

## Irracionalidad y ausencia de evaluación legislativa en las reformas de los delitos sexuales contra menores \*

**M<sup>a</sup> Luisa Cuerda Arnau**

*Catedrática de Derecho Penal. Universidad Jaume I (Castellón)*

---

CUERDA ARNAU, M<sup>a</sup> Luisa. Irracionalidad y ausencia de evaluación legislativa en las reformas de los delitos sexuales contra menores. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2017, núm. 19-09, pp. 1-45. Disponible en internet: <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-09.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 19-09 (2017), 23 jul]

RESUMEN: El trabajo pone de manifiesto, de un lado, que las principales reformas introducidas en los delitos sexuales contra personas menores de edad carecen, con carácter general, de una justificación racional. La mayoría de las mismas, no sólo resultan criticables desde la perspectiva de los principios limitadores del *ius puniendi* estatal, sino también desde una perspectiva puramente utilitaria. Así es en la medida en que no son el resultado de un análisis riguroso que tome en consideración datos empíricos que evidencien la necesidad de la reforma, sino que responden a un uso populista y demagógico del Derecho penal. De otro lado, el trabajo denuncia la inexistencia de un modelo de evaluación normativa, verdaderamente capaz de someter a control la labor legislativa y garantizar, formal y materialmente, la calidad de la ley.

PALABRAS CLAVE: Delitos sexuales, víctimas

menores, reformas legislativas, proporcionalidad, ofensividad, evaluación legislativa, irracionalidad legislativa, calidad de la ley, control constitucional.

ABSTRACT: This paper reveals, on the one hand, that the main reforms introduced in sexual crimes against minors are generally lacking in rational judgment. The majority of them, are not only criticized from the perspective of the constitutional principles of the state's *ius puniendi*, but also from a purely utilitarian perspective. This is so because they are not the result of a rigorous analysis that takes into account empirical data that show the need for reform, but respond to a populist and demagogic use of criminal law. On the other hand, this paper denounces the lack of a model of normative evaluation, truly able to control the legislative work and to guarantee, formally and materially, the quality of the law.

KEYWORDS: Sexual offenses, underage victims, legislative reforms, proportionality, harm principle, legislative evaluation, legislative irrationality, quality of the law, constitutional control.

Fecha de publicación: 23 julio 2017

---

SUMARIO: 1. Otra muestra de irracionalidad legislativa: indemnidad sexual vs. "integridad sexual" de los menores. 2. La justificación de las normas penales: ofensividad y prohibición de exceso. 2.1 Ofensividad y bien jurídico como límite al castigo de la inmoralidad. 2.1.1. Las convicciones generales como criterio de selección de los bienes jurídicos

*cos penalmente tutelados: mitos y límites. 2.1.2. El mito del discurso punitivista como discurso mayoritario. 2.1.3. La democracia como límite a las convicciones generales. 2.1.4. La concepción procedimental del bien jurídico de Vives Antón. 2.2 El principio de prohibición de exceso (o proporcionalidad en sentido amplio) como criterio de cierre: la inadmisibilidad de un principio de proporcionalidad invertido. 3. ¿La eficacia y eficiencia como bandera de la intervención? 4. La (inexistente) evaluación de las normas penales en España. La ley 40/2015 y el RD 286/2017 ¿una razón para la esperanza?. 4.1 En las fases de elaboración de la ley. 4.2 En la fase postlegislativa. 5. La inexistente evaluación de las reformas de los delitos contra la indemnidad/libertad sexual de los menores. 5.1 Algunos ejemplos de irracionalidad legislativa. 5.2 ¿De qué información empírica se sirve el legislador penal?. 5.3 Las razones declaradas. 5.3.1. La reforma de 1999. 5.3.2 La reforma de 2010. 5.3.3. La Reforma de 2015. 5.4. Razones declaradas v. datos disponibles. 5.4.1. Las supuestas lagunas punitivas. 5.4.2. Las obligaciones internacionales. 6. Evaluación normativa y control constitucional de la ley. Un breve apunte. 7. Excurso: el “caso Mari Luz”: un ejemplo paradigmático del devenir de los procesos legislativos y otras curiosidades de nuestro sistema de justicia penal. 8. Conclusión.*

---

\* El presente trabajo se enmarca en un Proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad que lleva por título “Menores: prevención y sanción de la delincuencia en la sociedad tecnológica” (DER2013-45862-P).

## **1. Otra muestra de irracionalidad legislativa: indemnidad sexual vs. “integridad sexual”<sup>1</sup> de los menores**

El Derecho penal sexual ha sido objeto de varias reformas. Tres de ellas de gran calado: las operadas por la LO 11/1999, de 30 abril, la LO 5/2010, de 22 de junio y la LO 1/2015 de 30 de marzo. Del alcance de dichas reformas me ocuparé con detenimiento más adelante. De momento, interesa subrayar el hecho de que todas hayan supuesto una inversión de las directrices que guiaron la regulación original de esta materia en el Código penal de 1995. Frente a la pretensión de tutelar el libre ejercicio de la sexualidad o, como la mayoría defiende en el caso de los menores, la indemnidad sexual<sup>2</sup>, las ulteriores modificaciones han ido dirigidas a convertir el Derecho penal en el guardián de la castidad de nuestros menores<sup>3</sup>. El paradigma lo

<sup>1</sup> Tomo prestada la expresión de DÍEZ RIPOLLÉS porque creo que refleja mejor que ninguna otra la aspiración que persiguen una buena parte de las sucesivas reformas acaecidas en este ámbito. Hace ya veinte años que este autor advertía de los efectos de una política criminal populista que se dejaba en el camino “una concepción positiva del ejercicio libre de la sexualidad, a favor de otra mojigata y prejuiciosa en la que los menores desempeñan el papel de víctimas propiciatorias”. Precisamente cuando de menores se trata, el “integrismo sexual” se acentúa y lo que se pretende es preservar a toda costa su “integridad” sexual, de modo que la función del Código vuelve a ser la de gendarme que vela por mantenerlos al margen de la sexualidad. (El trabajo apareció originalmente en *El País* de 12 de diciembre de 1997. Puede verse también en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *Delitos y penas en España*, Catarata, Madrid, 2015 p. 125 a 133.

<sup>2</sup> Deliberadamente rehuyo el debate acerca de si el bien jurídico es la libertad o la indemnidad del menor porque no lo considero relevante a los efectos que aquí interesan (me permito remitir al lector al análisis de la cuestión que hice en “Los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y prostitución de menores”, en *Delitos contra la libertad sexual, Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1997, p. 215 a 219

<sup>3</sup> Entre los estudios más recientes que ponen de manifiesto esta deriva, vid RAMOS VÁZQUEZ, J.A.,

constituye el castigo de la denominada pornografía “virtual” (art. 189.1 d), en cuya sanción, al margen de otras consideraciones, pesa mucho, como bien dice García Albero<sup>4</sup>, el hecho de que “comunica que la sexualidad del menor resulta socialmente aceptable.” Y eso para el legislador es, sin más, inadmisibile. De igual modo, la reintroducción del delito de corrupción de menores, la elevación de la edad del consentimiento sexual, el adelantamiento de la intervención en el caso del *grooming* o la falta de proporcionalidad en determinadas sanciones son ejemplos, entre otros, de la irracionalidad legislativa que aquí se pretende denunciar.

Ese estado de cosas es especialmente evidente en esta clase de infracciones por ser un ámbito que, al generar una suerte de rechazo atávico en todos nosotros, es un terreno muy fértil para las políticas criminales populistas. Ahora bien, el mal es generalizado y en la reforma de 2015 se han alcanzado cotas extraordinarias. De hecho, el que ya ha sido considerado el nuevo Código penal de 2015<sup>5</sup> ha supuesto una erosión de los valores democráticos en el ámbito del Derecho penal español de importancia tan capital que, como Vives reclama, nos obliga a “proceder *sine ira et cum studio*, sin acritud pero también sin condescendencia”<sup>6</sup>. Y es que, ciertamente, si para algo ha servido la reforma es para ratificar la imperiosa necesidad de imponer racionalidad en nuestra política legislativa, lo que en materia penal adquiere un singular relieve, dado que la limitación de derechos fundamentales consustanciales al instrumento penal, convierte la justificación de la intervención en clave de bóveda de su propia legitimación. El hecho de que ese déficit ni se reduzca a la materia penal<sup>7</sup>, ni sea exclusivo de nuestro país<sup>8</sup> no puede servir de consuelo; antes al contrario, resulta más preocupante porque contribuye a “normalizar” la situación, a servir de excusa a los responsables políticos y a cerrar los ojos de la ciudadanía. Ese estado de cosas exige de quienes nos autoproclamamos expertos, o aún de manera pretendidamente más elogiosa, dogmáticos o representantes de la Ciencia

*Política criminal, cultura y abuso sexual de menores. Un estudio sobre los artículos 183 y siguientes del Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016

<sup>4</sup> “Pornografía infantil y reforma penal: consideraciones sobre el objeto material del delito” en VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (coord.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores*, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 290

<sup>5</sup> VIVES ANTÓN, Tomás S., “La reforma penal de 2015: una valoración genérica”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia 2015, 2ª ed., p. 34; en el mismo sentido, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, Prefacio a la obra citada, p. 26.

<sup>6</sup> VIVES ANTÓN, Tomás S., “La reforma penal de 2015...”, op. cit., p. 41

<sup>7</sup> Vid. con un enfoque general MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (dir.)/PAU PEDRÓN, Antonio (dir. adjunto), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

<sup>8</sup> Vid a modo de ejemplo las duras críticas que FIANDACA dirige en tal sentido al legislador italiano, “Control de racionalidad y legislación penal”, en *El Derecho penal entre la ley y el juez*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 109 y ss., MUSCO, Enzo, La irracionalidad en el Derecho penal, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 16, 2014; HUSAK, Douglas *Sobrecriminalización. Los límites del Derecho penal*, Marcial Pons, 2013. El panorama que muestra el autor americano da cuenta de la dimensión global del problema, que, sin embargo, es discutible que pueda ser solventado mediante el recurso a una teoría general de la criminalización, sea la que Husak nos propone o sea otra teoría *general* cualquiera.

penal, una acción decidida dirigida a poner de manifiesto ese déficit y sus desastrosas consecuencias. Para los derechos fundamentales en primer término pero también para las propias víctimas<sup>9</sup> y, en última instancia, para la eficiencia del sistema de justicia penal.

## 2. La justificación de las normas penales: ofensividad y prohibición de exceso

Ciertamente, lo primero que habría que aclarar es a qué nos referimos cuando hablamos de racionalidad, de legitimación o de justificación de las normas penales y hacer explícitos cuáles son los criterios que- como señala Paredes Castañón- “resultarían admisibles (intersubjetivamente admisibles) a la hora de argumentar que una determinada norma jurídico-penal (una forma de describir un delito o una determinada clase o magnitud de sanción) está justificada”<sup>10</sup>. A responder esta pregunta viene dedicando esfuerzos desde tiempos inmemoriales la llamada Ciencia de la legislación y no es mi intención entrar a terciar en el asunto, ni tampoco enjuiciar las diversas propuestas con que algunos colegas muy cercanos han contribuido al debate<sup>11</sup>. A los efectos que aquí interesan, tomaré prestada la definición

<sup>9</sup> Como muy agudamente pone de manifiesto TAMARIT SUMALLA, el rigorismo penal en la materia produce efectos indeseados que repercuten negativamente en las víctimas reales, cuyas verdaderas necesidades, además, se desatienden. La victimización que supone entrar en contacto con el sistema de justicia penal es una cuestión que requeriría un trabajo independiente, pero, incluso dejando eso al margen, tiene razón TAMARIT en lo que dice de que dirigir los recursos hacia la respuesta penal que merece el culpable no sólo deja de lado la atención de la víctima y la adopción de otro tipo de medidas, sino que también dificulta el posible tratamiento del problema en origen, ya que la excesiva presión punitiva dificulta que el abusador asuma su responsabilidad y acepte tratar su problema (“¿Caza de brujas o protección de los menores?. La respuesta penal a la victimización de los menores a partir de la Directiva europea de 2011”, en VILLACAMPA ESTIARTE, C. (coord.), *Delitos contra la libertad ...op. cit.*, p. 103 y 104

<sup>10</sup> “Vademecum del legislador racional (y decente). Noventa reglas para una buena praxis legislativa en materia penal”, *Libertas. Revista de la Fundación internacional de Ciencias penales 2* (2014), p. 347-396. Del mismo, *La justificación de las leyes penales*, Tirant Lo Blanch, 2013, p. 19 y ss

<sup>11</sup> Como es sabido, entre nosotros ha tenido un eco singular el modelo de análisis de la racionalidad legislativa formulado por Manuel ATIENZA, quien propone un enjuiciamiento en cinco niveles. Los cuatro primeros (racionalidad lingüística, juridicoformal, pragmática y teleológica) de carácter instrumental, y un quinto nivel de racionalidad ética de carácter justificador. A su vez, estos cinco niveles están recorridos transversalmente por la eficiencia (*Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997). Entre otros muchos, asumen ese planteamiento, AGUILÓ REGLA, Josep, “Técnica legislativa y documentación automática de legislación”, en CARBONELL/PEDROZA, ed. *Elementos de técnica legislativa*, UNAM, Mexico, 2000, p. 249 y ss; DOMÍNGUEZ FIGUEIRIDO, Jose Luis, “Sociología jurídica y actualidad legislativa”, en BERGALLI (coord.), *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003, p. 264 y ss; del mismo, *Información policial sobre el delito y racionalidad penal. Análisis sociojurídico a partir del caso de drogas de síntesis*. Tesis doctoral, 2010, original por cortesía del autor, p. 117 y ss. La toma como punto de referencia, Jose Luis DIÉZ RIPOLLÉS (*La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, 2<sup>a</sup> ed. Madrid, 2013, p. 91 y ss), cuya propuesta sobre los contenidos de racionalidad que debería satisfacer toda decisión legislativa en materia penal también se estructura en cinco niveles. Sin embargo, difiere de ATIENZA en otras cuestiones. Para empezar, en el hecho de que en su modelo la racionalidad ética marca el ámbito de juego de las restantes racionalidades, la teleológica establecería los objetivos a satisfacer dentro de ese marco, y las restantes se sucederían en un orden de proyección decreciente de instrumentalidad. En cualquier caso, ambos autores coinciden en que la racionalidad legislativa es inalcanzable si no se produce la interrelación entre los diferentes niveles (cuestión más compleja es decidir acerca de los criterios para solventar los conflictos que entre los mismos se produzcan). Vid, asimismo, una

que ofrece Paredes acerca de qué significa justificar una norma jurídica: “significa - dice el citado autor- aportar razones suficientes- las más posibles- a favor de la conclusión de que, de entre todas las alternativas de decisión que estaban disponibles para el legislador (en un momento y lugar dados), la adoptada (dictar, en ese momento y en ese lugar, esa norma jurídica, con ese contenido prescriptivo) fue la más racional”<sup>12</sup>

La definición transcrita no debería suscitar, a mi juicio, particulares objeciones. A partir de ahí, sólo me permito subrayar dos cosas, que, pese a su obviedad, son ninguneadas en la práctica legislativa.

