones las profundas limitaciones que afronta el TC a la hora de examinar la justificación criminológica de una pena, papel que corresponde en un sistema democrático principalmente al legislador. A modo ilustrativo cabe mencionar:

- *“los procesos de auténtica criminalización y descriminalización, o de aumento o reducción de penas, responden a una serie de circunstancias que generalmente afectan a la sensibilidad social, frente a determinados comportamientos que al ser captada por el legislador en cada momento histórico, da lugar a una distinta reacción del ordenamiento jurídico, desde la perspectiva penal que es la que ahora nos interesa, de modo que “si en un sistema democrático la ley es ‘expresión de la voluntad popular’, como se declara en el Preámbulo de nuestra Constitución, quien alega la arbitrariedad de una determinada ley o precepto legal se halla obligado a razonarla con detalle y ofrecer una demostración que en principio sea convincente (SSTC 108/1988, 239/1992, 129/1996, 73/2000, 120/2000, FJ 3)”.*
- *“En el ejercicio de su competencia de selección de los bienes jurídicos que dimanen de un determinado modelo de convivencia social y de los comportamientos atentatorios contra ellos, así como de determinación de las sanciones penales necesarias para la preservación del referido modelo, **el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática.** No sólo cabe afirmar, pues, que, como no puede ser de otro modo en un Estado social y democrático de Derecho, corresponde en exclusiva al legislador el diseño de la política criminal, sino también que, con la excepción que imponen las citadas pautas elementales que emanan del Texto constitucional, dispone para ello de plena libertad. De ahí que, en concreto, **la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad del legislador que, aunque no puede prescindir de ciertos límites constitucionales, éstos no le imponen una solución precisa y unívoca** (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6)”.*
- *“En un plano hay que situar las decisiones políticas y el enjuiciamiento político que tales decisiones merezcan, y en otro plano distinto la calificación de inconstitucionalidad, que tiene que hacerse con arreglo a criterios estrictamente jurídicos. **La Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas.** Lejos, pues, de proceder a la evaluación de su conveniencia, de sus efectos, de su calidad o perfectibilidad, o de su relación con otras alternativas posibles, hemos de reparar únicamente, cuando así se nos demande, en su encuadramiento constitucional. **De ahí que una hipotética solución desestimatoria ante una norma penal cuestionada no afirme nada más ni nada menos que su sujeción a la Constitución, sin implicar, por lo tanto, en absoluto, ningún otro tipo de valoración positiva en torno a la misma.** En un plano hay que situar las decisiones políticas y el enjuiciamiento político que tales decisiones merezcan, y en otro plano distinto la calificación de*

inconstitucionalidad, que tiene que hacerse con arreglo a criterios estrictamente jurídicos. (STC 11/1981)”.

- *“El alcance de nuestro enjuiciamiento resulta limitado por el reconocimiento en esta sede de la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo, y que **en esta configuración, que supone un complejo juicio de oportunidad, el legislador goza de un amplio margen de libertad, por lo que el juicio que procede en esta sede jurisdiccional debe ser por ello muy cauteloso** (STC 60/2010, de 7 de octubre, FJ 7)”.*

Por este motivo, en base a la jurisprudencia anteriormente descrita, son descartables desde una perspectiva estrictamente constitucional los argumentos doctrinales que realizan una impugnación criminológica respecto a la necesidad y utilidad social de la medida penal de la imprescriptibilidad en los delitos sexuales contra menores. Existen argumentos criminológicos de peso que se pueden emplear para justificar la introducción de la misma, como mínimo para los delitos de abuso sexual infantil de mayor gravedad. Exigencias retributivas especiales tales como la extraordinaria gravedad de los hechos o la severidad de las secuelas en las víctimas. La necesidad de garantizar el efecto de prevención general y/o especial de las penas ante la existencia de múltiples barreras que dificultan o impiden la realización de una denuncia temprana del crimen por parte de la víctima en un número elevado de casos. La necesidad de homologar nuestro régimen penal en este ámbito con los estados democráticos de nuestro entorno, al ser un modelo que se está implementando de forma veloz y cada vez más extendida en nuestro ámbito cultural y geográfico (véase el apartado de derecho comparado, analizando la situación en los estados miembros de la Conferencia Latinoamericana, Unión europea y OECD).

Como bien dice el TC: *“Aunque estas consideraciones de política criminal pueden generar opiniones discrepantes en amplios sectores de la doctrina, no resultan axiológicamente incompatibles con la Constitución, porque tratan de hacer patente el extraordinario contenido del injusto y de la culpabilidad que representa la vulneración de bienes jurídicos del más alto rango -singularmente la vida humana (en el caso de la imprescriptibilidad añadiríamos el derecho a la libertad e indemnidad sexual de los menores) y la necesidad de compensarlo mediante una respuesta penal más intensa que permita mantener en la población la conciencia del derecho y el sentimiento de justicia (STC 169/2021)”.* La aprobación de esta medida en nuestro país implicaría la decisión del legislador de recurrir a un modelo punitivo acreditado en el derecho comparado e internacional de derechos humanos de la infancia, como medida intensificadora del efecto retributivo y de la prevención general y especial, en el tratamiento de determinadas manifestaciones criminales especialmente perturbadores para la sociedad civil.

- II) Amplio margen de libertad del legislador para establecer el régimen de prescripción general y especial de la acción penal y de las penas.

En segundo lugar, resulta necesario revisar la jurisprudencia del TC respecto al margen de libertad que tiene el legislador a la hora de regular el régimen general y especial de prescripción para la acción penal y las penas de prisión. En su STC 63/2001 (FJ7) explica que: *“La prescripción encuentra fundamento en principios y valores constitucionales. **La CE no establece un determinado régimen de prescripción. No impone su existencia.** Sería cuestionable constitucionalmente un sistema que declarara la imprescriptibilidad de los delitos y las faltas. **Es el legislador quien le***

corresponde decidir, con libertad plena, de acuerdo con el principio de seguridad jurídica y criterios de política criminal, el régimen jurídico, el sentido y el alcance de la prescripción. Es una cuestión de libre configuración legal, diferida a la voluntad del legislador, sin condicionamientos materiales que deriven de la CE. Su establecimiento no merma el derecho de acción de los acusadores (STEDH 1996, *Stubbings c Reino Unido* § 46 y ss), ni las peculiaridades del régimen jurídico que el legislador decida adoptar (delitos a los que afecta, plazos de prescripción, momento inicial de cómputo o causas de interrupción) afectan, en sí mismas, a derecho fundamental alguno de los acusados”.

En su STC 157/1990 afirma que: “es conveniente precisar que la prescripción de la infracción penal, institución de larga tradición histórica y generalmente aceptada, supone una autolimitación o renuncia del Estado al ius puniendi por el transcurso del tiempo, que encuentra también fundamento en principios y valores constitucionales, pues toma en consideración la función de la pena y la situación del presunto inculpado, su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal, lo que ha de ponerse en conexión también con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (STC 17/1983). (...) De otra parte, si el fundamento y razón de ser de la prescripción de la responsabilidad criminal es, en definitiva, la renuncia del Estado al ejercicio del ius puniendi, ningún reproche cabe hacer, desde la perspectiva constitucional, a que el ordenamiento, a la vez que establece las conductas punibles, limite temporalmente el ejercicio por el Estado del derecho a castigar. (...) **Determinar el régimen jurídico de la prescripción de las infracciones penales es algo que corresponde hacer al legislador, de acuerdo con los criterios de política criminal y de seguridad jurídica que considere idóneos en cada caso concreto, pero, dados los valores constitucionales en juego, sería cuestionable constitucionalmente un sistema jurídico penal que consagrara la imprescriptibilidad absoluta de los delitos y faltas”.**

Frente a las dudas de algunos juristas sobre la constitucionalidad de esta medida, se podría realizar una interpretación jurídica alternativa basada en la jurisprudencia del TC y del TDHE igualmente plausible. Según esta teoría, es competencia del legislador decidir cuál debe ser el régimen de prescripción existente (delitos a los que afecta, plazos de prescripción, momento inicial del cómputo o causas de interrupción) en función de los criterios de política criminal que considere oportunos y con ciertos límites, fruto de la obligación de preservar la seguridad jurídica, lo que impediría la imprescriptibilidad absoluta y generalizada para todos los tipos de delitos, pero no para una minoría de ellos. Aunque no todo cabe en la CE, esta confiere la flexibilidad suficiente para que diferentes opciones políticas e ideológicas puedan implementar su programa de gobierno en materia de seguridad pública sin restricciones constitucionales. La CE permite la implementación de un amplio rango de políticas públicas sin que por ello se vulneren los derechos fundamentales ni de los acusadores ni de los acusados. En base a la jurisprudencia del TC no es descabellado afirmar que un régimen alternativo de regulación de la figura de la prescripción, menos estricto que el actual y que incluyera la imprescriptibilidad de los delitos violentos graves contra la infancia, incluyendo los delitos sexuales, sería igualmente constitucional. Por consiguiente, aunque algunos sectores de la doctrina pueden expresar dudas sobre la inconstitucionalidad de esta medida, *no pueden afirmar con certeza, como en ocasiones se les escucha, que la única forma de aprobar la imprescriptibilidad de los delitos de pederastia es reformar la CE.* Solo el TC tiene potestad para realizar esta interpretación.

Aunque los partidos progresistas del gobierno de coalición han descartado de momento promover la imprescriptibilidad en los delitos sexuales contra menores, nada les impide en el futuro reconsiderar su decisión y cumplir así la promesa que la vicepresidenta Carmen Calvo realizó a las víctimas de pederastia en el Vaticano en octubre de 2019. De igual forma, cuando en el futuro, haya un gobierno conservador,

fruto de la alternancia democrática, este puede ir un paso más allá y realizar un estudio jurídico técnico-riguroso sobre la posibilidad de revisar el actual régimen de prescripción, para aprobar la imprescriptibilidad no solo en los casos de delitos sexuales contra menores, sino en otros tipos de delitos graves, como los castigados con la cadena permanente revisable. Como se explicó anteriormente, el Partido Popular ya ha manifestado en el pasado en sede parlamentaria su disposición favorable a esta opción. En resumen, el principal freno que impide en estos momentos considerar esta opción como factible, no es su supuesta inconstitucionalidad, que debe dirimir en todo caso el TC, sino la falta de voluntad política existente en el actual Congreso. No se puede descartar que esta situación cambie en el futuro, si por ejemplo el Comité de los Derechos del Niño, como ya ha hecho con otros países como Chile y México, recomienda a España en futuros informes impulsar reformas legislativas para considerar los delitos de pederastia como imprescriptibles. Puesto que España tiene que comparecer ante el CDN en 2023, es probable que este debate vuelva a resurgir con fuerza en el futuro próximo.

III) Canon de constitucionalidad de la proporcionalidad de las normas penales

En tercer lugar, el TC ha desarrollado en su jurisprudencia una doctrina que delimita claramente cuáles son los parámetros de enjuiciamiento constitucional de las medidas penales, desde el punto de vista de su proporcionalidad, que permiten determinar si se ha producido por parte del legislador una infracción de este principio constitucional, representando la medida penal una injerencia exorbitante en la libertad del penado ajena al ámbito legítimo de la intervención penal estatal. Dicha doctrina constituye una garantía de protección de la dignidad humana frente al exceso punitivo arbitrario partiendo del presupuesto que: *“el problema de la proporcionalidad entre pena y delito es competencia del legislador en el ámbito de su política penal, lo que no excluye la posibilidad de que en una norma penal exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia y la dignidad de la persona humana. Este presupuesto no es sino la expresión de la sujeción de todos los poderes públicos a la Constitución (art. 9.1 CE). **La relación de proporcionalidad entre la entidad del delito y la entidad de la pena corresponde fijarla al legislador, aunque esta relación de proporcionalidad en ningún caso puede sobrepasar el punto de lesionar el valor fundamental de la justicia propio de un Estado de Derecho y de una actividad pública no arbitraria y respetuosa con la dignidad de la persona** por lo que sólo el enjuiciamiento de la no concurrencia de ese desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma compete en este punto a este Tribunal en su labor de supervisar que la misma no desborda el marco constitucional. Para su realización también aquí habrá de partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa (SSTC 66/1985, FJ 1º; 65/1986, FJ 2º; 160/1987, FJ 6º; 111/1993, FJ 9º; 50/1995, FJ 7º; STC 55/1996, FJ 9)”.*

El TC ha desarrollado en su jurisprudencia cual debe ser el canon de control de la legislación penal para garantizar que respeta el principio de la proporcionalidad. En la STC 60/2010 el alto tribunal identifica tres fases principales en este proceso de análisis jurisdiccional:

- 1) *Función institucional de la norma penal analizada:* En primer lugar, debe identificarse cuál es la función institucional de la medida adoptada por el legislador, mediante una interpretación sistemática de su regulación pues la función no es presupuesto sino resultado de la integración de su régimen jurídico.
- 2) *Legitimidad constitucional de la finalidad de la norma penal analizada:* En segundo lugar, se debe juzgar si esos fines son o no constitucionalmente legítimos, de modo

que el sacrificio de libertad solo será inconstitucional si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la preservación de bienes o intereses, no solo, por supuesto constitucionalmente proscritos, sino también socialmente irrelevantes. La legitimidad del fin no sólo se aprecia considerando en abstracto los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales [...] sino también a la luz de las concretas agresiones frente a las cuales la norma trata de protegerlos (STC 55/1996)”.

- 3) *Cumplimiento del principio de proporcionalidad de la norma penal analizada:* En la tercera fase, se debe comprobar el cumplimiento por parte de la norma penal del principio de proporcionalidad amplia, en virtud del cual la medida que ésta incorpora debe ser adecuada, necesaria y proporcionada en sentido estricto.

Por consiguiente, se puede utilizar esta metodología para analizar jurídicamente si la norma penal que consagra la imprescriptibilidad de los delitos sexuales contra menores cumple el canon de proporcionalidad desarrollado por el alto tribunal.

- 1) *Finalidad/ función institucional de la medida:* Tanto la reciente aprobación en nuestro país de la ampliación de los plazos de prescripción en este tipo de delitos, como desde la perspectiva del derecho comparado, la aprobación en múltiples estados de la imprescriptibilidad, al menos para los delitos sexuales más graves contra menores, busca reducir o eliminar el elevado grado de impunidad existente en los mismos, debido al habitual elevado periodo de latencia entre la comisión del delito y la denuncia pública de la víctima ante la justicia. El legislador, en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/2021, con acierto establece que: *“La disposición final sexta relativa a la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, incorpora diferentes modificaciones de importante calado. (...) Se extiende el tiempo de prescripción de los delitos más graves cometidos contra las personas menores de edad, modificando el día de comienzo de cómputo del plazo: el plazo de prescripción se contará a partir de que la víctima haya cumplido los treinta y cinco años de edad. Con ello se evita la existencia de espacios de impunidad en delitos que estadísticamente se han probado de lenta asimilación en las víctimas en el plano psicológico y, muchas veces, de tardía detección”.*

Es decir el legislador identifica como uno de los principales fines legítimos de esta norma penal el reforzamiento de la función protectora de los bienes jurídicos tutelados por los tipos penales a los que se aplica dicha suspensión de los plazos de prescripción, los delitos de violencia grave contra la infancia, entre ellos los ataques a la libertad e indemnidad sexual de menores de edad, considerados por el legislador como ataques de extraordinaria gravedad por las circunstancias del sujeto que los sufre y el modo en que se producen. Se busca, por tanto, reforzar la función de prevención general de los tipos penales. Un segundo objetivo, es identificar a sujetos con un pronóstico desfavorable de reinserción social, que no se hayan rehabilitado de forma espontánea por el mero paso del tiempo desde la comisión de los delitos que se juzgan y que por tanto continúan constituyendo un peligro actual para los menores. Responde a una necesidad reforzada de inocuización del delincuente, la denominada como prevención especial, que refleja el juicio negativo del legislador sobre el régimen de prescripción especial precedente, que permitía a personas que habían cometido graves delitos sexuales seguir en contacto permanente con menores, al no tener antecedentes penales y por consiguiente no estar en el registro de delincuentes sexuales dependiente del ministerio de Interior.

Es una postura razonable teniendo en cuenta que, en España, a diferencia de otros estados de nuestro entorno como Alemania, un delincuente sexual solo puede acceder a terapia psicológica basada en la evidencia para reducir el riesgo de

reincidencia de su conducta sexual delictiva en un contexto penitenciario y no comunitario. Se garantiza por tanto la función resocializadora o rehabilitadora de la pena de prisión. Por último pero no menos importante, al disminuir la impunidad se garantiza además la función retributiva de la pena, lo que disminuye la probabilidad que los ciudadanos afectados directa o indirectamente por la conducta criminal tengan la tentación de utilizar la justicia privada para resolver el conflicto, ante la insuficiencia de la justicia pública. En resumen, la voluntad inequívoca del legislador ha consistido en intensificar la eficacia de la reacción penal frente a unos delitos, que previamente a la reciente reforma de junio de 2021 prescribían como máximo cuando la víctima cumplía los 38 años de edad, una situación que el legislador consideró insuficientemente disuasoria desde una determinada percepción del clima social, ya que existía un elevado grado de alarma social frente a los elevados niveles de impunidad existentes en delitos sexuales históricos contra menores denunciados en los medios de comunicación.