En primer lugar, que lo que hay que justificar es la intervención y no la falta de intervención penal. No existe nada parecido a un *deber* estatal de castigar o de castigar más duramente, cuestión central que demasiado a menudo se olvida y sobre la que volveré al abordar la proporcionalidad. Como ya señalaba Beccaria, siendo la necesidad “la basa sobre la que el soberano tiene fundado su derecho para castigar (...) cada uno no quiere poner en el depósito público sino la porción más pequeña que sea posible (...)”<sup>13</sup>, lo que afecta tanto a la decisión de castigar penalmente como a la consecuencia jurídica derivada de tal intervención. Hay quien habla, incluso, de un derecho a no ser criminalizado<sup>14</sup>. Es por ello, como se viene diciendo, que cuando se trata de justificar interferencias penales en la libertad individual no basta con apelar a una abstracta necesidad de tutela, sino que habrá que contar con razones que la avalen como una alternativa de decisión necesaria, esto es, preferible a otras de naturaleza diversa. Por otra parte, es claro que esas razones apelan a una justificación material y no meramente formal. No basta con que la justificación pueda predicarse del procedimiento de elaboración de la norma, sino que aquella debe extenderse al contenido de la misma. Pese a su evidencia, conviene recordarlo especialmente cuando se aborda el problema de la justificación en este tipo de “materias sensibles”, de las que el paradigma son los delitos que atacan la indemnidad/libertad sexual de los menores. Ante este tipo de infracciones, el legislador se parapeta tras una demanda social generalizada –cuestión que ahora no discuto pero sobre la que luego volveré– que es a la que atendería la norma, que, por consiguiente, gozaría del respaldo mayoritario. La cuestión es si el hecho de que una parte, incluso mayoritaria, de la sociedad, demande el endurecimiento de las penas constituye por sí misma una justificación democrática. Ese modo de justificar olvidaría que la democracia no se reduce a la voluntad y los deseos de la

pormenorizada exposición de estos y otros modelos de racionalidad en RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, S., *La evaluación de las normas penales*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 233 y ss

<sup>12</sup> “Vademecum del legislador racional...”, regla 1ª...op.cit.

<sup>13</sup> *Tratado de los delitos y las penas*, ed. Facsímil editada por Ministerio Justicia-Ministerio Cultura-Biblioteca Nacional, Madrid, 1993, p. 9 y 12

<sup>14</sup> Vid. HUSAK, D. *Sobrecriminalización*, cit. p. 162 y ss; En extenso, poco después BAKER, D.J (*The Right not to be Criminalized. Demarcating Criminal Law's Authority*, Routledge, New York, 2016), si bien convendría matizar que el contenido que cada autor da al mismo es distinto.

mayoría sino que tiene otras exigencias definitorias: es un sistema político de ciudadanos que se reconocen como iguales en dignidad y derechos y que pretenden gobernarse por mayorías que tomen decisiones racionalmente fundadas y respetuosas con la dignidad de todos. El principio democrático de que el poder debe estar en manos de la mayoría no puede confundirse con la pretensión, bien distinta, de que la mayoría en el poder no tenga que respetar ningún límite. Precisamente por ello, pese a la dificultad que comporta identificar los exactos contenidos de la racionalidad ética, existe cierto acuerdo en entender que determinados criterios limitadores del *ius puniendi* son exigencias inmanentes a la legitimidad de la norma. Son un *prius* para cualquier modelo de intervención político-criminal que decida adoptarse. En tanto que garantías limitadoras no es ni pretenden ser un conjunto de indicadores estratégicos al servicio de una determinada política criminal<sup>15</sup>. Pero sí fijan los parámetros donde aquella- cualquiera que sea- puede moverse y, en esa medida, son el primer paso para poder hablar de justificación racional de las normas.

Sin embargo, dos de aquellos principios, la ofensividad (o dañosidad) de la conducta y la proporcionalidad de la reacción, son probablemente los que salen peor parados en los delitos que nos ocupan.

## 2.1 *Ofensividad y bien jurídico como límite al castigo de la inmoralidad*

El legislador democrático debe estar en condiciones de justificar que la conducta incriminada penalmente lesiona o pone en peligro un bien jurídico digno de tutela penal. El problema que se suscita es que la vieja polémica acerca de la capacidad limitadora del bien jurídico<sup>16</sup> se agudiza en materias como los delitos contra la libertad sexual, que es, sin embargo, donde la teoría del bien jurídico ha cosechado aparentemente mayores réditos. No obstante, ese es también el ámbito en que resulta más difícil deslindar la conducta meramente inmoral de la, a su vez, socialmente dañosa. Ahora bien, no basta con apelar a la común afirmación de que el Derecho no puede proteger meros contenidos morales<sup>17</sup>. En cuanto a esto, no le

<sup>15</sup> Sobre este particular se ha pronunciado de una manera muy crítica, DIÉZ RIPOLLÉS, J.L., “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 2004,06-03, del mismo “El abuso del sistema penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 2017, 19-01

<sup>16</sup> Los avatares por los que atraviesa son muchos pero, pese a todo, no puede olvidarse que parte del resurgir de la idea de bien jurídico como límite al castigo de la inmoralidad (en sentido amplio) trae causa, en buena medida, de tendencias legislativas que pretenden imponer “comportamientos y discursos correctos”, sea en el ámbito de la sexualidad, sea en el del discurso público. Vid. entre las innumerables contribuciones sobre la materia, las que al respecto se contienen en HEFENDEHL, R. (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (ed. española a cargo de R. Alcacer, M. Martín e I. Ortiz de Urbina, ed) Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007. Aquí se utiliza la 1<sup>a</sup> edición. Hay una reedición de 2016 en la misma editorial sin cambios en el contenido.

Muy recomendable la completa visión que MIRÓ LLINARES ofrece del debate anglosajón acerca de los límites morales del derecho penal (parafraseando la conocida obra de FEINBERG), “La criminalización de conductas ofensivas”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2015 (17-23).

<sup>17</sup> En materia sexual, es ya un clásico la obra de DIEZ RIPOLLÉS, *El Derecho penal ante el sexo (límites, criterios de concreción y contenido del Derecho Penal sexual)*, Bosch, Barcelona, 1981, p. 12 y ss.

falta razón a Pawlik cuando afirma que dado que todo bien, sea bien jurídico o no, expresa una determinada moralidad (...) una contraposición entre los bienes jurídicos por un lado, y las meras inmoralidades por el otro, está condenada desde un comienzo al fracaso”<sup>18</sup>. Lo más razonable es, por tanto, cuestionar, la clase de moralidad en la que se asienta el pretendido bien jurídico. La cuestión es si- y aquí difiero de Pawlik- la frontera entre lo que es “meramente inmoral” y aquello que ya puede ser “relevante jurídico-penalmente” depende exclusivamente de las valoraciones sociales mayoritarias en un momento dado. De ser así es obvia la inutilidad del concepto de bien jurídico, pues, como señala el catedrático de Friburgo, “el concepto de bien jurídico, definido por oposición a la “inmoralidad”, solo entraría en juego cuando ya se han resquebrajado las representaciones de la moral correspondientes, básicamente, como consecuencia de una transformación de las condiciones marco sociales que las sostienen”<sup>19</sup>. Veamos ambas cosas por separado

### 2.1.1. *Las convicciones generales como criterio de selección de los bienes jurídicos penalmente tutelados: mitos y límites*

Dice Roxin, glosando el pensamiento de Stuckenberg, que “por desagradable que resulte, difícilmente podrá fundamentarse jurídico-constitucionalmente que se prohíba a una mayoría parlamentaria penalizar un comportamiento meramente inmoral”<sup>20</sup>. La siguiente pregunta es obvia ¿Aunque ese comportamiento tenga lugar en la esfera íntima y no involucre a un tercero? ¿Y tampoco puede jurídico-constitucionalmente prohibirse, por ejemplo, una legislación penal antiinmigración que agrave la responsabilidad en un delito por el hecho de ser su autor un inmigrante irregular?<sup>21</sup>. Soy consciente de que no son hipótesis enteramente parangonables.

<sup>18</sup> “El delito ¿lesión de un bien jurídico?”, *InDret*, abril 2016, p. 6

<sup>19</sup> Op. cit., p. 7.

PAWLIK ofrece como alternativa a la clásica teoría del bien jurídico, cuya capacidad limitadora niega por completo, lo que llama una teoría general de las competencias, que se sustancia en competencias de respeto (Respektierungszuständigkeiten) o dejar al otro como está, y competencias de fomento (Ermöglichungszuständigkeiten) que conllevan la obligación de contribuir a la salvaguarda. En virtud de la referida teoría, sólo en la medida en que alguien es competente en relación con la conservación de los intereses de otro, éstos merecen reconocimiento jurídico. Aquí no me puedo detener a analizar los problemas inherentes a este planteamiento. Pero en lo que sí acierta es en su crítica a la doctrina clásica del bien jurídico por estar elaborada al margen de la Constitución y en su empeño en subrayar que cuáles sean esas competencias-según su construcción- es algo que debe decidirse en el contexto jurídico que aquella marca. (vid. *Das Unrecht des Bürgers: Grundlinien der Allgemeinen Verbrehenslehre*, Mohr Siebek, Tübingen, 2012, p. 103)

<sup>20</sup> “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 2013, (15-01) p. 22

<sup>21</sup> La Corte Constitucional italiana no dudó al declarar la inconstitucionalidad de la conocida como agravante de clandestinidad, que, según el Tribunal, representaba una flagrante vulneración de los principios de ofensividad e igualdad.

En la sentencia n. 249 de 8 julio 2010 declaró que "Il rigoroso rispetto dei diritti inviolabili implica l'illegittimità di trattamenti penali più severi fondati su qualità personali dei soggetti che derivino dal precedente compimento di atti «del tutto estranei al fatto-reato», introducendo così una responsabilità penale d'autore «in aperta violazione del principio di offensività»(...) "il principio costituzionale di eguaglianza in

Aún así las planteo porque el dogma de las convicciones generales como paradigma de la democracia no se anda con tantas sutilezas y el peligro de ir por esos derroteros es absolutamente real y lo tenemos a la puerta. Baste pensar en cómo cobran fuerza en Europa populismos cuyo extremismo se proyecta también, claro está, en la política criminal que defienden. ¿Carece el Estado de Derecho- los *principios materiales* del Estado de Derecho- de legitimidad para oponerse a la tiranía de la mayoría?

### 2.1.2. *El mito del discurso punitivista como discurso mayoritario*

Como dice Paredes, “no puede afirmarse seriamente que el discurso punitivista sea una manifestación de la democracia en acción, esto es, un reflejo fiel de las creencias generalizadas entre los integrantes del pueblo soberano. Pues, por el contrario, se ha demostrado también que el discurso punitivista tiene autores y causas (micro-sociales) bien determinadas, que no tienen que ver necesariamente con lo que la mayoría de los electores piensan, (...) sino con lo que se hace pasar (mediante una magistral manipulación ideológica) por tal”<sup>22</sup>.

Aquí no es posible entrar en el rimero de problemas asociados al tema de la opinión ciudadana acerca del castigo y la justicia penal. Quede, no obstante, sentado desde el principio que no se cuestiona que corresponda a la ciudadanía -y no a los supuestos expertos- decidir acerca de la justicia penal. Ese es, no se olvide, el fundamento político del principio de legalidad. El asunto es otro: ¿de qué hablamos cuando decimos que la opinión pública quiere una u otra cosa en materia criminal?. En diferentes trabajos, Varona Gómez se ha ocupado muy acertadamente de poner de manifiesto con datos empíricos que esa genérica apelación a las demandas sociales es una construcción política y mediática asentada sobre dos gigantes con pies de barro: de un lado, construida con métodos poco fiables de medición de esa opinión y, de otro, basada en la desinformación, la ausencia de debate y la preeminencia de emociones como la ira o el miedo<sup>23</sup>, por lo que, como subraya Paredes, el

generale non tollera discriminazioni fra la posizione del cittadino e quella dello straniero", (...) L'aggravante infatti non rientra nella logica del maggior danno o del maggior pericolo per il bene giuridico tutelato dalle norme penali che prevedono e puniscono i singoli reati.(...) "La qualità di immigrato «irregolare» diventa uno “stigma”, che funge da premessa ad un trattamento penalistico differenziato del soggetto, i cui comportamenti appaiono, in generale e senza riserve o distinzioni, caratterizzati da un accentuato antagonismo verso la legalità. Le qualità della singola persona da giudicare rifluiscono nella qualità generale preventivamente stabilita dalla legge, in base ad una presunzione assoluta, che identifica un «tipo di autore» assoggettato, sempre e comunque, ad un più severo trattamento.(...) Ciò determina un contrasto tra la disciplina censurata e l'art. 25, secondo comma, della Costituzione”.

<sup>22</sup> “Punitivismo y democracia: Las “necesidades sociales” y la “voluntad popular” como argumentos político-criminales”, *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, nº 4, 2016 (julio), p. 178. Vid. también BRANDÁRIZ GARCÍA, José Angel, *El gobierno de la penalidad*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 75 y ss.

<sup>23</sup> *El debate ciudadano sobre la justicia penal y el castigo: razón y emoción en el camino hacia un Derecho penal democrático*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo, 2016; “Opinión pública y castigo: la investigación sobre las actitudes punitivas en España”, en MIRÓ / AGUSTINA / MEDINA /



“populismo punitivo” ha de ser visto como la manifestación, en el ámbito de la política criminal, de la baja calidad de la democracia”, que cuanto más baja sea menos próxima está a la democracia real<sup>24</sup>. Estas consideraciones enlazan, por otra parte, con dos cuestiones de crucial importancia: a) el verdadero papel que los medios de comunicación tienen en la conformación de esa opinión y b) el modo en que el legislador se sirve de una supuesta presión creada por aquellos como coartada defensiva para eludir sus responsabilidades y también para apartar a los expertos de los procesos de toma de decisiones<sup>25</sup>. Otros colegas<sup>26</sup> se han ocupado en profundidad de estas cuestiones que aquí sólo se apuntan con el fin de subrayar que, sin menospreciar el impacto que los medios tienen en la conformación de la opinión pública, me parece ingenuo que se los convierta en el chivo expiatorio y se achaque prioritariamente a la presión mediática la devaluación del papel del Parlamento<sup>27</sup>. Para empezar habría que evaluar en qué medida los medios son instrumentalizados por intereses de los partidos<sup>28</sup> y especialmente por el que está a la cabeza del Gobierno, que es desde donde se ejerce la verdadera presión ya en fase prelegislativa. El Grupo parlamentario no suele ser crítico con las propuestas gubernamentales y de ahí pasan al Parlamento sin casi espacio de juego. El caso de la reforma penal de 2015 es paradigmático y, si dejamos al margen el mediático tema de la prisión permanente, acierta González Cussac al afirmar que ésta ha sido una especie de “reforma clandestina con un seguimiento muy débil en los medios de comunicación, que finalmente ha sorprendido a la sociedad cuando ya estaba aprobada”<sup>29</sup>

SUMMERS (ed) *Crimen, oportunidad y vida diaria. LH al profesor Marcus Felson*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 711 a 732; “Percepción y elección del castigo en España. Resultados a partir de la Encuesta Social Europea” *Cuadernos de Política Criminal* 111 (2013), p.145 a 192; “¿Somos los españoles punitivos?: actitudes punitivas y reforma penal en España.” *InDret. Revista para el Análisis del Derecho* 1/2009, p. 1 a 31. “Ciudadanos y actitudes punitivas: un estudio piloto de la población universitaria española.” *Revista Española de Investigación Criminológica* 6 (2008).