2) *Legitimidad constitucional de la norma penal*: Los fines anteriormente descritos (prevención general y especial, retribución de la pena, rehabilitación social del delincuente) no plantean ninguna incompatibilidad con los valores constitucionales. El TC ha reconocido que una función de las normas penales es garantizar su efecto protector respecto a bienes jurídicos relevantes, función que no solo corresponde a la norma que prohíbe la realización de la conducta típica, sino también la que prevé para tal caso la imposición de una determinada pena (a lo que cabría añadir el régimen de extinción de la responsabilidad penal por dicha conducta). La protección de la sociedad es una vertiente de la función protectora de bienes jurídicos, que trata de evitar la reincidencia. Como ya se ha explicado anteriormente, desde una perspectiva de derecho comparado, la jurisprudencia del TEDH exige a los estados la adopción de medidas eficaces para combatir el crimen violento, reduciendo el riesgo de reincidencia del delincuente (Murray c Países Bajos, Maiorano c. Italia).

3) *Cumplimiento del principio de proporcionalidad de la norma penal analizada*: Se debe analizar si esta norma cumple los criterios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

A) Adecuación:

Según afirma el TC: *“El principio de adecuación demanda una relación de congruencia objetiva entre el medio adoptado por el legislador y el fin que con él se persigue, entendiéndose que tal circunstancia se producirá si la medida que se deriva del precepto cuestionado puede contribuir positivamente a la realización del fin perseguido. Por el contrario, la medida habrá de reputarse inidónea o inadecuada si entorpece o, incluso, si resulta indiferente en punto a la satisfacción de su finalidad, bastando con que la disposición cuestionada contribuya en alguna medida a la realización del fin que persigue (SSTC 55/1996, 136/1999)*. El debate constitucional no giraría, en torno a la legitimidad de los fines, sino a la adecuación de los medios dispuestos en la norma para su realización. La idoneidad de la medida de alargar o eliminar los plazos de prescripción para reducir la impunidad en estos delitos y por consiguiente producir un efecto reforzado de los tipos penales en los supuestos de abuso sexual infantil no parece discutible, ya que ha sido reconocido por el propio legislador en la exposición de motivos de la Ley orgánica 8/2021 al definir estos delitos, en base a la evidencia estadística, como de lenta asimilación en las víctimas en el plano psicológico y muchas veces de tardía detección.

A) Necesidad:

Teniendo en cuenta que no está en cuestión la idoneidad de la norma penal analizada para conseguir los objetivos jurídicos constitucionalmente legítimos

identificados por el legislador, el examen de la medida ha de centrarse en su necesidad. El TC ha establecido los siguientes parámetros interpretativos respecto a este principio:

- “El principio de necesidad supone que según hemos afirmado reiteradamente, desde la perspectiva constitucional sólo cabrá calificar la norma penal o la sanción penal como innecesarias cuando, a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador (SSTC 55/1996, FJ 8; 136/1999 FJ 23)”.

- “Que con carácter general no baste para justificar la inconstitucionalidad de la norma penal en virtud del principio de necesidad con proponer diversas medidas alternativas a la que se deriva de la disposición impugnada. En efecto, el juicio de necesidad que compete a este Tribunal es mucho más complejo y matizado. Como hemos dicho en otras ocasiones, el control del Tribunal Constitucional sobre la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia ... tiene un alcance y una intensidad muy limitadas, so pena de arrogarse un papel de legislador imaginario que no le corresponde y de verse abocado a realizar las correspondientes consideraciones políticas, económicas y de oportunidad que le son institucionalmente ajenas y para las que no está constitucionalmente concebido; por ello, esta tacha de desproporción solamente será aplicable cuando las medidas alternativas sean palmariamente de menor intensidad coactiva y de una funcionalidad manifiestamente similar a la que se critique por desproporcionada (SSTC 161/1997, FJ 11; 136/1999, FJ28)”.

- “En cualquier caso, junto a la intensidad de la restricción, el control de necesidad requiere interrogarse, en segundo lugar, acerca del grado de eficacia de la medida alternativa en punto a la satisfacción del fin perseguido por la disposición impugnada, que debe ser al menos semejante al que se deriva de ésta última. Sólo en tal caso la adopción de la medida menos restrictiva vendría constitucionalmente exigida por los principios constitucionales que resultan afectados (STC 55/1996, FJ 14)”.

En base a esta argumentación jurídica, se puede predecir fácilmente cual sería la decisión a la que llegaría el TC respecto a la necesidad de la norma penal que apruebe la imprescriptibilidad de los delitos sexuales más graves contra menores. Para ello solo hace falta analizar la respuesta dada por el alto tribunal en la STC 169/2021 ante una norma penal mucho más punitiva como es la cadena permanente revisable: “Se puede discutir si estos límites proporcionaban ya en su momento una respuesta suficiente para afianzar el ordenamiento jurídico y el sentimiento colectivo de justicia, consideración que queda extramuros del objeto de este procedimiento, pero no que la pena de prisión permanente revisable no haya contribuido a reforzar la finalidad disuasoria del sistema de justicia penal. En la constatación de este incremento, que permite descartar la existencia de medidas alternativas menos gravosas pero de una funcionalidad manifiestamente similar a la que se critique por desproporcionada, se agota el juicio de necesidad que corresponde a este estadio en el que el control de este Tribunal Constitucional tiene un alcance y una intensidad muy limitadas, so pena de arrogarse un papel de legislador imaginario que no le corresponde y de verse abocado a realizar las correspondientes consideraciones políticas, económicas y de oportunidad que le son institucionalmente ajenas y para las que no está orgánicamente concebido” (SSTC 161/1997, FJ 11, STC 136/1999, FJ 28). Teniendo en cuenta que no se puede negar que la imprescriptibilidad de los delitos sexuales más graves contra menores contribuye a reforzar la finalidad disuasoria del sistema de justicia penal, mediante sus efectos a la hora de promover la prevención general y especial, no resulta aventurado afirmar que el TC avalaría la necesidad de esta medida, como ya ha hecho con la cadena permanente revisable.

Sin embargo, se puede ir un paso más allá y no analizar la necesidad de la medida exclusivamente desde la perspectiva constitucional adoptada por el alto tribunal, que tiene un alcance y una intensidad muy reducida, sino realizar un juicio de oportunidad similar al que debe realizar el legislador. El PSOE, al oponerse a la imprescriptibilidad, ha promovido el argumento de que esta medida resulta innecesaria. El alargamiento de los plazos de prescripción en los delitos sexuales contra menores, unido a las medidas de prevención y detección precoz incluidas en la LOPIVI serían suficientes para acabar completamente con la impunidad que ha caracterizado estos delitos hasta la fecha. Es decir, este partido ha realizado la predicción de que en el futuro se producirá una disminución significativa del tiempo medio de latencia entre la comisión del delito y el momento en que el grueso de las víctimas es capaz de verbalizar lo sucedido ante las autoridades judiciales mediante una denuncia penal. Según este argumento la imprescriptibilidad es una medida innecesaria porque existen medidas alternativas menos punitivas de eficacia comparable. Esta teoría se puede criticar racionalmente como mínimo desde tres perspectivas.

- ARGUMENTO 1: Se desconoce el grado de eficacia que van a tener las medidas de prevención, detección precoz y reparación incluidas en la LOPIVI:

Un principio básico en el proceso de evaluación de políticas públicas es que este solo puede realizarse de forma válida tras un periodo razonable de implementación de la ley que se quiere analizar, nunca tras la aprobación reciente de la misma. Nadie duda de la buena voluntad tanto del gobierno como del poder legislativo a la hora de intentar afrontar de forma integral una lacra social como es la violencia contra la infancia. Pero las buenas intenciones no garantizan la eficacia de una ley. Sin ánimo de caer en un excesivo pesimismo se pueden identificar múltiples potenciales barreras que pueden reducir su eficacia futura basándose en datos empíricos objetivos contrastables.