<sup>24</sup> “Punitivismo y democracia...”, op. cit., p. 189 y 190.

<sup>25</sup> Cuestión distinta es dónde y cómo deban ser oídos (vid. v.g. VARONA GÓMEZ, *El debate...*, op. cit., p. 171 y ss y cfr. la propuesta de PAREDES CASTAÑÓN, que deja la racionalidad ética en manos de la ciudadanía, mientras que considera que las cuestiones de racionalidad instrumental debieran quedar en manos de expertos “Punitivismo y democracia...”, op. cit. especialmente, p. 191 y ss)

<sup>26</sup> Vid. GARCÍA ARÁN/BOTELLA/REBOLLO/BAUCELLS/PERES, *Malas Noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009; LÓPEZ AGUILAR, “La democracia mediática: la legislación parlamentaria y los medios de comunicación”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (dir) *La proliferación legislativa:...*, op. cit., p. 589 a 610.

<sup>27</sup> Entre otros muchos y con ulteriores citas, RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, *La evaluación...*, op. cit., p.48 y 49 y 52 y ss

<sup>28</sup> Como señala VARONA GÓMEZ, los medios son agentes que defienden sus propios intereses pero, por otra parte, son el escenario donde otros actores pugnan por poner en primer término sus intereses y, por tanto, un punto crucial del análisis de la agenda-setting es el de dilucidar si el poder para tematizar la agenda es un poder autónomo de los medios, que éstos ejercen en función de sus propios intereses, o más bien es el reflejo de otras luchas de poder (“Medios de comunicación y punitivismo”, *InDret* 1/2011)

<sup>29</sup> “Señas de identidad de la reforma penal de 2015: Política criminal e ideología”, en *Teoría & Derecho*, nº 17, 2015, p. 17. Muy crítica, L. ZULOAGA pone el acento en la estrategia política y comunicativa de las fuerzas políticas. La autora subraya el hecho de que detrás del miedo, la inseguridad, etc en los medios de comunicación-aunque no sean inocentes- estén, en realidad, las agendas de los partidos (*El espejismo de la Seguridad ciudadana, Claves de su presencia en la agenda política*) Los libros de la catarata, Navarra, 2014 (*passim*)

### 2.1.3. *La democracia como límite a las convicciones generales*

Podrá decirse que, pese a lo expuesto, hay casos en donde no cabe duda acerca de cuál es la opinión realmente mayoritaria y que ésta puede ser, incluso, una opinión bien informada. Este podría ser el caso de una ley aprobada en referéndum tras un proceso deliberativo sin tachas que lo invaliden. Aún así, un modelo de gobierno que se pretenda democrático debe contar con mecanismos que tutelen los presupuestos y reglas definatorias del Estado de Derecho. El procedimiento de decisión, entendido en su sentido más amplio, y el respeto a los derechos fundamentales son condiciones internas de validez de la decisión democrática.

En relación con esta cuestión, resulta oportuno traer a colación la conocida polémica que se suscitó con ocasión de la segunda conferencia Macabea que Lord Devlin pronunció en 1958 en la Academia Británica bajo el título “La imposición de la moral”<sup>30</sup>. Como es sabido, el objetivo era explicar por qué una sociedad puede imponer con la fuerza del Derecho sus convicciones morales y, a tal efecto, Lord Devlin se sirvió de un tema entonces candente: el castigo de la homosexualidad practicada entre adultos y en privado<sup>31</sup>. La tesis central de la misma podría resumirse del modo siguiente: la mayoría tiene el derecho a seguir y proteger sus propias convicciones morales; dicho en otros términos: si una comunidad ha alcanzado un consenso moral acerca de la inmoralidad de una conducta, el principio democrático autoriza al Derecho a sancionar las conductas que se opongan al mismo en tanto en cuanto esa práctica pueda amenazar la existencia-cohesión de la sociedad. La sociedad se mantiene unida, dice el autor, no por la cohesión física sino por los lazos invisibles de la opinión común. El sometimiento a esa moral común es una de las cargas de la sociedad y la humanidad, que necesita a la sociedad, debe pagar ese precio; “si quiere vivir en la casa, debe aceptarla tal como está construida”<sup>32</sup>. Bien es verdad, como Devlin precisó ante las objeciones de Hart, que el autor no defendía la intervención del Derecho ante cualquier desviación de esa suerte de moralidad común, sino sólo ante aquellas en que tal cosa supusiese un peligro para la existencia de la sociedad. Tal cosa, a juicio del autor, no se produce por el simple hecho de que una práctica repugne a una mayoría, sino que “es menester que haya un verdadero sentimiento de reprobación” o, como también decía, de “intolerancia, indignación y repugnancia”<sup>33</sup>. Con ese criterio, sin embargo, acababa por asimilar

<sup>30</sup> Vid. en el libro con ese mismo título (*The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, 1965), asimismo, “La moral y el Derecho penal”, en DWORKIN, R. (ed.), *Filosofía del Derecho*, Fondo de cultura económica, Méjico, 1980, p. 128 y ss

<sup>31</sup> De hecho, expresaba su opinión al hilo del informe del Comité sobre delitos homosexuales, conocido como Informe Wolfenden, una de cuyas recomendaciones era la de dejar de considerar delitos esos comportamientos, que se consideraban pertenecientes al ámbito de la moralidad privada.

<sup>32</sup> “La moral y el Derecho penal...”, cit. p. 141

<sup>33</sup> En efecto, como DEVLIN precisó ante las objeciones de HART, el autor no sostenía la intervención del Derecho ante cualquier desviación de esa suerte de moralidad común, sino sólo ante aquellas en que tal cosa supusiese un peligro para la existencia de la sociedad. Tal cosa, a juicio del autor, no se produce por el

el peligro que se deriva de contravenir el código moral común con el que representa alzarse contra el gobierno y sus instituciones<sup>34</sup>. Tal cosa se explica por el hecho de que para Devlin las opiniones morales de una sociedad se determinan según el parecer del hombre medio- el hombre del autobús de Clapham-, que, como el autor precisa, “no hay que confundir con el hombre racional. No se le pide que razone sobre un tema, y su dictamen puede ser principalmente cuestión de sensibilidad”<sup>35</sup>. Ahí radica, claro está, una parte importante del problema. ¿Es aceptable en una sociedad democrática servirse de tal parámetro para decidir si estamos ante un consenso moral?. Como puntualiza Díez Ripollés, el hecho de aceptar que en una sociedad democrática las creencias compartidas y las convicciones generales son un ineludible criterio a la hora de adoptar una decisión legislativa no autoriza a obviar ni los problemas consustanciales que plantea el desarrollo de tal criterio, ni las objeciones que se le formulan<sup>36</sup>.

De igual modo, Ronald Dworkin<sup>37</sup> lejos de banalizar- como hicieron algunos en su tiempo- las tesis de Devlin trató de enjuiciar la validez de sus argumentos en sus propios términos y negó que determinados criterios fueran admisibles de cara a fijar una posición moral: los prejuicios- los homosexuales “no son verdaderos hombres”<sup>38</sup>, las reacciones emocionales- “los homosexuales me enferman”<sup>39</sup>-, las proposiciones de hecho no verificables – “los actos homosexuales debilitan físicamente”<sup>40</sup>-, o las creencias ajenas- “todo el mundo sabe que la homosexualidad es un pecado”<sup>41</sup>-, no pueden ser utilizados para definir qué es una posición moral y, por ende, los principios democráticos que seguimos no requieren que se imponga el consenso, porque los prejuicios y las aversiones personales no justifican la restricción de la libertad ajena, que ocupa, por derecho propio, un lugar fundamental y crítico en el sistema democrático y en la propia moralidad popular<sup>42</sup>.

Pues bien, la misma insuficiencia que Dworkin predicaba del recurso a la moralidad popular en su puro sentido antropológico (refiriéndolo a cualesquiera actitudes del grupo acerca de la corrección de una conducta), como justificación de la ley, cabe

simple hecho de que una práctica repugne a una mayoría, sino que “es menester que haya un verdadero sentimiento de reprobación” (op. cit. p. 147, nota 20 y p. 153; de “intolerancia, indignación y repugnancia” habla en *The Enforcement...*, cit., p. 17).

<sup>34</sup> De ahí el título (“Inmoralidad y alta traición”) que HART dio a su contestación, publicada originalmente en 1959 (30/07) en *The Listener*. Vid traducido en DWORKIN, R. (ed.), *Filosofía del Derecho...*, cit., p. 159 y ss. Vid. asimismo *Derecho, libertad y moralidad (Las conferencias Harry Camp en la Universidad de Stanford)*, traducción y estudio preliminar de Miguel Ángel Ramiro Avilés, Madrid, Dykinson, 2006

<sup>35</sup> “La moral y el Derecho penal”, cit., p. 150. En ese mismo lugar, dice: “Es la fuerza del sentido común, y no el poder de la razón, lo que respalda las opiniones de la sociedad” (p. 154)

<sup>36</sup> De ambas cuestiones se ocupa en *La racionalidad...*, op. cit. p. 189

<sup>37</sup> “Libertad y moralidad”, en *Los derechos en serio*, 1ª ed. Barcelona, 1984, p. 349 y ss

<sup>38</sup> Op. cit. p. 360

<sup>39</sup> Op. cit. p. 361. Como bien puntualiza, “la posición moral justifica la reacción emocional pero no a la inversa” (ibídem)

<sup>40</sup> Op. cit. p. 361

<sup>41</sup> Op. cit. p. 361

<sup>42</sup> Op. cit., p. 366.

predicarlo de cualquier otra convicción, por general que sea, que se oponga al conjunto de condiciones inmanentes al modelo de gobierno democrático, que son las que marcan los límites infranqueables de lo que se puede o no se puede castigar.

#### 2.1.4. *La concepción procedimental del bien jurídico de Vives Antón*

De cuanto se lleva expuesto, resulta que las únicas limitaciones impuestas al legislador surgen de las exigencias derivadas del Estado de Derecho plasmadas en las Constituciones democráticas. Eso es algo en lo que creo que estarían, en principio, de acuerdo la mayoría de teóricos del bien jurídico, conscientes de que ese papel no puede desempeñarlo ni la más elaborada de nuestras concepciones dogmáticas. El asunto es que el modo tradicional de abordar la cuestión del bien jurídico no se ajusta a esa afirmación tan cierta. En el fondo, son muchos quienes creen que los mayores réditos que la causa del bien jurídico puede ofrecer vendrán de la mano de nuevas construcciones conceptuales (v.g el esquema de los tres escalones de protección de Heinrich o las nueve directrices de Roxin).

Frente a ese planteamiento – y a cualquier teoría de la criminalización general-, Vives Antón<sup>43</sup> ha tratado de poner de manifiesto que para que el bien jurídico pueda ofrecer una justificación racional de la limitación de la libertad hay que dejar de definirlo en términos de objeto, que preexiste al Derecho y que reúne en su seno, como si se tratara de una clase unitaria, a una multiplicidad de valores e intereses a los que, pese a su diversidad irreductible, se acaba otorgando idéntico tratamiento. Desde la perspectiva clásica- como ha objetado el citado autor - todos los bienes jurídicos acaban sufriendo una suerte de nivelación: todos se definen igualmente por más que la función que han de desempeñar –la de justificar el castigo- sea incompatible con esa nivelación, pues aquella depende de la naturaleza y entidad de la injerencia en las libertades que el delito y la pena representan<sup>44</sup>. Por ello, el autor propone una concepción procedimental del bien jurídico. Esta concepción representa, antes que nada, un modo distinto de concebir el problema: 1) el bien jurídico no es un objeto y, por tanto, carece de sustantividad; 2) no es un concepto general, sino el primer tópico en torno a la justificación de la norma- “un momento del proceso de justificación racional de la limitación de la libertad”<sup>45</sup>-, que, como tal, exige una justificación caso por caso y no admite, por ende, ser reconducido a un concepto general, 3) al ser concebido en términos de justificación se alza como un límite al legislador porque no basta con que aquél escoja por el procedimiento democrático los que considere dignos de tutela, sino que es necesario que tales

<sup>43</sup>VIVES ANTÓN, T.S., “Sistema democrático y concepciones del bien jurídico” *Fundamentos del sistema penal*, 2ª ed. Valencia, 2011, pág., p. 829 a 832.

<sup>44</sup>Tiene, pues, razón MIRÓ LLINARES cuando advierte del error que representa dar una respuesta general a la cuestión de la criminalización de conductas ofensivas sin entrar en el concreto análisis de cada una de ellas (“La criminalización de conductas ofensivas”, .. op. cit. p. 45)

<sup>45</sup>VIVES ANTÓN, T.S., “Sistema democrático y concepciones del bien jurídico”, op. cit., p. 829

bienes pasen el cedazo de la Constitución y el más espeso tamiz representado por el contenido de los derechos fundamentales, desde los que se decide hasta qué punto y en qué sentido una determinada prohibición penal resulta legítima. Es decir, ese límite no se halla expresado en un concepto, sino que remite a los diversos preceptos constitucionales y a sus tradiciones interpretativas: a partir de ellas se trazan los límites que el legislador no puede rebasar a la hora del castigo y, por lo tanto, aquellos objetos y valores de la vida social susceptibles de ser protegidos penalmente y aquellos que no lo son. El bien jurídico así entendido es lo que nos permite negar esa condición a cualquier supuesto valor de la vida social cuya tutela invada el contenido esencial de un derecho fundamental. En tal caso, ese supuesto valor, que puede serlo desde una perspectiva estrictamente sociológica o naturalística<sup>46</sup>, no podría ser considerado desde la perspectiva constitucional un bien. De ese modo, “la idea de bien sirve de intermediario entre la norma constitucional y la penal, conservando así el papel básico que se le ha venido atribuyendo por la doctrina mayoritaria”<sup>47</sup>

Desde esa perspectiva, resulta más sencillo justificar por qué determinadas imposiciones de la moral resultan inadmisibles.