- *Déficit de implementación de la LOPIVI por parte del Estado Central:* El momento clave en la eficacia de una ley se produce durante la implementación de la misma, cuando los postulados teóricos reflejados en su articulado deben transformarse en realidad. Desgraciadamente en la actualidad existen graves problemas de implementación de algunos de los elementos fundamentales de la LOPIVI, como es la especialización de la administración de justicia en violencia infantil. La disposición final vigésima de la ley establece claramente que, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la norma, el gobierno tiene la obligación legal de aprobar sendos proyectos de ley para la especialización de los órganos judiciales, la fiscalía y los equipos técnicos que presten asistencia especializada a los Juzgados y Tribunales. Este plazo se incumplió en junio de 2022. El gobierno aún no ha establecido un calendario de implementación alternativo. Garantizar una respuesta amigable de la administración de justicia ante las denuncias de abuso sexual infantil es imprescindible para generar un clima de confianza en la justicia que promueva la denuncia temprana de estos delitos.
- *Déficit de financiación de la LOPIVI por parte del Estado Central:* Las leyes pioneras a coste cero no suelen obtener buenos resultados. Muchas de las medidas de prevención, detección precoz y reparación integral incluidas en la LOPIVI requieren una importante dotación presupuestaria para ser efectivas. Aunque aún nos encontramos en estadios muy preliminares, hasta el momento el compromiso presupuestario del Estado es tan insuficiente como decepcionante. Cuando el Gobierno aprobó el anteproyecto de ley de la LOPIVI en junio de 2020, este afirmaba que invertiría 75 millones de euros anuales, basándose en las estimaciones de inversión mínima que habían realizado las principales

organizaciones de protección a la infancia de nuestro país. A modo de comparativa, cuando en 2018 se aprobó el Pacto de Estado contra la Violencia de Género se realizó una dotación presupuestaria de 200 millones de euros. Sin embargo, en los presupuestos generales del Estado de 2021, los primeros tras la aprobación de la LOPIVI, solo se incluyó una partida presupuestaria de 25 millones de euros para poner en marcha esta ley, es decir una tercera parte de la cantidad inicialmente prometida. Según datos del Padrón Continuo del Instituto Nacional de Estadística, a 1 de enero de 2022 había 7.057.712 menores de 16 años en España. Es decir, en los últimos PGE se ha realizado una inversión de 3.5 euros por cada menor de 16 años en medidas de protección a la infancia contra la violencia. En contraposición el Gobierno destinó una dotación presupuestaria de 210 millones de euros para el Bono Joven Cultural, de forma que todos los jóvenes que cumplieran los 18 años recibieran 400 euros para disfrutar de productos culturales. Desde una postura cínica se podría argumentar que esta discrepancia se debe al hecho que mientras que los niños y adolescentes no tienen derecho al voto, las personas que estrenan la mayoría de edad se convierten en potenciales votantes, a los que interesa seducir.

- *Implementación desigual de la LOPIVI por parte de las Comunidades Autónomas:* Buena parte de las medidas de prevención, detección precoz y reparación integral incluidas en la LOPIVI corresponden a competencias autonómicas tales como sanidad, educación o servicios sociales. Esto implica que inevitablemente va a existir una asimetría en la implementación de la ley, con comunidades más diligentes, implicadas y eficaces que otras. Esto implica una lotería del código postal, donde los estándares de protección a la infancia de la que disfrutan los niños españoles dependerán en gran parte de en qué comunidad autónoma vivan. Es una dinámica que ya se ha observado en otras leyes sociales como la Ley de Dependencia 39/2006. No hay que olvidar que la LOPIVI no gozó de unanimidad durante su aprobación parlamentaria, existiendo partidos políticos como VOX que no solo votaron en contra de la misma al estar disconformes con algunas de sus medidas, sino que la impugnaron ante el Tribunal Constitucional. Un partido que actualmente ya está en un gobierno autonómico, en Castilla y León, fenómeno que se puede repetir en otras autonomías en mayo de 2023. No resulta razonable esperar que dicho partido vaya a implementar con diligencia esta ley en las consejerías que dirige, cuando no cree en sus postulados.

A la hora de realizar predicciones sobre la posible eficacia de la LOPIVI, resulta razonable utilizar como comparativa la ley en que se inspira, la Ley Orgánica Integral contra la Violencia de Género, aprobada en 2005. Fue una ley que contó con un amplio consenso político, mediático y social; una financiación adecuada para su implementación y un compromiso real en su aplicación por parte de las administraciones públicas de diferentes signos políticos. Uno de sus principales objetivos era luchar contra el fenómeno histórico de la infra denuncia judicial de este tipo de agresiones, debido a su errónea consideración como “*problema privado intrafamiliar*”, así como disminuir las elevadas cifras de agresión con resultado mortal existentes. Dejando de lado las afirmaciones retóricas (ley pionera, referencia mundial, ley que supuso un antes y un después), si nos limitamos a analizar fríamente los resultados empíricos de su implementación durante estos dieciocho años observamos una mejora significativa pero insuficiente en estos parámetros. Esta progresiva mayor eficacia de las medidas estatales de protección integral se puede observar claramente si analizamos las cifras oficiales que miden la evolución temporal de este trágico fenómeno: 71 asesinatos (2003); 72 asesinatos (2004); 57 asesinatos (2005); 69 asesinatos (2006); 71 asesinatos

(2007); 76 mujeres (2008); 56 asesinatos (2009); 73 asesinatos (2010); 62 asesinatos (2011); 52 asesinatos (2012); 54 asesinatos (2013); 55 asesinatos (2014); 60 asesinatos (2015); 49 asesinatos (2016); 51 asesinatos (2017); 47 asesinatos (2018); 55 asesinatos (2019); 45 asesinatos (2020); 44 asesinatos (2021). Entre 2003 y 2010 el rango de asesinatos anuales se movía entre las 76 mujeres asesinadas de 2008 y los 57 homicidios de 2005, con una media de 69.1 asesinatos anuales. Entre 2011 y 2019 (dejando de lado los datos de los últimos dos años de pandemia por no ser representativos de una situación de normalidad) el rango osciló entre entre los 62 asesinatos de 2011 y los 49 asesinatos de 2016, con una media de 53.9 asesinatos/año. Si comparamos ambos periodos históricos, de media se producen 15 asesinatos anuales menos en el periodo más reciente, una reducción del 22%.

Si analizamos los datos comprobamos la existencia de dos fenómenos problemáticos. Por un lado, el elevado porcentaje de mujeres asesinadas que siguen sin confiar en la administración de justicia y que deciden no denunciar los hechos. Y el fenómeno opuesto, el de las mujeres a los que el estado fue incapaz de proteger de forma efectiva a pesar de haber presentado denuncia. Según datos de un informe del Observatorio Estatal de Violencia de Género entre 2006 y 2019, solo el 26 % de las mujeres asesinadas habían presentado denuncia por violencia de género. Llama la atención la baja cantidad de denuncias por estos delitos, pese a las múltiples campañas de sensibilización, concienciación de los medios de comunicación y las administraciones públicas. Lo que demuestra una vez más, que los procesos de cambio cultural y reformas mentales, son mucho más lentos y laboriosos que los cambios legales. Si analizamos la situación de partida del fenómeno de la violencia infantil en nuestro país en el momento de aprobación de la LOPIVI, comprobamos que el fenómeno de la infra denuncia es igualmente muy prevalente, como sucede en la violencia contra la mujer, al haber sido considerado también erróneamente como un *“problema privado intrafamiliar”*. También observamos las deficiencias del sistema a la hora de proteger a la víctima tras la presentación de una denuncia. Según estimaciones de Save the Children de 2021, solo el 15% de los casos de abusos sexuales infantiles se denuncian de forma temprana cuando la víctima aun es menor de edad. De estos, el 70% no llegan a juicio por sobreesimiento provisional. Aun deseando que la LOPIVI tenga un éxito igual o mayor que la LOVG, resulta razonable predecir que en el mejor de los casos se observará una dinámica similar, una mejoría significativa pero insuficiente en estos importantes indicadores.

- ARGUMENTO 2: Aunque la LOPIVI sea eficaz, sus efectos positivos pueden verse contrarrestados por la potencia de tendencias sociales y económicas independientes de su ámbito de aplicación

Frecuentemente se asume que, en las generaciones futuras, tras los cambios legales y culturales que se están produciendo en nuestro país en el ámbito de la violencia sexual infantil, se producirá un fenómeno de denuncia más temprana de estos delitos (*“las víctimas en el futuro denunciarán antes, no esperarán tanto tiempo”*). Sin embargo, si se analiza detenidamente el fenómeno de la denuncia tardía en el ASI, no está tan claro que esta predicción deba necesariamente producirse. Existen cuatro barreras principales que dificultan de forma significativa la denuncia temprana de abusos sexuales infantiles, influenciando el tiempo medio de latencia entre la comisión del delito y la denuncia judicial del mismo. En primer lugar, un elemento biológico, la inmadurez evolutiva de los niños y adolescentes, quienes no tienen los recursos cognitivos, emocionales y sociales de un adulto para procesar la experiencia traumática. Por ello resulta comprensible que sea décadas después, ya bien entrada la edad adulta, cuando la mayoría de las víctimas puedan finalmente elaborar y verbalizar lo sucedido. Al ser este un fenómeno biológico, no se modifica de forma significativa al comparar las diferentes cohortes generacionales o los diferentes ámbitos geográficos. En segundo

lugar, el elemento cultural, la existencia de una cultura donde los abusos sexuales infantiles sean un tema tabú que no se discute socialmente, donde las revelaciones por parte de las víctimas reciben incompreensión, indiferencia, incredulidad u hostilidad por parte de su entorno y la sociedad en general, lo que se ha denominado como la cultura de la pederastia. Afortunadamente en este indicador sí que se han producido recientemente tímidos avances en nuestro país, aunque aún se observa un retraso significativo en comparación con los estados más avanzados de nuestro entorno cultural. En tercer lugar, el elemento prestacional, el grado de desarrollo de los servicios sanitarios y terapéuticos públicos que permitan a las víctimas procesar el trauma sexual mediante el acceso a terapias asequibles, basadas en la evidencia científica, de forma que puedan convertirse en supervivientes resilientes. La existencia de barreras a la hora de acceder a esta prestación sanitaria implica que solo puedan acceder a terapia quien se la pueda pagar de forma privada. Los importantes recortes en gasto sanitario, fruto de la austeridad presupuestaria, con el consiguiente deterioro de la sanidad pública que se ha producido en nuestro país tras la crisis de la gran recesión de 2008 ha empeorado una situación que de partida ya era mala de por sí. Por último, el elemento socioeconómico, al producirse la mayoría de los abusos sexuales infantiles en el entorno de confianza del menor, muchas veces este necesita poder emanciparse económicamente antes de poder denunciar los hechos. De nuevo, la capacidad de los jóvenes españoles a la hora de poder emanciparse se ha deteriorado de forma significativa desde la gran recesión. La edad media de emancipación de los jóvenes en nuestro país es de las más elevadas de Europa debido al elevado precio de la vivienda y la precariedad laboral.

Es decir, en nuestro país, en los últimos quince años se ha producido una tímida mejora en uno de los factores que influyen el fenómeno de la denuncia tardía (el cultural), no se han producido cambios en otro (el biológico) y se han producido graves retrocesos en los otros dos (el prestacional y el socioeconómico). Desconocemos cual será el impacto final de esta combinación, pero no resulta descartable que, en vez de producirse una mejora en este importante indicador, se produzca un estancamiento, un retroceso o un fenómeno mixto. Por ejemplo, que una víctima sea capaz de verbalizar los abusos a su entorno más cercano en la veintena, debido a la mayor apertura cultural, pero que no esté en condiciones de denunciar judicialmente hasta edades mucho más tardías al no haber procesado el trauma ni haberse emancipado económicamente de su entorno de confianza. Los fenómenos anteriormente descritos no se van a ver modificados tras la aprobación de la LOPIVI. Aunque el legislador sabe perfectamente que frecuentemente las secuelas de los abusos sexuales infantiles persisten hasta bien entrada la edad adulta, ha decidido de forma consciente y deliberada establecer un ámbito de aplicación objetivo y subjetivo de la LOPIVI excesivamente restrictivo. Las medidas que se contemplan solo son de aplicación mientras la víctima siga siendo menor de edad dejando a las víctimas adultas desamparadas y desprotegidas. El legislador podía haber decidido incluir en su ámbito de aplicación el derecho de las víctimas, tanto varones como mujeres, a acceder a servicios de atención y reparación integral y especializada, tras cumplir la mayoría de edad, durante toda la vida adulta. No lo ha hecho. El legislador podía haber decidido incluir en su ámbito de aplicación el derecho de las víctimas a acceder a recursos educacionales, sociolaborales o habitacionales, que faciliten su independencia económica. No lo ha hecho. Probablemente porque incrementaría el coste económico de la ley. Pero esta decisión cicatera del legislador implica que los posibles efectos positivos de la LOPIVI en los ámbitos de prevención, detección y reparación precoz se puedan ver contrarrestados por las tendencias socioeconómicas negativas anteriormente descritas que quedan fuera de su ámbito de aplicación, de forma que el fenómeno de denuncia precoz con el que cuenta el legislador y que haría innecesaria la imprescriptibilidad no se produzca o lo haga de forma muy atenuada. Como se ha explicado anteriormente el legislador ha intentado corregir parcialmente esta clamorosa omisión mediante la aprobación de la

Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual, que incluye en su Título IV el derecho de las víctimas de violencia sexual a la asistencia integral especializada y accesible. No solo se incluye la asistencia psicológica y médica (Capítulo I), sino también la integración sociolaboral y habitacional (Capítulo II). Sin embargo, el art 3.2 deja bien claro que el ámbito subjetivo de la ley se aplica única y exclusivamente a las **mujeres adultas, las niñas y los niños** que hayan sido víctimas de violencia sexual. De forma que un varón que sufre ASI, pierde su derecho a la reparación integral médica y psicológica, así como a la reintegración sociolaboral y habitacional al alcanzar la mayoría de edad. Una enmienda de dicho artículo por parte de ERC intentó sin éxito resolver tan flagrante injusticia clarificando que: *"Los varones que hayan sufrido estas violencias en la infancia podrán acceder a los servicios de atención y reparación aun cuando lleguen a la mayoría de edad"*

- ARGUMENTO 3: Aunque se produzca una disminución del tiempo medio que tardan la mayoría de las víctimas en denunciar seguirían existiendo subgrupos especialmente vulnerables que quedarán desprotegidos.

Otra hipótesis que se debe considerar es que aunque la LOPIVI consiga su objetivo y se produzca una disminución significativa de la edad media a la que denuncian las víctimas, seguirán existiendo tres subgrupos de víctimas especialmente vulnerables que necesitarán la imprescriptibilidad para poder tener acceso a la tutela judicial efectiva: las víctimas en territorio español que han sufrido poli victimización y/o trauma complejo/acumulativo y las víctimas de ciudadanos españoles en países en vías de desarrollo.

- *Víctimas en países en vías de desarrollo:* El art 23.4.k) LOPJ establece la jurisdicción universal extraterritorial para los delitos contra la libertad y la indemnidad sexual cometidos contra menores de edad en una serie de supuestos entre los que se incluye que la víctima tenga la nacionalidad española o la residencia habitual en España o bien que el procedimiento se dirija contra un ciudadano español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España. Esta medida da cumplimiento al artículo 17.1.b y 2 de la Directiva 2011/92/UE del Parlamento y del Consejo Europeo. El ámbito territorial de la LOPIVI se limita al territorio español, por lo que sus medidas de prevención, detección precoz y reparación integral no beneficiarán a este subgrupo de víctimas especialmente vulnerable. Esto es así porque el legislador de forma consciente y deliberada decidió no incluir en la ley un apartado específico que incluyera medidas para luchar de forma efectiva contra el turismo y la explotación sexual en el extranjero, consultando a organizaciones especializadas en la materia como ECPAT España. Es un "olvido" difícilmente justificable teniendo en cuenta que en los delitos sexuales contra menores habitualmente se produce el fenómeno denominado en criminología como *"desplazamiento del delito"*. Cuando el estado implementa medidas para prevenir la comisión del delito el delincuente se ve incentivado a modificar su comportamiento para evitar dichas acciones preventivas. Una de las posibles estrategias es el desplazamiento geográfico, cuando una intervención disminuye o elimina las oportunidades de delinquir en un área geográfica, el potencial agresor se desplaza a otra zona geográfica donde no existan estos impedimentos. Si en España se aumentan los estándares de protección a la infancia, los potenciales pederastas pueden decidir desplazarse al extranjero, a estados con legislaciones menos estrictas o colectivos de menores más vulnerables, para poder cometer delitos sexuales contra menores impunemente.