Tomemos como ejemplo el conocido caso resuelto en *Lawrence v. Texas*, 539 U.S.558 (2003)<sup>48</sup>. Dos hombres adultos- Lawrence y Garner- fueron sorprendidos manteniendo relaciones sexuales en su apartamento de Houston, donde la policía entró tras denunciarse por un tercero la existencia en el mismo de un altercado con armas. Fueron arrestados y condenados porque, de acuerdo con el Tex. Penal Code Ann. §21.06(a) (2003), el sexo anal entre personas del mismo sexo era una conducta sexual desviada. Años atrás, en *Bowers v. Hardwick*, 478 U. S. 186 (1986)<sup>49</sup>, la Corte Suprema había estimado que la ley de Georgia que prohibía el sexo anal en privado y entre adultos era constitucional y que la creencia social acerca de la inmoralidad de una práctica era razón suficiente para que el legislador la prohibiese, argumento que también comparten los jueces disidentes en *Lawrence*<sup>50</sup>. Por el

<sup>46</sup> V.g. sancionar penalmente el hecho de fumar aunque sea en el propio domicilio, o seguir una dieta poco saludable o, por qué no, castigar la tentativa de suicidio de progenitores con hijos menores a su cargo. Y a la misma conclusión cabría llegar, por recurrir a un tipo de ejemplos vinculados a la errónea idea de que existen deberes de criminalización, si el legislador para cumplir con deberes prestacionales situase éstos al mismo nivel que los derechos fundamentales pese a que es claro que aquellos no pueden entrar en ponderación con derechos que constituyen condiciones de legitimidad de todo el sistema.

<sup>47</sup> “Sistema democrático y concepciones del bien jurídico” op. cit.p. 832

<sup>48</sup> Puede consultarse, además de en el repertorio oficial, en: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/539/558>.

<sup>49</sup> En este caso, *Hardwick* había sido condenado por mantener relaciones con otro varón conforme a la ley de Georgia, que prohibía el sexo anal tanto en las relaciones con personas del mismo sexo como en las heterosexuales. Esta y otras cuestiones en las que aquí no podemos entrar se tomaron en consideración para decidir en *Lawrence*. De interés, por anunciar el cambio de criterio: *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U. S. 833 (1992) y *Romer v. Evans*, 517 U. S. 620 (1996)

<sup>50</sup> Vid especialmente el voto particular del juez Scalia en *Lawrence*, que, si bien encierra una complejidad que aquí no puede analizarse, contiene afirmaciones como estas “It seems to me that the “societal reliance” on the principles confirmed in *Bowers* and discarded today has been overwhelming. Countless

contrario, la mayoría estima que la doctrina sentada en *Bowers* ni era correcta cuando se decidió ese caso, ni lo era ahora, por lo que debía ser corregida. La cuestión no es, obviamente, si hay un derecho constitucional a mantener sexo anal, sino si hay un derecho constitucional a no ser sancionado por ello. En tanto que no estamos ni ante menores, ni ante conductas públicas, sino ante adultos que deciden libremente y cuya conducta se desarrolla en un ámbito privado, “su derecho a la libertad amparado por la Due Process Clause, les confiere el pleno derecho a entablar relaciones sin la intervención del gobierno”. “La ley de Texas- concluyen- no fomenta ningún interés legítimo del Estado que pueda justificar su intrusión en la vida personal y privada del individuo “

Y lo anterior es independiente- y presupuesto previo- del hecho de que el legislador decidiera- como era el caso- sancionar esa práctica con una sanción moderada. El límite representado por el bien jurídico no puede verse sustituido por el principio de proporcionalidad. Todo ello sin perjuicio de que sea a tal principio a quien corresponda, como a continuación veremos muy someramente, profundizar en ese proceso de justificación racional.

## ***2.2. El principio de prohibición de exceso (o proporcionalidad en sentido amplio) como criterio de cierre: la inadmisibilidad de un principio de proporcionalidad invertido***

No creo que nadie discutiese que la prohibición de exceso es un criterio clave en el proceso de justificación de las normas penales, cuya proporcionalidad, como señala De la Mata Barranco<sup>51</sup>, depende tanto de lo que prescribe o prohíbe como de la consecuencia que se anuda a su incumplimiento. Es decir, que no basta con que determinadas conductas produzcan de hecho un daño social sino que un legislador racional debe estar en condiciones de justificar que el recurso al instrumento penal es adecuado para tutelar el bien (adecuación a fin), es necesario a tal efecto (necesidad) y lo hace guardando la justa proporción entre el daño que la conducta representa y el mal en que toda pena consiste (proporcionalidad en sentido estricto). La polémica, sin embargo, está servida si lo que se pretende es sacar consecuencias prácticas para hipótesis que, de acuerdo con determinados planteamientos, supusiesen una vulneración de tales exigencias. En efecto, sobre el principio de prohibición de exceso se han escrito- yo misma lo he hecho- ríos de tinta pero se ha discutido casi todo: desde su utilidad a su caracterización como principio v. regla. Por su

judicial decisions and legislative enactments have relied on the ancient proposition that a governing majority's belief that certain sexual behavior is “immoral and unacceptable” constitutes a rational basis for regulation” o esta otra: “Today's opinion is the product of a Court, which is the product of a law-profession culture, that has largely signed on to the so-called homosexual agenda, by which I mean the agenda promoted by some homosexual activists directed at eliminating the moral opprobrium that has traditionally attached to homosexual conduct”.

<sup>51</sup> *El principio de proporcionalidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 128, 129 y 289.

parte, aunque es cierto que el Tribunal Constitucional ha ido profundizando en su contenido, su capacidad como criterio de control de la actividad legislativa es claramente insuficiente, pues basta repasar los casos enjuiciados bajo su órbita para comprobar que tanto la adecuación a fin, como la exigencia de necesidad y sus dos consecuencias inmediatas (fragmentariedad y subsidiaridad) siguen siendo esas redes de mallas anchas a las Hirschberg reprochaba su incapacidad para servir de cedazo<sup>52</sup>.

Sin embargo, aquí no interesa profundizar en el contenido del principio, por lo que tampoco me extenderé en citas. Lo que deseo subrayar es la tendencia cada vez más acentuada a admitir una suerte de principio de proporcionalidad invertido, según el cual, existiría un deber estatal de castigar determinadas conductas y de hacerlo con penas disuasorias. A ese proceso de inversión del sentido de los principios constitucionales se ha referido recientemente Vives Antón poniendo de manifiesto la vulneración que ello representa no sólo para los principios constitucionales del Derecho penal material, sino también para las garantías del proceso penal y, muy singularmente, para la presunción de inocencia<sup>53</sup>. Tal cambio de perspectiva, que tiene su origen en el debate alemán subsiguiente a la aprobación de la Ley Fundamental de Bonn, implica subvertir la idea de los derechos constitucionales como límites frente al poder, ya que al imponer una suerte de prohibición de infraprotección (*Untermassverbot*) impone deberes de penalización incompatibles con un correcto entendimiento de lo que son tales derechos<sup>54</sup>. Entre nosotros no falta quien defienda esa idea<sup>55</sup>; pero lo verdaderamente preocupante, es que el legislador es su máximo adalid. Basta repasar las Exposiciones de Motivos (últimamente meros Preámbulos) para comprobar la habitualidad con que se esgrime la proporcionalidad para justificar la intervención penal, que de ese modo acaba convertida en fundamento – como acto debido- en lugar de límite del castigo, al

<sup>52</sup> Tanto es así que ninguna de las sentencias de nuestra jurisprudencia constitucional encargadas de examinar la proporcionalidad en sentido amplio de una norma penal repara siquiera en su supuesta inadecuación. Ante el cuestionamiento de una norma sancionadora, la idoneidad es una cuestión en la que o bien no se entra o bien se le presume como ligada naturalmente a la eficacia preventiva que solemos asignar a la pena y parecida suerte sigue en enjuiciamiento de la máxima de necesidad, que, entendida como ausencia de alternativas menos gravosas, nunca ha motivado la crítica constitucional al legislador ordinario (vid. v.g. SSTC 55/1996 (F.J: 8º); 161/1997 (FJ 11º) o AATC 63/2004 (FJ 4º), 233/2004 (FJ 5º) y 332/2005 (FJ 5º).

<sup>53</sup> “*Nullum crimen sine lege*: comisión por omisión y dogmática penal”, *Teoría & Derecho*. Nº 20/2016, p. 200 y 201

<sup>54</sup> Vid. NEUMANN, U, con ulteriores citas “El principio de proporcionalidad como principio limitador de la pena” (traducción de Sánchez-Ostiz), en SÁNCHEZ-OSTIZ, P (ed.) *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, 2012, p. 201, en

<sup>55</sup> Vid.vg. SÁNCHEZ-OSTIZ, P. “Sobre la proporcionalidad y el principio de proporcionalidad en derecho penal”, en LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio /RUSCONI, Maximiliano, *El principio de proporcionalidad penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2014, p. 530 y 531. En contra, además de VIVES, ya citado, y quien suscribe, se muestran contrarios a esa configuración contradictoria del principio limitador, LASCURAÍN (op. cit) y LAMARCA PÉREZ, C. (*El principio de proporcionalidad y el control constitucional de las leyes penales*, Colex, Madrid, 2011, p. 38 y 39). De la misma opinión, CAAMAÑO, F. *La garantía constitucional de la inocencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 34 y ss

tiempo que el constante aumento de las penas se ampara en el sofisma de la proporcionalidad con el daño causado. De hecho, en la propia Memoria de impacto normativo que obligatoriamente acompañaba el Anteproyecto se alude a la proporcionalidad como criterio que atiende a los efectos preventivos de la pena, de ahí que se concluya que “la pena es proporcionada a la gravedad del delito porque es una respuesta frente al mismo mediante la cual el Estado- titular único del *ius puniendi*-restablece la confianza en la vigencia de la norma penal quebrantada”<sup>56</sup>

El impacto que en la actual política criminal viene teniendo la idea de que existe un deber estatal de castigar y de hacerlo con la dureza que se deriva de la aplicación de puros criterios retributivos también cobra fuerza en el TEDH, que, como ha señalado críticamente Tomás-Valiente Lanuza ha sufrido una evolución muy relevante, ya que del reconocimiento de unas obligaciones inicialmente perfiladas de modo muy limitado, se ha pasado a reconocer con carácter general “deberes de protección de la sociedad frente al sujeto genéricamente peligroso”<sup>57</sup>

La importancia del fenómeno es, pues, incuestionable y sus efectos son tan demoledores que el asunto merecería un estudio independiente. Me limitaré, sin embargo, a reproducir lo que en relación con esta cuestión ha escrito Lascuráin. Dice así:

“Existe entonces un principio de proporcionalidad inverso? ¿Debe el legislador incrementar la pena cuando ello no sea contrario al principio de proporcionalidad directo y depare un mayor incremento de la protección del que supone la pena? (...) ¿podríamos decir que es desproporcionada una norma que castigara las agresiones sexuales de un modo excesivamente leve?”

Las preguntas son diferentes. Una cosa es que el legislador deba mejorar la sociedad, lo que constituye para él una directriz insoslayable, y otra que dicha directriz constituya un principio. No parece desde luego lo mejor catalogar así este criterio políticocriminal y asignarle las consecuencias propias de los principios que se conciben y se estructuran como un freno a la voracidad punitiva del Estado, pero no como un acicate a su inapetencia. De hecho, a su mención suele acompañarse el calificativo limitadores en referencia al *ius puniendi* del Estado (...)

El reconocimiento de la proporcionalidad como principio conduce a que se entienda que su quiebra lo es la del derecho fundamental desproporcionadamente tratado: a que exista una especie de derecho a la proporcionalidad como parte del derecho restringido por la pena. La inversión del principio de proporcionalidad invitaría a ese mismo planteamiento en relación con el bien más eficazmente protegible, llevando a la poco asumible consecuencia de que en general la falta de protección de un bien o un derecho equivale a su vulneración. A mi juicio- concluye- un Estado que no proteja un determinado bien o derecho, o que no lo haga suficientemente, es un mal Estado, un Estado incumplidor de sus funciones, pero no tanto como un Estado vulnerador o me-

<sup>56</sup> Memoria de análisis de impacto normativo del Anteproyecto de ley orgánica por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre de Código penal, p. 72.

<sup>57</sup> Op. cit., p. 42 y 52 y ss. Muy crítico con esta orientación del TEDH, VIVES ANTÓN, *Nullum crimen sine lege*, op. cit. p. 201



noscabador del bien o derecho. Si lo fuera, por cierto, lo sería por omisión, y nos topáramos con las dificultades constitucionales de corregir y enmendar al legislador soberano pasivo”<sup>58</sup>

Así es, nada más paradójico que alegar un principio limitador del poder punitivo del Estado como justificación del ejercicio de ese mismo poder. Por otra parte, resulta, como Vives ha dicho, que la idea de que a toda lesión ilícita de un bien jurídico le corresponda una respuesta penal es tan imposible como indeseable, pues daría paso a una sociedad insufrible<sup>59</sup>.

### 3. ¿La eficacia y eficiencia como bandera de la intervención?

Aunque a menudo separemos artificiosamente el discurso “garantista” y el de la eficacia, el proceso de justificación de las normas es circular y no hay justificación posible al margen de las garantías. Aún así, un legislador que enarbola la bandera de la intervención en pro de la eficacia debe estar, al menos, en condiciones de ofrecer buenas razones en términos estrictamente utilitarios. Para empezar, deberá explicar por qué es insuficiente la legislación hasta el momento vigente, así como la mayor utilidad que cabe predicar de la que viene a sustituirla. En caso contrario, un riguroso control de la constitucionalidad de la ley debería expulsar del ordenamiento las normas penales que limitan derechos fundamentales innecesariamente. Sin embargo, el grado de desarrollo que actualmente tiene el control de constitucionalidad de las leyes no alcanza a integrar en el mismo lo que sería un verdadero control material de la racionalidad legislativa. Tomemos como ejemplo el castigo de la posesión de pornografía infantil (art. 189.1, b) o la elevación a 16 años de la edad para consentir en el ámbito sexual, dos decisiones legislativas ampliamente cuestionadas. Sin embargo, ambas pasarían, a mi juicio, un eventual control de constitucionalidad. El mero hecho de que resulte involucrada la indemnidad sexual de menores facilita extraordinariamente la tarea desde la perspectiva de la ofensividad y también, con su actual diseño, desde la óptica del principio de prohibición de exceso, sin que, por otra parte, ciertos reparos de legalidad que podrían hacerse permitan albergar más esperanzas al respecto. Algunas dificultades pudieran tal vez arrostrar los constantes incrementos de pena que se han venido produciendo en los delitos que nos ocupan (paradigmático el caso de los abusos a menores de cuatro años, hasta el punto de que un mero tocamiento tiene asignada pena de prisión de 4 a 6 años). Aún así, ni el principio de proporcionalidad ha alcanzado ni es de esperar que alcance en breve un grado de desarrollo tal como criterio de control de la constitucionalidad que permita expulsar estas normas del ordenamiento por infracción del mismo. A menos que el primado de la necesidad inherente al principio de

<sup>58</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., “ Cuándo penar, cuánto penar”, p. 315 y 316, en LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. /RUSCONI, M., *El principio ....op.cit*

<sup>59</sup> “La reforma penal de 2015...., ob cit. p. 38

proporcionalidad en sentido amplio se desarrolle convenientemente y se convierta en un verdadero filtro material de la legitimidad de la intervención. En un control con ese alcance, la exigencia de evaluación normativa ocuparía un lugar central. Esta es, sin embargo, una cuestión en la que ahora no me detendré y a la que dedicaré unas líneas conclusivas para sumarme a la opinión de quienes estiman imprescindible integrar dicha exigencia en el seno de los principios constitucionales con el fin de asegurar un verdadero control, formal y material, de las previsiones constitucionales que rigen la elaboración de las leyes. De momento, interesa poner de manifiesto cuál es el estado en que se encuentra la evaluación normativa en España para constatar que la mayoría de las reformas emprendidas en el derecho penal sexual no son el fruto de un estudio previo que haya evaluado su eficacia y eficiencia para tutelar la libertad o indemnidad sexual de las personas. Como veremos, en este ámbito sucede que, al igual que en otras materias penales, la ausencia de toda evaluación, *ex ante* y *ex post*, es manifiesta, por lo que el balance en términos de justificación instrumental es claramente negativo.