No es una disquisición teórica, sino un fenómeno ya observado en nuestro país en dos situaciones. En primer lugar, instituciones como la Iglesia Católica española tienen una larga tradición de enviar a Latinoamérica y a otros estados en vías de desarrollo a peligrosos pederastas cuya notoriedad les impide seguir delinquiendo

impunemente en nuestro país. Un ejemplo ilustrativo es el del padre Luis To, que ejerció durante años tanto la docencia como la pederastia en el colegio jesuita barcelonés de Sant Ignasi. Haciendo un juego de palabras con su apellido, era denominado popularmente por los alumnos como el padre “tocón”. Tras ser condenado por la justicia civil por abusar de una alumna en 1992, tras realizarle un homenaje publicó, la orden de los jesuitas lo envió a Bolivia. Otro claro ejemplo sería el revelado por una reciente investigación del diario El País y la televisión pública alemana que ha destapado una vía de fuga de Europa para curas pederastas que incluía un refugio secreto en Ecuador. El sacerdote español Jordi Senabre, arrestado en Barcelona en 1988 tras una denuncia de un niño de 13 años, pudo escapar a Ecuador gracias al encubrimiento proporcionado por el obispo y teólogo pederasta alemán Emilio Stehle (acusado de abusos sexuales por diez mujeres), que lo acogió cuando dirigía una importante diócesis en Ecuador, y el cardenal de Barcelona de la época Ricard María Carles que escribió una carta a Stehle pidiéndole que le recibiera. En segundo lugar, los pederastas que ejercen de forma autónoma, sin cooperación institucional, que ante el riesgo de ser descubiertos pueden decidir emigrar. Un ejemplo ilustrativo sería el caso Benaigues. Ex entrenador de fútbol base del F.C. Barcelona, durante su etapa como profesor de gimnasia de la Escola Barcelona, cometió decenas de abusos sexuales infantiles (ha recibido más de sesenta denuncias que fueron desestimadas por prescripción). Se desplazó a México en 2014, para entrenar la cantera del Club deportivo Guadalajara. Pocos meses después fue despedido de forma por sus comportamientos sexualmente inapropiados.

- *Menores poli - victimizados*: El prestigioso investigador norteamericano David Finkelhor fue el primero que acuñó el término poli - victimización infanto - juvenil para describir el fenómeno de trauma acumulativo que sufre un subgrupo de víctimas que son expuestos a múltiples tipos de violencia a lo largo de sus vidas (tanto en la infancia, como en la adolescencia y en la edad adulta). Los estudios epidemiológicos han identificado de forma consistente a un subgrupo de poli víctimas en investigaciones realizadas con muestras de niños y adolescentes comunitarias, escolares, sanitarias, servicios sociales y justicia juvenil en numerosos países a nivel internacional. Estudios similares también han identificado consistentemente a un subgrupo de adultos que fueron poli-victimizados en la infancia en investigaciones con muestras universitarias, comunitarias, psiquiátricas y encarceladas en los Estados Unidos. Las polivíctimas están expuestas a la adversidad y la violencia, que es infligida intencionalmente o como resultado de la negligencia de una variedad de perpetradores en múltiples momentos y en múltiples contextos durante los períodos de desarrollo formativo, incluido el maltrato sexual, físico y emocional por parte de los cuidadores u otros adultos; agresión física o sexual o intimidación por parte de compañeros o jóvenes mayores; y ser testigo de incidentes violentos y traumáticos en el hogar, la escuela y la comunidad. Las víctimas múltiples tienden a tener una protección insuficiente y un apoyo social limitado para amortiguar los efectos adversos de otras formas de factores estresantes traumáticos, como accidentes graves, enfermedades, desastres y pérdida de seres queridos. Los efectos de la poli victimización son más graves que los efectos de la exposición a un único tipo de violencia. La polivictimización se asocia con graves problemas emocionales, conductuales e interpersonales a lo largo de la vida, por lo general con un impacto adverso mayor que incluso los tipos de victimización individuales más traumáticos (p. ej., abuso o agresión sexual; violencia familiar o comunitaria catastrófica).

- *Menores que han sufrido trauma sexual complejo*: El fenómeno de poli victimización anteriormente descrito alude a la experimentación de diferentes tipos de violencia (ej. violencia intra- familiar, acoso escolar y abuso sexual). Es diferente conceptualmente de otro fenómeno similar, como es haber vivido múltiples episodios de un solo tipo de victimización, lo cual tampoco es un fenómeno infrecuente (ej. múltiples abusos sexuales infantiles por diferentes agresores, sufrir abuso sexual infantil y agresión sexual como adulto). Incluso entre los menores que solo han sufrido un único episodio de un solo tipo de victimización (por tanto, no un trauma acumulativo), las características del mismo (abuso intrafamiliar, con penetración, de años de duración, con escaso apoyo o respuestas retraumatizadoras del entorno) pueden haber causado, un trauma complejo de difícil resolución.

La existencia de estos tres subgrupos de víctimas especialmente vulnerables justifica, basándose en un principio de equidad, igualdad material y justicia, que el legislador no se conforme con una mera ampliación de los plazos de prescripción en los delitos sexuales contra menores, sino decida aprobar la imprescriptibilidad. En términos generales, las conclusiones de investigaciones científicas demuestran que a mayor complejidad del abuso sexual (complejidad de un único tipo de violencia sexual: abuso intrafamiliar, crónico, con penetración, víctima especialmente vulnerable por discapacidad física o psíquica, problemas familiares o vulnerabilidad socioeconómica); presencia de trauma acumulativo (múltiples agresiones sexuales por múltiples agresores en la infancia, adolescencia y/o edad adulta) y/o polivictimización (abuso sexual acompañado de otras vulneraciones, especialmente maltrato físico), la revelación será menos frecuente y más tardía. Como bien explica la prestigiosa psicóloga chilena especialista en trauma complejo Vinka Jackson:

“Para acceder a justicia e iniciar acciones penales se necesita una denuncia. Para la denuncia se requiere un relato. Para poder relatar lo vivido en el abuso sexual infantil se requiere poder elaborar y articular la experiencia bajo una serie de condiciones. Cuanto más complejo sea el trauma más laborioso y largo será el proceso de asimilación. Para la inmensa mayoría de las víctimas la demora en develar y denunciar los hechos obedece a que se encuentran inmersas en procesos complejos que no es posible acelerar –importante recordar el desarrollo y maduración incompletos de las víctimas- en base a reglas que injustificada y arbitrariamente la normativa penal ha impuesto para estos delitos y a quienes los sufren. Esto resulta del todo relevante puesto que, teniendo en consideración que por regla general estos procesos de justicia se originan por el relato de las víctimas y éstas demorarán años en darse cuenta o comprender que se vieron involucradas en un ataque a su autodeterminación sexual, entonces, con anterioridad a que la víctima del delito complete su proceso psicológico de elaboración y maduración, sencillamente no existen las condiciones requeridas para punir tales conductas”.

Si el legislador pretende que los delitos sexuales contra menores de edad sean efectivamente penados, debe asegurarse de que existan las condiciones que aseguren que ello sea posible y ello será únicamente en la medida en que este apruebe una normativa penal, la imprescriptibilidad de como mínimo los casos más graves de ASI, que permita a todos los subgrupos de víctimas, incluso los colectivos más vulnerables, completar los procesos psicológicos necesarios para que puedan comunicar lo vivido. Solo así, la pretensión de punición contra tales delitos tendrá una posibilidad de efectuarse en la realidad de forma equitativa. La normativa penal actual discrimina a las víctimas con un trauma complejo y/o acumulativo más grave frente a las víctimas que han sufrido una menor carga traumática, y que por tanto pueden procesar de forma más sencilla y rápida la experiencia vivida, lo que les permite denunciar de forma más

temprana, dentro de los plazos de prescripción actuales.

B) Proporcionalidad estricta:

El último criterio por analizar según la jurisprudencia del TC es el de la proporcionalidad estricta de la norma penal cuestionada. Valorar este criterio requiere: “*valorar recíprocamente el alcance de la restricción de los principios y derechos constitucionales que resultan afectados por la norma penal, de un lado, y el grado de satisfacción de los fines perseguidos con ella por el legislador, de otro. **Y ello en el bien entendido de que no cualquier desproporción o falta de equilibrio habrá de ser, desde la perspectiva que nos ocupa, constitucionalmente relevante, sino que sólo lo será aquélla en la que el exceso resulte verdaderamente manifiesto o evidente. Sólo en tal caso producirá la norma un patente derroche inútil de coacción y resultará la declaración de su inconstitucionalidad por nuestra parte respetuosa con el margen de libre configuración política que corresponde al legislador democrático.*** En la verificación del juicio estricto de proporcionalidad, que es el que compara la gravedad del delito que se trata de impedir -y, en general, los efectos benéficos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales- y la gravedad de la pena que se impone -y, en general, los efectos negativos que genera la norma desde la perspectiva de los valores constitucionales- en un plato de la balanza se sitúa la gravedad de las conductas sancionadas y en el otro “los costes fácticos que la medida comporta para los valores constitucionales”, ponderación en la que puede ser útil efectuar una comparativa con otras normas penales del derecho interno y con soluciones del derecho comparado (STC 136/1999, FJ 23 y 29)”.