#### 4. La (inexistente) evaluación de las normas penales en España. La ley 40/2015 y el RD 286/2017 ¿una razón para la esperanza?

Antes de entrar en el concreto caso de las reformas en materia de indemnidad sexual de los menores, repasaremos muy someramente el estado general en que se encuentra la evaluación<sup>60</sup> de las normas penales en nuestro país, de la que Rodríguez Fernández<sup>61</sup> ha dicho que es, tanto *ex ante* como *ex post*, una entelequia. La fase prelegislativa, la legislativa y la postlegislativa adolecen del mismo mal: la inexistencia de una verdadera

<sup>60</sup> Como dice NIETO MARTÍN, tal vez una de las definiciones más extendidas de lo que sea la citada evaluación es la que alude a “la aplicación de procedimientos de investigación social procedentes de las ciencias sociales para valorar la conceptualización, el diseño y la implementación de las intervenciones públicas”, tanto *ex ante* como *ex post* (“Un triángulo necesario: ciencia de la legislación, control constitucional de las leyes penales y legislación experimental”, en NIETO MARTÍN/MUÑOZ DE MORALES ROMERO/BECERRA MUÑOZ, *Hacia la evaluación racional de las leyes*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires Sao Paulo, 2016, p. 422. Sobre el debate acerca del concepto de evaluación, así como sobre los criterios que han de guiarla, vid RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S., *La evaluación*, op. cit., p. 111 y ss y 127 y ss

<sup>61</sup> A este tema dedicó su tesis doctoral y, entre sus trabajos más recientes, destacan, además de la monografía ya citada, “Evaluación legislativa en España: su necesaria aplicación en los procesos de aprobación de las reformas penales” en NIETO MARTÍN/MUÑOZ DE MORALES ROMERO/BECERRA MUÑOZ, *Hacia la evaluación racional* ..., op. cit., p. 109 y ss, donde actualiza y amplía su previo artículo “La ¿evaluación? de las normas penales en España?”, en *Revista electrónica de Ciencia penal y criminología*, 15-07 (2013), (<http://criminet.ugr.es/recpc>); “Algunas indicaciones para analizar la racionalidad y la legitimidad material de la reforma del sistema legal español en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en GONZÁLEZ TAPIA, M<sup>a</sup> Isabel/ PALMA HERRERA, José Manuel, *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal*, Dykinson, Madrid, 2014. Otro importante monografista es, sin duda, José BECERRA MUÑOZ, quien también dedico su tesis a esta materia. Fruto de lo anterior es la obra *La toma de decisiones en política criminal. Bases para un análisis multidisciplinar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; vid. asimismo, PARDO FALCÓN, Javier/PAU i VALL, Francesc (coord.) *La evaluación de las leyes: XII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Tecnos, Madrid, 2006

evaluación de los efectos de las normas enmascarado, como años atrás pusieron de manifiesto tempranamente Díez Ripollés y Becerra Muñoz<sup>62</sup>, bajo una maraña de controles puramente formales y tan superficiales que apenas merecen tal nombre.

#### 4.1. *En las fases de elaboración de la ley*

En efecto, la principal causa de la irracionalidad legislativa no es la carencia de normas destinadas a alumbrar una legislación más racional. Sin pretensiones de exhaustividad, hay que recordar que el art. 88 Constitución<sup>63</sup> fue objeto de temprano desarrollo mediante la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, cuyo art. 22, incluso en su redacción primigenia, rodeaba la labor legislativa de toda una serie de exigencias destinadas a velar por la calidad, oportunidad y eficacia de la ley. Dicha norma fue, por otra parte, complementada por diversos Acuerdos del Consejo de Ministros aprobando instrucciones complementarias. Asimismo, el apartado 2 fue modificado, primero por el art. 1 de la Ley núm. 30/2003, de 13 de octubre y, posteriormente, por el Real Decreto núm. 1083/2009, de 3 de julio, regulador de la memoria del análisis de impacto normativo, que vino acompañada de la publicación de una detallada Guía metodológica, todo ello destinado, según justifica la Exposición de Motivos del RD de 2009, a garantizar que la norma se ha elaborado de manera informada, valorando su oportunidad, tomando en cuenta otras posibles alternativas, tras analizar las consecuencias jurídicas y económicas, etc, etc, etc. Al margen de que pueda darse la razón a Becerra cuando calificaba de caótico el art. 22, lo cierto es que el cauce formal existía. Ahora bien, por lo que hace a las fases de elaboración de la ley<sup>64</sup>, este mismo autor mostró con detalle<sup>65</sup> cómo durante la fase prelegislativa<sup>66</sup> el Gobierno podía sacar adelante sus proyectos sin la práctica intervención de instituciones y/o colectivos, ya que ni siquiera es vinculante el informe del único órgano externo al mismo cuya intervención es preceptiva (el

<sup>62</sup> Ambos reiteran esta idea a lo largo de las obras ya citadas, *La racionalidad...y La toma de decisiones...*, respectivamente

<sup>63</sup> “Los proyectos de ley serán aprobados en Consejo de ministros, que los someterá al Congreso acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos”. La misma previsión fue incorporada a los Reglamentos del Congreso (artículos 109 y 124) y del Senado (artículo 108), así como a los Reglamentos de los Parlamentos de las Comunidades Autónomas

<sup>64</sup> Incluyo aquí la fase prelegislativa y la legislativa, sin perjuicio de reconocer que su diferenciación resulta mucho más ortodoxa. Pero a los efectos que aquí interesa no es indispensable (vid. v.g. BECERRA MUÑOZ, J., *La toma de decisiones...*, p. 337 y ss o RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, S., *La evaluación...op. cit.*, p. 192 y ss)

<sup>65</sup> *La toma de decisiones...*, op. cit., p. 347 y ss. Vid. del mismo, las propuestas de reforma específicas que sugiere en “Propuestas de rediseño institucional para la elaboración y evaluación de la política criminal por parte del Gobierno”, en NIETO MARTÍN/MUÑOZ DE MORALES ROMERO/BECERRA MUÑOZ, *Hacia la evaluación racional...*, op. cit.

<sup>66</sup> Entendiendo por tal “todo aquello que acaece antes de que la propuesta acceda a las Cortes Generales, es decir, antes de que se produzca una iniciativa legislativa formal a través de un proyecto o proposición de ley” (op. cit., p. 340)

Consejo General del Poder Judicial). En el mismo sentido, Soto Navarro<sup>67</sup> denunciaba el excesivo control que el Gobierno ejerce de facto sobre las Comisiones y los propios Grupos Parlamentarios, cuyas posibilidades reales de influencia en la decisión política – sobre todo si aquel cuenta con mayoría absoluta en el Parlamento- son prácticamente nulas. Por su parte, Cazorla Prieto<sup>68</sup> ponía el acento en el hecho de que la participación real de las Cortes Generales en la actividad legislativa sea meramente formal y, en el fondo, quede reducida a un mero visto bueno, “al estampillado”<sup>69</sup> de las propuestas gubernamentales. Precisamente, de entre los factores que, a juicio del citado autor, motivan este estado de cosas el primero es lo que llama “el debilitamiento del factor personal parlamentario”, que se sustancia en la prevalencia del Grupo Parlamentario frente al diputado o senador, cuya capacidad y formación también cuestiona. Asimismo, discute el letrado de las Cortes la idoneidad de los cauces reglamentariamente previstos para la tramitación de las leyes, esto es, el papel real de la Ponencia, la función de la fase de Comisión y el papel que le queda al debate de totalidad en el Pleno de la Cámara. “La fase de ponencia- dice- es una de las más desfiguradas y carentes de sentido (...) ha evolucionado hacia un trámite meramente formal que se despacha normalmente en muy poco tiempo y que a menudo no sirve más que para cubrir el expediente. (...) En la práctica, el ponente del partido gobernante acude a la cada vez más a menudo única reunión de la ponencia y ante los ponentes de otros grupos parlamentarios que se afanan en pedir ritmo más sosegado para así poder tomar nota de lo que se les informa, anuncia las enmiendas al articulado que serán aceptadas, por lo general todas las de su grupo, buena parte de las del grupo o grupos que lo apoyan y ninguna, salvo algún matiz técnico, de los de la oposición. La Ponencia ha perdido así uno de los rasgos más característicos (...) constituir un órgano preparatorio del trabajo legislativo (...)”<sup>70</sup> Por lo que hace a la fase de Comisión y Pleno su diagnóstico no es más alentador, de manera que la tónica viene dada por los solapamientos, “atropellamientos temporales” y falta de atención a los (exiguos) servicios jurídicos de las Cámaras<sup>71</sup>. Por ello, concluye Cazorla, bien puede decirse que nuestra producción legislativa es de baja calidad y que “las leyes responden estrictamente a un propósito político del Gobierno”<sup>72</sup>.

Tal vez como conclusión generalizada sea excesiva, pero no se aleja en absoluto de la realidad, pues qué duda cabe de que la decisión primigenia está mediatizada

<sup>67</sup> SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos en la Sociedad moderna*, Comares, Granada, 2003, p. 130 y ss

<sup>68</sup> “La participación del Parlamento en la creación del Derecho”, en *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (dir.)/ PAU PEDRÓN, A. (coord.), Ed. Thompson-Civitas, Madrid, 2004, p. 375 y ss

<sup>69</sup> Op. cit., p.393

<sup>70</sup> Op. cit., p. 386 y 387

<sup>71</sup> Op. cit., p. 387 y ss

<sup>72</sup> Op. cit., p. 393

por esos intereses políticos, en los que, como señaló Zagrelbesky<sup>73</sup>, tienen mucho que ver los grupos de presión y otros muchos sujetos particulares que exigen normas *ad hoc* y en demasiadas ocasiones terminan por imponer sus intereses en el “mercado de las leyes”. En esta fase- se queja Diez Ripollés<sup>74</sup>- esos grupos sustituyen a los grupos de expertos y, con esa desconsideración de la pericia, se pierde toda posibilidad de corrección y rectificación. Y, precisamente, cita como ejemplo una de las reformas de que fueron objeto los delitos contra la libertad sexual, la que condujo a castigar la introducción de un dedo por vía vaginal o anal con penas de 4 a 10 años, si se trata de abusos, y pueden llegar a los 12 en el caso de agresión sexual.

¿En qué medida ha venido a cambiar ese estado de cosas la reforma introducida en la Ley 50/1997 por la disposición final 3.12 de la Ley 40/2015?

La modificación introducida en el Título V<sup>75</sup> de la Ley 50/1997 debe ponerse en relación con lo dispuesto en el Título VI<sup>76</sup> de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las administraciones públicas, así como con las prescripciones de la Ley 19/2013, de 19 de diciembre, de Transparencia y con el 286/2017, al que luego haré una rápida mención.

Centrándonos ahora en las fases de elaboración de la ley, las únicas novedades dignas de mención son, en primer término, el haber incorporado a la Ley (art. 26.3) los contenidos, estructura y finalidad que de la Memoria predicaba la ya mencionada Guía aprobada por el Consejo de Ministros. De igual modo, se incluye la obligación de aprobar un Plan Anual Normativo destinado a planificar racionalmente las iniciativas legislativas (art. 25). Asimismo, incluye en el contenido preceptivo de la Memoria de análisis normativo “la inclusión de una sistemática de evaluación posterior de la aplicación de la norma cuando fuere preceptivo” (art. 29. 9., letra d). Por último, se recuerda<sup>77</sup> que en cumplimiento de la Ley de Transparencia (L.19/2013) las Administraciones Públicas están obligadas a publicar, además de los documentos que ya venían siendo públicos, “d) Las memorias e informes que conformen los expedientes de elaboración de los textos normativos, en particular, la memoria del análisis de impacto normativo”. En cuanto al resto, lo cierto es que en esta fase previa a la aprobación de la ley no hay diferencias verdaderamente sustanciales con lo ya existente. Eso no quita que haya que valorar positivamente el que se haya dado rango de ley a los contenidos de la Memoria de impacto, que ahora incorpora esta norma, ya que el valor vinculante de la Guía aprobada por el Consejo de Ministros era más que discutible. Lo mismo cabe decir del hecho de conminar al Gobierno a elaborar un Plan normativo, pese a que resulte algo oprobioso tener que imponer por

<sup>73</sup> El Derecho dúctil, trad de Marina Gascón, ed. Trotta, Madrid, 1995, p. 37

<sup>74</sup> *La racionalidad...*, op.cit.,p. 34 y 35

<sup>75</sup> “De la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria del Gobierno”

<sup>76</sup> “De la iniciativa legislativa y de la potestad para dictar reglamentos y otras disposiciones”

<sup>77</sup> Art. 26.8 Ley 50/1997 y art. 129.5 Ley 39/2015

ley un trámite que hasta la más modesta de las empresas incorpora voluntariamente a su dinámica ordinaria. Más interés tienen, sin embargo, las otras medidas aludidas. Una es un paso más hacia la evaluación *ex post*, si bien, de un lado, limita su alcance a los casos en que ello fuere preceptivo conforme al Plan Anual Normativo y, de otro, tampoco se separa en exceso del “Cuestionario de Evaluación” que ya debían acompañar a los proyectos normativos mezclando criterios de evaluación *ex ante* y *ex post*<sup>78</sup>. Por lo demás, la falta de publicidad de las Memorias- ahora ya disponibles en la página web del Congreso- era una anomalía solo paliada por la benevolencia de los funcionarios de documentación de la biblioteca del Congreso, a quienes aprovecho para agradecer su amable disposición, que, por cierto, sigue siendo imprescindible para acceder a las Memorias de impacto previas a la entrada en vigor de la Ley de Transparencia<sup>79</sup>. Con todo, no creo que haya demasiadas razones para el optimismo. Los cambios en esta fase son muy limitados; ni se corrigen todos los defectos que aquejaban- por acción u omisión- a la propia norma reguladora de la calidad de la ley<sup>80</sup>, ni en los que se corrigen radicaba la inexistencia de una verdadera evaluación racional. Como dijera Becerra, “la clave de una mayor racionalidad y calidad de nuestra legislación no está en el número de documentos que obligatoriamente hayan de elaborarse al tiempo que se redacta un proyecto de ley, sino en la voluntad política existente para su real cumplimentación y en el establecimiento de mecanismos de control adecuados para asegurar la sanción frente al incumplimiento de las normas”<sup>81</sup>, cuestión a la que más adelante me referiré muy someramente.