Un análisis básico de derecho comparado permite descartar rápidamente la idea que la imprescriptibilidad en los delitos sexuales más graves contra menores constituye una reacción punitiva arbitraria, extravagante o desproporcionada, ya que esta medida ha sido aprobada, aunque sea de forma parcial, en al menos dos docenas de estados nuestro entorno. Además, hay que tener en cuenta que el legislador puede limitar esta figura jurídica a los delitos sexuales más graves cometidos contra menores, como han hecho habitualmente otros estados. Por ejemplo, en Hungría, solo son imprescriptibles los delitos sexuales castigados con una pena de más de cinco años de prisión. Aplicar este criterio en España implicaría que los delitos de ASI imprescriptibles serían juzgados en un tribunal colegiado, como es la Audiencia provincial, ante un tribunal de tres jueces, y no un juzgado unipersonal de lo penal, incrementando la seguridad jurídica y las garantías procesales del acusado. Por consiguiente, una regulación de este tipo constituye una respuesta penal en la que: “*en atención a la culpabilidad manifestada por el autor, la finalidad protectora de las normas penales, la relevancia de los bienes jurídicos lesionados y la gravedad de su ataque, no representa un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa*” (SSTC 55/1996, FJ 9; 161/1997, FJ 12, y 136/1999, FJ 23)”.

Asimismo, la aplicación de la misma no se realizaría de forma rígida, ya que existen múltiples instrumentos normativos en el código penal que posibilitan en fase judicial (o de ejecución de la condena), la adecuación de la reacción penal a la gravedad del hecho concreto y la culpabilidad acreditada del autor, de forma que el tribunal puede graduar la severidad de la sanción penal, aquilatando la condena a la gravedad de la conducta del acusado. Sin ánimo de ser exhaustivos cabe destacar la posibilidad de aplicar el criterio de atenuación analógica de las dilaciones indebidas (art 21.6º y 7º CP) cuando ha transcurrido un elevado plazo de tiempo entre la comisión del delito y su sanción penal, sin que el autor durante este periodo haya vuelto a reincidir cometiendo nuevos delitos sexuales. Si el acusado tiene una edad avanzada o una enfermedad grave (art 91.1 CP, art 196.1 Reglamento Penitenciario) el juez de vigilancia

penitenciaria tiene la facultad de suspender la ejecución de la pena, accediendo el reo a la libertad condicional.

Según la jurisprudencia del TEDH (Vinter c. Reino Unido § 111) la necesidad de subsistencia del fundamento material de la pena solo permanece si existe un motivo legítimo de política criminal que lo justifique: la prevención general, la retribución (que disminuye la necesidad que la víctima acceda a la justicia privada para resolver el conflicto), la rehabilitación de la víctima, la protección de la sociedad (prevención específica) y la rehabilitación. Como se ha desarrollado de forma extensa en otros apartados de este informe, la imprescriptibilidad permite alcanzar en mayor o menor grado todos estos objetivos, mediante diferentes mecanismos avalados por los estudios de criminología: acabar con la sensación de impunidad de los potenciales agresores; permitir que el delincuente sexual tenga acceso a terapias de eficacia probada en el centro penitenciario donde cumple condena; garantizar que el condenado entre en el registro de delincuentes sexuales del Ministerio de Interior, impidiéndole trabajar con menores; o facilitar que la víctima cobre la indemnización que le corresponde, permitiéndole sufragar los gastos de terapia para superar el trauma (lo cual disminuye el riesgo que esta ejerza la venganza privada, reacción característica de un trauma no elaborado, así como disuadir a instituciones que atienden a menores de encubrir los delitos cometidos por sus empleados, ya que esta reprobable conducta incrementaría de forma exponencial las indemnizaciones que tienen que afrontar, al aumentar innecesariamente el número de víctimas).

Es importante tener en cuenta, que algunos de estos mecanismos no dependen para su eficacia de la severidad de la pena de prisión, sino de las penas accesorias que acompañan a la pena principal y que solo pueden implementarse cuando existe una condena penal. De esta forma, pueden existir casos en que el tribunal considere, al evaluar la culpabilidad del agresor, que no es proporcional imponerle una severa pena de prisión, por ejemplo, si cometió un delito aislado, perpetrado hace décadas, ha confesado los hechos e intentado reparar el daño causado pidiendo perdón a la víctima. Debido a la rehabilitación espontánea del delincuente, el tribunal puede decidir aplicar el atenuante análogo de dilaciones indebidas (art 21.6º y 7º CP), rebajando la condena. Sin embargo, puede seguir siendo necesario imponer una condena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesiones en contacto con menores (art 56.1.3º); el pago de una indemnización por parte del agresor (art 116.1º CP) o de la institución donde sucedieron los hechos (art 120.3º y 4º CP) o la prohibición de residir, acercarse o comunicarse con la víctima (art 48 y 57 CP). Además, resulta razonable que la información de la condena se inscriba en el Registro Central de Delincuentes Sexuales (art 5 RD 1110/2015). Sin tener en cuenta la importancia que tiene para el sentido de justicia material de la víctima y de la sociedad la existencia de una condena judicial con unos hechos probados (art 142.2º LECrim, un requisito preceptivo cuyo incumplimiento produce la nulidad de la sentencia según STC 175/1992) donde se constata la existencia del abuso sexual infantil y la respuesta de la institución donde sucedieron los hechos.

Por consiguiente, la imprescriptibilidad de los delitos sexuales contra menores (como mínimo los de mayor gravedad) responde a la legítima finalidad de proteger, mediante una reacción penal adaptada al grado de culpabilidad del agresor y suficientemente disuasoria, los bienes jurídicos protegidos por la normativa penal (la vida humana y el derecho a la libertad e indemnidad sexual de un colectivo especialmente vulnerable como son los menores) y lesionados por la actividad criminal del acusado. Se trata de fines legítimos (prevención general y especial, retribución y evitación de la justicia privada, rehabilitación del delincuente y de la víctima del delito) que no plantean ningún problema de encaje en el orden constitucional de valores, pues protegen posiciones jurídicas que tienen rango de derecho fundamental y que pueden verse en peligro si falla el efecto disuasorio de las normas penales. No constituye por

tanto una restricción desmesurada en el derecho a la libertad del acusado, ya que no solo el legislador puede elegir restringir esta medida a los supuestos más graves, sino que además en fase judicial o de aplicación de la pena este se puede seguir beneficiando de instrumentos normativos penales que gradúen la severidad de la condena (art 21.6 y 7º CP; art 91.1 CP).

IV) Medidas penales complementarias versus alternativas. La imprescriptibilidad de los ASI como medida necesaria pero no suficiente en el contexto de la LOPIVI.

Para finalizar este análisis sobre la constitucionalidad de la norma penal de la imprescriptibilidad de los delitos de ASI resulta adecuado clarificar la diferencia entre medidas alternativas o complementarias a la hora de abordar un fenómeno criminal complejo como son los delitos sexuales contra menores. Es frecuente escuchar el argumento que la imprescriptibilidad, aunque fuera plenamente constitucional, resulta una medida ineficaz e innecesaria, existiendo alternativas menos punitivas pero más efectivas para proteger a la infancia. Se suele mencionar la importancia de potenciar los mecanismos de prevención, como la educación sexual infantil, o de detección precoz, como la formación de profesionales que trabajan con menores o los protocolos en las instituciones infantiles. Sin embargo, el enfoque que considera ambos tipos de intervenciones como alternativas, que el legislador debe apostar por un tipo de medidas (punitivas versus no punitivas) en detrimento del otro, no se corresponde con el consenso internacional sobre el modo óptimo de abordar un grave problema de salud pública como es la violencia sexual contra menores. El gold estándar (patrón oro) por el que apuesta esta disciplina científica es el del modelo de abordaje multicapa o de queso suizo, en que las medidas que se implementan son complementarias y sinérgicas entre sí. Se basa en que a la hora de abordar un problema de salud pública complejo (violencia contra la mujer/ infancia, enfermedades infecciosas) ninguna intervención por sí sola es perfecta para solucionar el problema, cada intento tiene huecos, fallos inevitables, ya que ninguna medida tiene un 100% de eficacia. Cada capa tiene agujeros o defectos y su número, tamaño y ubicación pueden variar dependiendo de cómo se implemente en la práctica cada medida. Sin embargo, si se combinan múltiples capas de protección (defensas, barreras y salvaguardias) disminuye de forma significativa el riesgo total, ya que resulta altamente improbable que los agujeros de las diferentes capas de protección se alineen, por lo que se acaba creando una barrera impenetrable.