#### 4.2. *En la fase postlegislativa*

La evaluación *ex post* sigue siendo en España poco más que la reclamación que insistentemente vienen haciendo autores preocupados por el tema y grupos de investigación<sup>82</sup> que alertan del hecho de que la evaluación científica *ex post* de la legislación es imprescindible para que el Derecho – y singularmente para que el Derecho penal- cumpla de manera eficiente sus finalidades preventivas.

Ahora bien, la mencionada reforma de la Ley 50/1997 podría suponer un punto de inflexión, aunque sea moderado. Concretamente, se dedica a esta cuestión el precepto que se transcribe:

<sup>78</sup> Puede verse íntegramente en RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, *La evaluación...* op. cit., p. 207 y 208

<sup>79</sup> Es suficiente enviar un correo a la dirección [archivo@congreso.es](mailto:archivo@congreso.es) indicando el documento/s que se precisan.

<sup>80</sup> Basta confrontar las novedades con algunas de las más interesantes propuestas alternativas (DIÉZ RIPOLLÉS, *La racionalidad...*, op. cit., vg para la fase prelegislativa p. 46 y ss; RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, *La evaluación...*, op. cit., p. 319 y ss; más recientemente, BECERRA MUÑOZ, “Propuestas de rediseño institucional para la elaboración y evaluación de la política criminal por parte del Gobierno”, en NIETO MARTÍN/MUÑOZ DE MORALES ROMERO/BECERRA MUÑOZ, *Hacia la evaluación racional...* op. cit)

<sup>81</sup> Op. cit., p. 418. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, *La evaluación...*, op. cit. p. 203 y 228-

<sup>82</sup> Tal es el caso del Grupo Español de Política Legislativa penal, al que pertenezco.

#### Artículo 28. Informe anual de evaluación

1. El Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de la Presidencia, aprobará, antes del 30 de abril de cada año, un informe anual en el que se refleje el grado de cumplimiento del Plan Anual Normativo del año anterior, las iniciativas adoptadas que no estaban inicialmente incluidas en el citado Plan, así como las incluidas en anteriores informes de evaluación con objetivos plurianuales que hayan producido al menos parte de sus efectos en el año que se evalúa.

2. En el informe se incluirán las conclusiones del análisis de la aplicación de las normas a que se refiere el artículo 25.2, que, de acuerdo con lo previsto en su respectiva Memoria, hayan tenido que ser evaluadas en el ejercicio anterior. La evaluación se realizará en los términos y plazos previstos en la Memoria del Análisis de Impacto Normativo y deberá comprender, en todo caso:

a) La eficacia de la norma, entendiendo por tal la medida en que ha conseguido los fines pretendidos con su aprobación.

b) La eficiencia de la norma, identificando las cargas administrativas que podrían no haber sido necesarias.

c) La sostenibilidad de la disposición.

El informe podrá contener recomendaciones específicas de modificación y, en su caso, derogación de las normas evaluadas, cuando así lo aconsejase el resultado del análisis.

Esta norma representa un avance, siquiera sea porque contribuye a introducir una cultura de la evaluación ante cuya ausencia los mimbres normativos tienen poco donde agarrarse. Ciertamente es, sin embargo, que ese primer paso para la evaluación *ex post* se limita a aquellas normas que el Gobierno haya decidido evaluar en el Plan Anual Normativo, que es donde se identifican cuáles son las que habrán de someterse a un análisis sobre los resultados de su aplicación, con lo que, nuevamente, la evaluación queda, en parte, en manos de uno de los responsables- si no el principal- del proceso sometido a evaluación.

Las referidas previsiones legales han sido desarrolladas por el Real Decreto 286/2017, de 24 de marzo. Dicha norma, en vigor desde el 25 de marzo del mismo año, regula el proceso de elaboración del Plan Anual Normativo y del Informe Anual de Evaluación Normativa, que deberá publicarse en el Portal de la Transparencia de la Administración General del Estado. Asimismo, el RD 286/2017 establece los criterios para determinar las normas que deben ser objeto de evaluación, y, si bien es cierto que los perfiles difusos de los criterios de selección (art. 3 RD 286/2017), permitirán al gobierno decidir en función de sus intereses, no lo es menos que le será difícil eludir la evaluación de las leyes penales, ya que, si algo es indudable, es que cumplen de lleno el criterio relativo a la “Incidencia relevante sobre los derechos y libertades constitucionales” (art. 3, letra c). El citado Real Decreto crea la Junta de Planificación y Evaluación Normativa como órgano competente para elaborar los proyectos del Plan Anual Normativo y del Informe Anual de Evaluación Normativa, cuya composición es acertadamente interministerial

pero, sin embargo, presenta algunas deficiencias. Por una parte, sigue dejando fuera la posibilidad de controles externos y/o de expertos<sup>83</sup> y, por otra, no se aprovecha para dar algún tipo de impulso a nuestra inactiva Comisión General de Codificación o para reflexionar sobre la composición y funciones de la Agencia estatal de evaluación de políticas públicas y la calidad de los servicios. Si a esto añadimos que, como viene siendo habitual, expresamente se consigna que el funcionamiento de la Junta de Planificación y Evaluación Normativa no supondrá incremento del gasto público (Disposición adicional única), es difícil ser menos pesimistas de lo que lo eran antes de la aprobación de la nueva normativa Diez Ripollés o Rodríguez Ferrández cuando se dolían de la carencia en nuestro país de medios personales, materiales y metodológicos adecuados para llevar a cabo una verdadera evaluación normativa<sup>84</sup>. No obstante, es pronto para sacar conclusiones y habrá que estar a la espera de lo que ocurra. Entre tanto, es momento ya de someter a examen lo ocurrido en materia de libertad/indemnidad sexual de menores.

## **5. La inexistente evaluación de las reformas de los delitos contra la indemnidad/libertad sexual de los menores**

### **5.1. Algunos ejemplos de irracionalidad legislativa**

Como es sabido, los delitos contra la libertad/indemnidad sexual de los menores han sufrido modificaciones de gran calado en las grandes reformas de que ha sido objeto el Código penal<sup>85</sup>. Pero también, y esto es más significativo, en 1999 como consecuencia de un Proyecto remitido a la Mesa del Congreso el día 13 de octubre de 1997. Es decir, estos delitos fueron objeto de la primera modificación que afectó al Código penal de 1995 pese a que los expertos habían recibido muy positivamente la nueva regulación. Por si lo anterior no bastase, hay que hacer notar que tal propuesta de modificación traía causa de una Proposición presentada por el Grupo parlamentario Popular el día 4 de noviembre de 1996 y aprobada el 26 de noviembre del mismo año<sup>86</sup>, esto es, cuando el texto recién aprobado contaba con algo menos de seis meses de vigencia.

<sup>83</sup> Se trata de un órgano colegiado, de carácter interministerial integrado por los titulares de la Subsecretaría de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales y la Secretaría General Técnica del Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales, así como los titulares de las Secretarías Generales Técnicas de los restantes Departamentos ministeriales, un representante de la Oficina Económica del Presidente, con rango de Director General, actuando como secretario el titular de la Vicesecretaría General Técnica del Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales (art.5 y 6 RD 286/2017d).

<sup>84</sup> *La racionalidad...*, op. cit., p. 62 y ss, *La evaluación...*, p. 211 y ss

<sup>85</sup> Ley Orgánica núm 11/2003, de 29 de septiembre; 15/2003, de 25 de noviembre, Ley Orgánica núm. 5/2010, de 22 de junio y Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

<sup>86</sup> La proposición fue presentada ante el Congreso como “una cuestión de valores y de principios” ante lo cual, por cierto, el resto de Grupos no se atrevieron a alzar la voz o lo hicieron muy timidamente (BOCG Diario de Sesiones, n. 45, 26 noviembre 1996). De hecho, se aprobó por unanimidad. (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie D, nº 66, 4 de noviembre de 1996; BOCG, Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, nº 45, 26 de noviembre de 1996)



Puesto que no es objeto de este estudio analizar con detalle la evolución legislativa en la materia sino enjuiciar la racionalidad o irracionalidad del método empleado en las sucesivas reformas, prescindiré de aparato crítico y me limitaré a dejar constancia de algunas de las novedades que mayor polémica han suscitado.

Por seguir cierto orden cronológico, me referiré en primer lugar a la polémica que rodeó la reintroducción en 1999 del en su momento denostado delito de corrupción de menores (art. 452 bis b.1 CP 73). Como en otro lugar puse de manifiesto<sup>87</sup>, la reintroducción de ese delito- así como, exceptuando una, el resto de modificaciones introducidas- no era necesaria. Las conductas que, según se decía, quedaban sin sanción eran perfectamente subsumibles en los abusos y, en muchos casos, podían entrar además en concurso con otros delitos superando con ello la penalidad que tenían asignada en el viejo Código. Por otra parte, la nueva regulación comprometía las exigencias del principio de legalidad en tanto en cuanto por su deliberada indefinición dejaba abierta la puerta a todo tipo de interpretaciones y, por ende, permitía el castigo de conductas meramente “anormales”, léase, fuera de lo que son las pautas mayoritarias de comportamiento sexual. La supuesta lenidad del nuevo Código y afirmaciones como las hechas por el magistrado De Vega acerca de “auténticas zonas de impunidad”<sup>88</sup> o las de Gimbernat acerca de que “la supresión de la corrupción de menores no es más que una muestra de otras regulaciones técnica y políticocriminalmente defectuosas”<sup>89</sup>, carecían, como veremos, de fundamento.

La reforma operada por LO 11/2003 reintrodujo el delito de proxenetismo entre adultos, castigando en el anterior art. 188.1 al “que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma” (prisión de dos a cuatro años y multa de 12 a 24 meses). Las críticas no se hicieron esperar y ello motivó (¿) que en la reforma de 2015 se ofreciera una definición de explotación<sup>90</sup> dirigida a evitar la sanción en los casos en que la libertad sexual no resultaba comprometida. Con ello, se salvaba el inconveniente de castigar conductas no lesivas. Pero a costa de un error técnico de bulto, ya que convierte ese apartado en innecesario puesto que, con ese concepto de explotación, la conducta cae directamente en la órbita de la prostitución “coactiva o abusiva” que nunca ha dejado de castigarse. Por su parte la LO 15/2003 siguió la tónica de incrementar las penas, en unos casos, o las conductas punibles, en otros. En cuanto a esto último, merece destacarse la ampliación de los conceptos de penetración (incluyendo cualquier miembro) y de pornografía infantil, que a partir de ese momento ya incorporó el “material porno-

<sup>87</sup> Los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y prostitución de menores”, op. y loc. cit.

<sup>88</sup> Vid. vg. STS 592/ 1996, de 16 septiembre. hecho, salvo en lo referente a la pena

<sup>89</sup> Vid en cualquier edición del CP de la editorial Tecnos el prólogo a la tercera edición.

<sup>90</sup> “En todo caso, se entenderá que hay explotación cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que la víctima se encuentre en una situación de vulnerabilidad personal o económica; .b) Que se le impongan para su ejercicio condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas”.

gráfico en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada” (art. 189.7 en la redacción dada por LO 15/2003).

Por lo que se refiere a la reforma de 2010, entre las novedades peor recibidas por los expertos están, entre otras, las siguientes: a) la ampliación del tipo de corrupción de menores en el art. 189; b) el aumento de las penas, que en algún caso es alarmante<sup>91</sup>; c) la previsión de la libertad vigilada como medida a imponer con carácter general e imperativo<sup>92</sup>; d) la configuración del periodo de seguridad con ese mismo carácter y, por ende, al margen de cualquier consideración individualizadora<sup>93</sup> y e) la introducción en el entonces 183 bis del delito conocido como *child grooming*, que une a su condición de delito de peligro una redacción que critican hasta quienes como Górriz Royo no se oponen de manera radical a la sanción de este tipo de conductas<sup>94</sup>.

Con todo, las reformas de mayor calado han venido de la mano de la LO 1/2015, que también en esta materia ha recibido la crítica prácticamente unánime de la doctrina por su manifiesta irracionalidad y la contumacia del legislador en hacer del Derecho penal sexual el “campo de experimentación de todas las afanes populistas y oportunistas”<sup>95</sup>. La orientación político-criminal no ha variado: incremento de

<sup>91</sup> Así, por ejemplo, el más mínimo tocamiento realizado a un menor de cuatro años sin violencia ni intimidación tiene una pena que va de 4 a 6 años (art. 183.4 a)

<sup>92</sup> Salvo en el caso de un solo delito menos grave cometido por delincuente primario, en cuyo caso es potestativa (art. 192.1). El precepto ha permanecido sin variación en cuanto a esto. En la reforma de 2015, en la línea de endurecer la respuesta con carácter general, se añadió un número 3, a cuyo tenor “a los responsables de la comisión de alguno de los delitos de los Capítulos II bis o V se les impondrá, en todo caso, y sin perjuicio de las penas que correspondan con arreglo a los artículos precedentes, una pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por un tiempo superior entre tres y cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, o por un tiempo de dos a diez años cuando no se hubiera impuesto una pena de prisión atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los delitos cometidos y a las circunstancias que concurran en el condenado”.

<sup>93</sup> Recuérdese que el origen de esta institución está en la LO 7/2003, que lo establecía para todos los delitos con pena superior a 5 años de prisión. La reforma de 2010 lo limita a los delitos que el art. 36.2 determina y permite la vuelta a la aplicación del régimen general. Pero justamente los delitos del art. 183 y los del Capítulo V cuando las víctimas sean menores de 13 años quedan exceptuados *iuris et de iure* de esa posibilidad.

<sup>94</sup> GÓRRIZ ROYO, E., “On-line child grooming desde las perspectivas comparada y criminológica como premisas de estudio del art. 183 ter.1º CP”, en CUERDA ARNAU, M.L (dir.)/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (coord.), *Menores y redes sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia 2016, p. 218 a 283 “On-line child grooming en Derecho penal español”, *InDret* 3/2016. No obstante, una autorizada voz en la materia se manifestó a favor de su introducción (CUGAT MAURI, M., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L (dir.) *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, p. 235 y 236) En el polo opuesto, RAMOS VÁZQUEZ, J.A., *Política criminal, cultura y abuso sexual de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 155 y ss (y en los primeros trabajos que se publicaron sobre el tema, cuya referencia puede consultarse en la citada monografía). Cfr. MENDOZA CALDERÓN, S. *El Derecho penal frente a las formas de acoso a menores*, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, p. 164 y ss. La reflexión final con que VILLACAMPA rubrica su monografía sobre el particular es muy ilustrativa (*El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 198 a 202

<sup>95</sup> DIÉZ RIPOLLÉS, J.L. “Sucintas observaciones sobre algunas decisiones del Anteproyecto de Reforma del Código penal de 2012”, en ÁLVAREZ/DOPICO, *Estudio crítico...*, op. cit. p. 58

sanciones y ampliación del ámbito de lo punible<sup>96</sup> siguen siendo las líneas maestras de la reforma. Dejando al margen la elevación de los marcos penológicos, lo más controvertido de esta reforma puede considerarse lo siguiente: a) la elevación de la edad de consentimiento sexual a los 16 años, acompañado de una problemática cláusula de exoneración (art. 183 quáter); b) una innecesaria ampliación del abuso fraudulento y de prevalimiento (art. 182.1), en el que, por otra parte, se produce una paradoja punitiva que ya fue advertida por Dopico Gómez-Aller en el Informe de la sección de Derechos Humanos del Colegio de abogados de Madrid<sup>97</sup>; b) la creación de un tipo de embaucamiento (art. 183 ter.2), de estructura similar al de *child grooming* creado en 2010, sin que esté prevista para esta cláusula alguna de exoneración<sup>98</sup>; c) la ampliación de la definición de pornografía haciéndola extensiva a la “virtual” es, tal vez, la crítica que más adeptos concita, hasta el punto de que el mismo Gimbernat -que tanto había criticado la parquedad del CP 1995 en materia de tutela de la indemnidad sexual de nuestros menores- clamaba contra esta reforma, con la que, según sus propias palabras “la persecución de la pedofilia ha traspasado todos los límites del Derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos”<sup>99</sup>, conclusión con la que coinciden tantos autores que la cita resulta ociosa.

Hasta aquí se ha procurado ofrecer algunos ejemplos de lo que, a juicio de la mayoría de la doctrina, es una mala regulación. Las críticas ponen el acento, de un lado, en la colisión que se produce entre muchas de esas reformas y las exigencias derivadas de los principios penales, siendo los de proporcionalidad, legalidad y *ne bis in ídem* los que salen peor parados. A lo anterior, cabe añadir las críticas que, de otro lado, merecen por carecer de una justificación plausible desde la perspectiva de una racionalidad meramente pragmática. A esto se dedican las próximas reflexiones.

<sup>96</sup> Aunque es cierto que ha desaparecido el nº 4 del art. 189, que recogía el delito de corrupción de menores, su contenido se ha trasladado al art. 183 bis, donde, por otra parte, no se exige que la conducta de hacer participar a un menor en un comportamiento de naturaleza sexual pueda perjudicar la evolución o desarrollo de la personalidad y, por otra, se sanciona con pena superior. En suma, no es cierto que se haya despenalizado la corrupción de menores

<sup>97</sup> Obsérvese que, en efecto, el abuso con prevalimiento consistente en acceso carnal se castiga con pena de 4 a 10 años de prisión si la víctima es mayor de edad (art. 182.1), mientras que si tiene entre 16 y 18 años, la pena es de 2 a 6 años (art. 182.2). El referido Informe fue publicado bajo la dirección de ÁLVAREZ GARCÍA por la editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2014. El análisis de DOPICO ocupa las p. 127 a 140 y en él, junto a la crítica políticocriminal, se ponen de manifiesto esta y otras incongruencias punitivas que son ejemplos clamorosos de desidia legislativa)

<sup>98</sup> Sobre los problemas de penalizar conductas entre menores, vid. VILLACAMPA ESTIARTE, C. *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 196 y ss

<sup>99</sup> Vid en cualquier edición del CP de la editorial Tecnos el prólogo a la vigésima primera edición

## 5.2. *¿De qué información empírica se sirve el legislador penal?*

El estado de cosas que, como hemos visto, rodea la evaluación de las normas en España incrementa la dificultad que de suyo existe para conocer las verdaderas razones que llevan al legislador a reformar una ley. El hecho de que la mayoría de los procesos legislativos se inicien a instancias del poder ejecutivo supone que los datos y verdaderos argumentos que han pesado para redactar de uno u otro modo la legislación no son objeto del debate público y, en efecto, es innegable el recurso a estudios y encuestas que indican al poder político qué modelo de ley será más rentable electoralmente puede condicionar el proceso legislativo, si bien tales investigaciones sociológicas quedan en un ámbito de penumbra. En consecuencia, ni conocemos las verdaderas razones, ni sabemos a ciencia cierta el tipo de datos con que contaba, ni, en general, de la información procedente de distintas ciencias sociales de que hizo uso antes de emprender la tarea.

Ahora bien, lo que sí es posible es confrontar la motivación declarada con los datos de que disponemos y, a partir de ahí, inferir qué uso se hizo (o no se hizo) de la información sociológica disponible.

## 5.3. *Las razones declaradas*

Veamos, pues, en primer término cuáles han sido las razones que, según el legislador, han motivado las reformas en este ámbito. Me centraré exclusivamente en las tres más relevantes: la operada por LO 11/1999, la introducida por LO 5/2010 y la más reciente (LO 1/2015)

### A) *La reforma de 1999*

La exposición de Motivos de la Ley Orgánica 11/1999, de 30 abril, consideraba indispensable la reforma:

“(…) para garantizar una auténtica protección de la integridad y libertad sexual de los menores e incapaces, específicamente mediante la reforma de los tipos delictivos de abuso sexual (…)

Las directrices que han guiado la redacción de las indicadas proposición y recomendación coinciden con las expresadas en la Resolución 1099 (1996), de 25 de septiembre, relativa a la explotación sexual de los niños, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

En el mismo sentido, el Consejo de la Unión Europea, sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, ha adoptado, el día 29 de noviembre de 1996, una acción común relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños como consecuencia de la cual los Estados miembros se comprometen a revisar la legislación nacional vigente relativa, entre otros extremos, a la explotación sexual o abusos sexuales cometidos con niños y a la trata de niños con fines de explotación o abuso sexual, considerando tales conductas como infracciones penales, previendo para las

mismas penas eficaces, proporcionadas y disuasorias, y ampliando los fundamentos de la competencia de los Tribunales propios más allá del estricto principio de territorialidad.

Todo ello determina al Estado español a modificar las normas contenidas en el Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, relativas a los delitos contra la libertad sexual, las cuales no responden adecuadamente, ni en la tipificación de las conductas ni en la conminación de las penas correspondientes, a las exigencias de la sociedad nacional e internacional en relación con la importancia de los bienes jurídicos en juego (...)

A las expresadas orientaciones responde la presente Ley Orgánica, la cual, no obstante el escaso tiempo transcurrido desde la entrada en vigor del nuevo Código Penal, considera indispensable, por las razones ya expuestas, la reforma del Título VIII de su Libro II, a fin de tipificar de manera más precisa los llamados delitos contra la libertad e indemnidad sexuales en relación con la edad de las víctimas y con las circunstancias concurrentes; reintroducir el delito de corrupción de menores o incapaces por considerar insuficientes las normas relativas a la prostitución, definiendo auténticamente ambos conceptos; ampliar las conductas reprochables de naturaleza pornográfica, también en relación con los menores e incapaces; acomodar la valoración de las circunstancias que agravan la responsabilidad a cada una de las especies delictivas, y revisar el sistema de penas, rechazando aquellas sanciones que en este ámbito no resultarían adecuadas al principio de proporcionalidad o a las necesidades de la prevención general y especial que la sociedad demanda, como sucedería en principio con las meramente pecuniarias.

Asimismo, los requerimientos de la sociedad española, alarmada por la disminución de protección jurídica que se ha producido en el ámbito de los delitos de significación sexual a partir del repetido Código Penal de 23 de noviembre de 1995, han motivado que se complemente la reforma de la que se viene haciendo referencia con la revisión de los delitos de acoso sexual y el tráfico de personas con el propósito de su explotación sexual. (...)"

### B) *La reforma de 2010*

Por su parte, el Preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio dice en lo que aquí interesa lo siguiente:

“En el ámbito de los delitos sexuales, junto al acrecentamiento del nivel de protección de las víctimas, especialmente de aquellas más desvalidas, ha de mencionarse la necesidad de trasponer la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. Resulta indudable que en los casos de delitos sexuales cometidos sobre menores el bien jurídico a proteger adquiere una dimensión especial por el mayor contenido de injusto que presentan estas conductas. Mediante las mismas se lesiona no sólo la indemnidad sexual, entendida como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado, sino también la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor. Por ello se procede a la incorporación, en el Título VIII del Libro II del Código Penal, del Capítulo II bis denominado «De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años».

Por otra parte, la extensión de la utilización de Internet y de las tecnologías de la información y la comunicación con fines sexuales contra menores ha evidenciado la necesidad de castigar penalmente las conductas que una persona adulta desarrolla a través de tales medios para ganarse la confianza de menores con el fin de concertar encuentros para obtener concesiones de índole sexual. Por ello, se introduce un nuevo artículo 183 bis mediante el que se regula el internacionalmente denominado «child grooming», previéndose además penas agravadas cuando el acercamiento al menor se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.

En el ámbito de las figuras de prostitución y pornografía infantil, la traslación de la Decisión Marco a nuestro ordenamiento determina la necesidad de tipificar nuevas conductas. Es el caso de la captación de niños para que participen en espectáculos pornográficos, que queda incorporada a la regulación en el artículo 189.1. Lo mismo sucede con la conducta de quien se lucra con la participación de los niños en esta clase de espectáculos, cuya incorporación se realiza en el apartado 1. a) del artículo 189. En relación al delito de prostitución, se incorpora la conducta del cliente en aquellos casos en los que la relación sexual se realice con una persona menor de edad o incapaz (...)

### C) *La Reforma de 2015*

Por último la LO 1/2015 de 30 de marzo aduce como justificación:

(...) la transposición de la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo. La citada Directiva obliga a los Estados miembros a endurecer las sanciones penales en materia de lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil, que sin duda constituyen graves violaciones de los derechos fundamentales y, en particular, de los derechos del niño a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar, tal como establecen la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Como novedad más importante, se eleva la edad del consentimiento sexual a los dieciséis años. La Directiva define la «edad de consentimiento sexual» como la «edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho Nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor.» En la actualidad, la edad prevista en el Código Penal era de trece años, y resultaba muy inferior a la de los restantes países europeos –donde la edad mínima se sitúa en torno a los quince o dieciséis años– y una de las más bajas del mundo. Por ello, el Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño sugirió una reforma del Código penal español para elevar la edad del consentimiento sexual (...) adecuándose a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de la Infancia, y así mejorar la protección que España ofrece a los menores, sobre todo en la lucha contra la prostitución infantil. De esta manera, la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años será considerada, en todo caso, como un hecho delictivo, salvo que se trate de relaciones consentidas con una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez. (...) En el caso de los menores de edad –de menos de dieciocho años– pe-

ro mayores de dieciséis años, constituirá abuso sexual la realización de actos sexuales interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima. Por otra parte, se tipifica expresamente la conducta de hacer presenciar a un menor de dieciséis años actos o abusos sexuales sobre otras personas y se prevé la imposición, en estos casos, de penas de hasta tres años de prisión. En los delitos contra la prostitución, se establece una separación más nítida entre los comportamientos cuya víctima es una persona adulta, de aquellos otros que afectan a menores de edad o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección. En este segundo caso, se elevan las penas previstas con el fin de armonizar las legislaciones europeas, y se introducen nuevas agravantes para combatir los supuestos más lesivos de prostitución infantil. Se modifica el artículo 187 con el objetivo de perseguir con mayor eficacia a quien se lucre de la explotación de la prostitución ajena. (...) Se presta especial atención al castigo de la pornografía infantil. En primer lugar, se ofrece una definición legal de pornografía infantil tomada de la Directiva 2011/93/UE, que abarca no sólo el material que representa a un menor o persona con discapacidad participando en una conducta sexual, sino también las imágenes realistas de menores participando en conductas sexualmente explícitas, aunque no reflejen una realidad sucedida. En relación con la pornografía infantil, se castigan los actos de producción y difusión, e incluso la asistencia a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección. También se castiga el mero uso o la adquisición de pornografía infantil, y se incluye un nuevo apartado para sancionar a quien acceda a sabiendas a este tipo de pornografía por medio de las tecnologías de la información y la comunicación (...). La protección de los menores frente a los abusos cometidos a través de internet u otros medios de telecomunicación, debido a la facilidad de acceso y el anonimato que proporcionan, se completa con un nuevo apartado en el artículo 183 ter del Código Penal destinado a sancionar al que a través de medios tecnológicos contacte con un menor de quince años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas”.

Sintetizando, podríamos decir que en las tres reformas se manejan la misma clase de argumentos, a saber:

- a) La insuficiencia de la regulación vigente hasta ese momento para tutelar adecuadamente la libertad/indemnidad sexual de los menores o incapaces
- b) La existencia de obligaciones internacionales dirigidas asimismo a dotar a los menores o incapaces de una tutela más eficaz

Si, a la vista de lo anterior, retomamos la definición que acogíamos sobre qué significa justificar una norma jurídica, podríamos concluir que las reformas gozan de una justificación más que suficiente. Pero claro, para ello, debiera ser exacta la premisa: la verdadera necesidad de la intervención penal, así como proporcionada y eficaz la consecuencia. Y aquí es donde se evidencia la irracionalidad de las reformas, ya que, con carácter general, ninguna de las dos razones a las que apelan como fundamento resiste el más mínimo análisis desde una perspectiva empírica.

#### 5.4. *Razones declaradas v. datos disponibles*

##### 5.4.1. *Las supuestas lagunas punitivas*

Comencemos con el argumento de la insuficiencia normativa y apliquémoslo a lo que se dice en la Exposición de Motivos de la reforma de 1999 acerca de que el CP de 1995 supuso una disminución de la protección jurídica que en materia sexual se deparaba a los menores. ¿A qué información recurrió el legislador penal para afirmar tal cosa de manera tan taxativa?. Desde luego, es poco creíble que tuviera información empírica en ese sentido, toda vez que esto se decía ya en 1997 en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley dirigido el día 13 de octubre de ese año a la Mesa del Congreso y aún antes en la proposición de ley aprobada por el Congreso el 26 de noviembre de 1996, en la que está el origen del Proyecto. Sin embargo, el juego de los plazos de *vacatio* y las posibilidades reales de enjuiciamiento y/o revisión de sentencias hacían difícil que el legislador contase con una muestra verdaderamente significativa. Téngase en cuenta que el CP 1995 se publicó el 24 de noviembre de ese año (BOE núm. 281) y la disposición final 7<sup>a</sup> establecía que su entrada en vigor se produciría a los seis meses de la publicación, esto es, el 24 de mayo de 1996. Por tanto, en la fecha en que ya se aseguraba que era así sólo habían transcurrido desde la entrada en vigor del CP seis meses, si contamos desde que ya se dijera tal cosa en la proposición de ley ya referida, o diecisiete, si lo hacemos desde la presentación del proyecto de ley. Incluso tomando como referencia este último periodo, la muestra a disposición del supuesto analista sería insuficiente para sacar conclusiones. No sólo porque el número de resoluciones específicas sobre la materia pudiera ser exiguo, sino también porque en aquella época no se disponía de los medios técnicos actuales para acceder de manera rápida y fiable a la jurisprudencia, ni siquiera a la emanada del TS. No se olvide que el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) no se creó hasta el día 16 de julio de 1997 y que, por entonces, el rendimiento de las bases de datos de instituciones privadas era muy limitado<sup>100</sup>. Pero si, pese a todo, nuestro legislador hubiera podido acceder a esa información con las facilidades con que hoy lo hacemos, lo que hubiera encontrado en el periodo de tiempo que discurre desde noviembre de 1996 a octubre de 1997 no son sentencias que acrediten la mayor lenidad del CP 1995, sino justo lo contrario.