Este modelo fue desarrollado por el profesor universitario James Reason, en base al análisis de múltiples desastres (accidentes de Bhopal, Chernobil, transbordador espacial Challenger), generando el modelo del queso suizo de los accidentes, donde los agujeros de las rebanadas de queso representan los errores que se acumulan, originando sucesos adversos. Los analistas de seguridad de distintas industrias, entre ellas la médica y la de aviación, han utilizado ampliamente el modelo durante años. Utilizando el ejemplo de la pandemia del coronavirus, cada medida individual puede fallar (ej. vacuna, mascarilla, distancia de seguridad, lavado de manos, ventilación adecuada), pero resulta mucho más improbable que fallen todas ellas a la vez. De igual manera en un problema complejo como la violencia sexual infantil es necesario que se implementen una batería de medidas de prevención, detección precoz, reparación integral y acceso a la tutela judicial efectiva. Cuantas más medidas eficaces de protección a la infancia ponga en práctica una sociedad, más protegidos estarán sus niños. Sin embargo, resulta imprescindible que exista una última capa de protección, de máxima seguridad, en los casos en que fallen todas las demás medidas, como sería la imprescriptibilidad de los delitos sexuales contra menores. El objetivo del legislador, de las autoridades y de la sociedad civil debe ser que se active lo menos posible. Si un agresor es castigado décadas después de haber cometido sus crímenes, implica que ha estado en libertad durante un prolongado periodo de tiempo en que ha podido cometer nuevos delitos y que sus víctimas han sufrido en silencio hasta bien entrada la

edad adulta. Por consiguiente, una batería de medidas efectivas de prevención y detección precoz pueden eliminar mucho sufrimiento innecesario. Pero en los casos en que todas las medidas hayan fallado, se debe garantizar que las víctimas tengan derecho a la tutela judicial efectiva. La imprescriptibilidad de estos delitos es por tanto una medida necesaria, probablemente imprescindible, pero no suficiente. El que se utilice más o menos en la práctica dependerá de la diligencia de todos los actores implicados. Como sociedad debemos aspirar a que en el futuro la imprescriptibilidad se utilice lo menos posible, pero siendo realistas no podemos negar a las víctimas que la necesiten sus beneficios.

El modelo multicapa es el que ha adoptado la LOPIVI, incluyendo diferentes categorías de medidas (prevención, detección precoz, reparación integral de la víctima, acceso a la justicia) que se complementan entre sí, actuando de forma sinérgica. Aunque resulta un primer paso en la buena dirección, un análisis pormenorizado de las disposiciones normativas de la ley permite afirmar que resulta posible aumentar de forma significativa la eficacia de la ley si el legislador apuesta por:

- *Implementar*: Es decir garantizar que las medidas incluidas en la ley se cumplan en la práctica. Si la LOPIVI establece que en el plazo de un año el gobierno debe impulsar una ley para especializar los diferentes operadores jurídicos (fiscalía, órganos judiciales y equipos técnicos), no es aceptable que este se haya incumplido. Si el gobierno se comprometió a invertir 75 millones anuales en los PGE para implementar la ley, no es aceptable que, en los primeros aprobados tras la entrada en vigor de la LOPIVI, los de 2021, solo se haya presupuestado la tercera parte, 25 millones.
- *Reforzar*: Si una medida incluida en la ley se demuestra insuficiente y poco ambiciosa, es necesario reforzarla jurídicamente. Si un estudio de derecho comparado demuestra que más de dos docenas de estados de nuestro entorno han aprobado la imprescriptibilidad de los delitos de ASI, reconocer que fue un error limitarse a ampliar el plazo de prescripción en tan solo 17 años en la LOPIVI. Es necesario reformar de nuevo el CP para equiparar a nuestro país con los estados más avanzados.
- *Ampliar*: Si incomprensiblemente hay medidas imprescindibles que el legislador ha dejado fuera de la LOPIVI, corregir dicho olvido, ampliando el ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de la misma. De esta forma resulta urgente incluir un apartado específico sobre cómo abordar los abusos sexuales infantiles en instituciones religiosas o la obligación de nuestro país de perseguir el turismo y la explotación sexual infantil cometida por ciudadanos españoles en el extranjero. También es imprescindible ampliar el ámbito subjetivo de la complementaria Ley Orgánica de Garantía Integral de la libertad sexual, regulado en su artículo 3.2, de manera que los supervivientes **varones** de abuso sexual infantil que ya hayan alcanzado la mayoría de edad tengan derecho sine die a beneficiarse de recursos de atención y reparación, a la asistencia integral y especializada del trauma sexual, así como a recursos de reintegración sociolaboral incluidos en dicha Ley.

No se puede finalizar este análisis constitucional de la norma penal de la imprescriptibilidad sin recordar al legislador la relevancia del principio de la irretroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables al reo (art 9.3 CE) a la hora de decidir la idoneidad de esta medida. Hay sectores de la doctrina que argumentan que el legislador debe adoptar una actitud prudente y cautelosa, evaluar la eficacia del resto de medidas incluidas en la LOPIVI, y solo si estas fueran insuficientes para acabar con la impunidad secular de estos delitos (desproporción por defecto), aprobar la imprescriptibilidad. Sin embargo, este enfoque tiene el serio inconveniente que volvería a repetir en el futuro el problema actual, graves casos de abusos sexuales

infantiles que quedan impunes al haber prescrito el delito, ya que, si en el futuro se decidiera impulsar una ley de imprescriptibilidad, esta no podría ser retroactiva. Resulta más garantista con los derechos de las víctimas aprobar la reforma ahora, sabiendo que, si en el futuro el legislador considerara esta medida desproporcionada por exceso, cualquier reforma de la ley que realizara sí que se podría aplicar de forma retroactiva, al ser una disposición sancionadora favorable al reo (art 9.3. a contrario).

En este apartado se ha realizado un exhaustivo análisis de la constitucionalidad de esta medida basándose en la jurisprudencia del TC. Sin embargo, si al final el alto tribunal se acaba pronunciando sobre la constitucionalidad de la misma no solo tendrá en cuenta su propia jurisprudencia, sino que también valorará la jurisprudencia sobre esta materia desarrollada por otros tribunales constitucionales de estados de nuestro entorno. Un ejemplo ilustrativo en este ámbito es lo sucedido en Colombia. El alto tribunal de este país, la Corte Constitucional, es una referencia regional, teniendo su jurisprudencia un elevado grado de influencia en Iberoamérica. Ha sido punta de lanza de medidas progresistas tales como la legalización del matrimonio homosexual, el aborto o la eutanasia. Además, ha adoptado una jurisprudencia estrictamente garantista con los derechos de los acusados, ya que, a diferencia del TC español, en septiembre de 2021 declaró la inconstitucionalidad de la cadena permanente revisable al considerarla un retroceso en materia de humanización de las penas, en la política criminal y en la garantía de resocialización de las personas condenadas. A pesar de ser un tribunal marcadamente “progresista”, en su sentencia C-422/21 declaró la plena constitucionalidad de la Ley 2081/2021 que establecía la imprescriptibilidad de los delitos sexuales cometidos contra menores de edad, aprobada por el gobierno conservador de Pedro Duque.

Como elocuentemente argumenta el Alto Tribunal: *“El objetivo de esta norma es proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes que son víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales y del delito de incesto; de igual manera, procura proteger a las víctimas sobrevivientes y a la sociedad. En particular la **norma se enfoca en los menores de edad y en sus derechos a la dignidad humana y al acceso a la administración de justicia; este último se encuentra ligado directamente a los derechos a obtener verdad, justicia, reparación y no repetición.** Además de estos aspectos, propios de la función de prevención especial del derecho penal, esta norma también busca proteger bienes que trascienden los derechos individuales de los menores de 18 años sobrevivientes de estos hechos e impactan estructuralmente a la sociedad en cumplimiento de la función de prevención general. En efecto, la finalidad de la norma es luchar contra la impunidad y evitar la normalización de la violencia contra los niños, niñas y adolescentes. Por esta razón, se aplica a tipos penales que sancionan el ataque a bienes jurídicos de los que son titulares los menores de edad y que resultan de la mayor relevancia constitucional para ellos, como individuos en formación, y para la sociedad de forma integral”.* No es de extrañar esta postura, resaltando la importancia de esta medida para garantizar el derecho a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición de las víctimas, teniendo en cuenta que las principales investigaciones judiciales (comisiones de la Verdad) que se han hecho sobre el fenómeno de abusos sexuales en instituciones (Real Comisión Australiana, Informe Gran Jurado de Pensilvania), recomendaron la aprobación de la imprescriptibilidad penal de los abusos sexuales infantiles como mecanismo básico para lograr los objetivos anteriormente mencionados.