El número de resoluciones del TS que al pronunciarse<sup>101</sup> sobre la posible aplicación retroactiva del CP niegan la mayor es abrumador y demuestran que, con la

<sup>100</sup> Los de cierta edad podemos dar fe directa de ello. Para mayor rigor, vid. v.g. ALVITE DÍEZ, M<sup>a</sup>. L. “Evolución de las bases de datos jurídicas en España”, *Anales de Documentación*, n<sup>o</sup>7, 2004, p. 7-27

<sup>101</sup> Utilizo esta expresión para referirme tanto a los casos de adaptación directa por el TS de una sentencia casacional al nuevo Código, restringida sólo a determinados supuestos, y también a todas aquellas que se refieren a la cuestión aunque sólo sea para remitir el asunto a la Audiencia correspondiente con el fin de que sea el tribunal de instancia quien se pronuncie sobre cuál sea la ley más favorable.



excepción de la despenalización de la tercería locativa<sup>102</sup>, las condenas impuestas con el CP 1973 podían ser impuestas, y aún verse agravadas, con la aplicación del CP 1995. Pero como no se trata de cansar al lector, dejo constancia de algunas de ellas<sup>103</sup> y me limito a transcribir el pasaje de una sentencia (STS 732/1997 de 19 mayo, Pte De Vega) que en su día suscitó una gran polvareda. Se trataba de un recurso de casación interpuesto contra una sentencia dictada por la AP de Castellón en la que se condenó al acusado como autor de un delito de corrupción de menores a la pena de dos años, cuatro meses y un día de prisión menor, inhabilitación especial durante seis años y un día y multa de 100.000 ptas. Pues bien, el ponente, tras afirmar que el CP 95 había creado zonas de impunidad (F.J. 4º), se veía obligado a concluir lo siguiente:

“De aquí que lo acaecido debería inculparse a través del artículo 181.2 del Código de 1995. De ahí también que los motivos cuarto y quinto debieran ser estimados en tanto que conjuntamente denuncian la aplicación indebida del artículo 452 bis, b).1 del Código de 1973 y la inaplicación indebida del repetido artículo 181.2, aunque en el cuarto motivo citado se pretenda a la vez la aplicación preferente del artículo 431 del viejo Código, sobre exhibicionismo y provocación sexual, precepto en cualquier caso ajeno ahora en unos hechos que desbordan por completo el ámbito del citado precepto.

<sup>102</sup> V.g STS 21/1997, de 22 de enero

<sup>103</sup> Con referencia a la tan traída y llevada despenalización de la corrupción de menores, el TS repite incansablemente esta fórmula “En relación con la tipicidad de comportamientos descritos en el Código Penal derogado como delitos de corrupción de menores, esta Sala ya ha señalado que el hecho de que en el texto del Código Penal no se hable de corrupción no significa la falta de tipicidad de los comportamientos que podían ser subsumidos en aquel precepto del Código Penal derogado (cfr. STS 18 diciembre 1996. En efecto, un hecho deja de estar sancionado por una nueva Ley Penal cuando el comportamiento descrito en la ley derogada no puede ser subsumido en los tipos que contiene la nueva ley, y no por meras modificaciones en el «nomen iuris» del comportamiento descrito. Del mismo modo, la subsunción en las nuevas leyes penales no está condicionada por el título o capítulo en el que el delito se encontraba en un Código derogado, pues es una operación vinculada a la premisa del tipo penal y no a los criterios de distribución en diferentes partes del Código de los distintos tipos” (vg. STS 841/1997 de 9 junio).

Es más, como se deduce de la STS 151/1997 de 4 febrero, la despenalización de la corrupción de menores obligó a nuestros tribunales a sancionar como lo que eran (agresiones, abusos, etc) las conductas antes subsumidas en dicho tipo. Ello, como señala esa resolución “redunda en una intensificación de la libertad sexual como bien objeto de protección, como se infiere de la Sentencia de esta Sala de 10 noviembre 1994 en la que se dice que «en los delitos de corrupción de menores, pese a estar comprendidos bajo el mismo título y rúbrica que las agresiones sexuales, la protección de la libertad sexual aparece más debilitada». El nuevo Código ha optado por esa potenciación y distingue entre agresiones sexuales, caracterizadas por el uso de la violencia e intimidación, y abusos sexuales en los que, ausente el consentimiento, no concurre violencia ni intimidación” (F.J. 4º).

También es significativo lo que dice el ATS 307/1997 de 12 febrero “En ese sentido, de acuerdo con los criterios establecidos en la disposición transitoria quinta de la Ley Orgánica 10/1995, resulta claro que la pena de cinco años de prisión menor impuesta en la sentencia firme es más favorable que la pena que podría llegar a imponerse de acuerdo con el nuevo Código Penal y que podría alcanzar, en la interpretación más favorable de las indicadas, los seis años de prisión” (F.J. único).

Vid. en similar sentido, entre otras, SSTS 1092/1996 de 30 diciembre; 32/1997 de 22 enero; 78/1997 de 24 enero; 406/1997 de 26 marzo; 462/1997 de 3 abril; 548/1997 de 16 abril, 841/1997 de 9 junio; 1059/1997 de 15 julio; Auto núm. 986/1997 de 14 mayo; Auto de 16 abril 1997; Auto de 25 junio 1997; Auto de 23 julio 1997.

Más ocurre sin embargo que la imposición de la pena privativa de libertad que se correspondería con el citado artículo 181.2 pudiera resultar más gravosa para el acusado, si se tienen en cuenta las reglas de los artículos 66.1 y 56, tanto más cuanto que la nueva regulación penal excluye la posibilidad de la redención de penas por el trabajo (disposición transitoria segunda). En base a todo ello se estima más correcto mantener ahora la desestimación de todos los motivos para que sea la Audiencia la que, con observancia de esa disposición transitoria segunda, acuerde cual es la legislación más favorable al reo, previa audiencia de éste” (F.J. 5<sup>o</sup>)<sup>104</sup>.

Pese a la falta de fundamentación empírica, el argumento de la insuficiencia normativa se repite siempre y, claro, la pregunta que resulta inevitable es la siguiente: ¿se han analizado los efectos de las reformas previas para sostener que aquella insuficiencia inicial hay que predicarla también de sus sucesivas reformas-, o que los tipos (originarios o incorporados posteriormente) resultan inadecuados para sancionar conductas gravemente atentatorias contra la libertad/indemnidad de los menores o incapaces? ¿Hay datos acerca de un supuesto incremento de este tipo de conductas? No es necesario repasar cada reforma precepto a precepto para cerciorarse de cuáles son, al menos, algunos datos procedentes de las ciencias sociales a los que no recurre el legislador penal. El legislador no recurre, por ejemplo, a las estadísticas judiciales<sup>105</sup>. Pese a sus conocidas limitaciones<sup>106</sup>, lo cierto es

<sup>104</sup> Como curiosidad, pero para dejar constancia de que aún hoy el acceso a la información es mejorable, diré que me ha sido imposible conocer cuál fue la decisión de la AP, pues ni las bases de datos permiten saberlo, ni me ha sido posible localizar la copia que debieran albergar los archivos de la Audiencia, donde presto servicios desde hace casi veinte años compartiendo estrados con excelentes magistrados y magistradas a quienes siempre estaré agradecida por las enseñanzas recibidas.

<sup>105</sup> Entiendo tal término en sentido amplio como comprensivo del conjunto de datos que, procedentes de fuentes diversas, dan cuenta del funcionamiento del sistema penal. Incluyo aquí las Memorias de la Fiscalía General del Estado, del CGPJ, del Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia, así como datos extraídos de la estadística de la Secretaría General de Instituciones penitenciarias, entre otras fuentes análogas. Incluyo los enlaces de las más relevantes. Memorias del CGPJ: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Memorias/Memoria-Anual>;

Memorias Fiscalía General del Estado:

[https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/memorias\\_fiscalia\\_general\\_estado](https://www.fiscal.es/fiscal/publico/ciudadano/documentos/memorias_fiscalia_general_estado)

Memoria Tribunal Supremo: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Actividad-del-TS/Memoria-del-TS>

Memorias de los respectivos Tribunales Superiores de Justicia de las CCAA:

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia>

Estadística penitenciaria (especialmente útil la disgregada por tipologías delictivas):

<http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/documentos>

<sup>106</sup> Muy crítico con la calidad de los datos ofrecidos por las diferentes fuentes, ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., *Eficiencia y transparencia del sistema judicial español en el contexto europeo: análisis comparativo y propuestas de mejora*, Bosch, Barcelona 2015, p. 121 a 125 y 179 a 180. También crítico el informe del Observatorio de la delincuencia 2013 que analiza el modelo de recogida de datos implantado tras la creación dentro del CGPJ de la Sección de Estadística Judicial y, aunque reconoce la indudable mejora que representa frente al sistema anterior, se estima necesario seguir modernizando y mejorando la estadística. Es más, a juicio de sus autores “el sistema de recolección y tratamiento de la información de nuestra administración de justicia dista mucho de ofrecer el rigor científico y metodológico que sería deseable. La situación actual refleja, más bien, la complilación un tanto apresurada de una gran cantidad de

que resulta sorprendente que no se haga ni la más mínima mención a dato alguno extraído de dichas fuentes. Así sucede en la Memoria de impacto de la última reforma, en cuyas noventa y nueve páginas está ausente cualquier referencia a un supuesto aumento de la criminalidad que, junto con las alegadas obligaciones internacionales, aconsejase una nueva reforma en la materia. Ciertamente es que las estadísticas judiciales o las Memorias de la FGE sólo ofrecen información de tipo procesal, lo que, unido a la elevada cifra negra existente en estos delitos, hace que haya que contar con posibilidades de desviación. Pero, incluso así, resulta sorprendente que se prescindiera de manera tan clamorosa de esa información institucional. Qué menos que consultar el apartado relativo a la evaluación cualitativa de la criminalidad incluido en las Memorias de la Fiscalía General del Estado. De haberse hecho así antes de emprender la última reforma, se hubiera constatado que en los últimos cinco años no hay un aumento verdaderamente significativo en el número de sentencias condenatorias en la mayoría de los delitos del tipo que nos ocupa. Ello pese a que las propias reformas – como reconoce la FGE<sup>107</sup> – suelen ser muy a menudo lo que mejor explica el incremento de las causas judiciales (paradigmático lo ocurrido en materia de seguridad vial tras las reformas de 2007 y 2010). Es más, en la Memoria que recogía los datos del año 2014, esto es, inmediatos a la reforma de 2015 se afirma que se ha producido “una involución en la referida a los delitos (sc contra la libertad/indemnidad sexual) con víctimas menores, que se reducen casi a la mitad”<sup>108</sup>. Y todo ello, por no hablar de que en los últimos cinco años ninguna de las Memorias del órgano encargado de la persecución penal incluya en el capítulo de propuestas de reforma legislativa alguna que tenga que ver con la modificación de la regulación sustantiva de estos delitos.

No mucho más convincente es el socorrido recurso a las nuevas tecnologías como instrumento comisivo que exige indefectiblemente la reforma penal especialmente para tutelar al menor frente al “stranger danger” que contacta *online* con fines perversos. ¿Es ese realmente el ámbito de intervención prioritaria? No hay que desconocer que, como señalan múltiples estudios, la mayor parte de los delitos sexuales contra menores se producen en la esfera familiar y, aunque en menor medida, en la formativa por parte de individuos que son conocidos del menor<sup>109</sup>.

datos sin unas bases sólidas sobre su estructura y aprovechamiento, con lo que ello supone de derroche de recursos. En nuestra opinión, se está construyendo un gigante con los pies de barro”, (*La Administración de Justicia según los datos* (GARCÍA ESPAÑA, E/DÍEZ RIPOLLÉS, JL (dirs), Instituto andaluz interuniversitario de Criminología- Tirant lo Blanch, 2013 (vid. p. 18 a 22, 261 y ss, la cita en p. 269)

<sup>107</sup> Así vg. en la Memoria de 2012, donde, aunque de modo algo confuso, se reconoce que los incrementos registrados en los epígrafes estadísticos de conductas sexuales contra menores no son representativos de un incremento correlativo de este tipo de conductas, sino que obedecen a la reforma operada en esta materia en el Código Penal por la LO 5/2010, de 22 de junio, p. 164

<sup>108</sup> Memoria 2015, p. 694. Muy ilustrativo el gráfico incluido en la p. 695

<sup>109</sup> Vid. con múltiples citas, el ya citado trabajo de RAMOS VÁZQUEZ, J.A. (*Política criminal, cultura y abuso sexual de menores*, ... cit, p. 16, p. 41 y ss; 92, 108, entre otras. Por su parte, del estudio empírico realizado por TAMARIT/ GUARDIOLA/HERNÁNDEZ-HIDALGO/PADRÓ-SOLANET, se extrae que en

Precisamente por lo que se refiere al polémico delito de *grooming*, se ha publicado recientemente un interesante artículo de Villacampa Estiarte y Gómez Adillón, en el que las autoras nos presentan los resultados de una investigación cuantitativa realizada con una muestra de 489 estudiantes de secundaria en Cataluña que arrojan más sombras que luces sobre la ocurrencia legislativa. El trabajo pone de manifiesto que las conductas de *grooming* son más frecuentes entre iguales (12,3%) que en el que procede de adultos (10%), que los menores no tienden a contactar a través de la red con personas desconocidas por ellos y que solo 1 de cada 20 es contactado por un adulto *online* para hablar de sexo. Por otra parte, las autoras subrayan que, a la reducida prevalencia de estas conductas cuando las emprenden adultos, se suma la escasa gravedad de las que se producen, pues la mayor parte no motivan encuentros *offline* y, además, producen, según los encuestados, una débil afectación emocional en las supuestas víctimas<sup>110</sup>. A conclusiones en parte análogas se llega, según otro estudio de Villacampa, en lo que se refiere al *sexting* (art. 197.7), que, aunque dirigido a tutelar la intimidad, tiene una indiscutible connotación sexual. Según dicho estudio, el nuevo tipo introducido en 2015 puede conducir a criminalizar conductas entre adolescentes, que, sin embargo, no conceden gran importancia a una práctica que parecen haber “normalizado”, por lo que tal vez resultaría deseable servirse de otros mecanismos (educativos y/o sancionadores pero de naturaleza civil)<sup>111</sup>

La misma carencia de análisis con un mínimo de sustento sociológico evidencia la reforma que rebaja considerablemente la edad del consentimiento sexual. El legislador se refiere sin citarlos a informes (?) o al común conocimiento (!), según los cuales la edad media en que se mantienen relaciones sexuales entre nuestros jóvenes se sitúa alrededor de los dieciseis años. Un legislador responsable debiera haber certificado el dato y conocer con más detalle las actitudes y pautas sexuales de nuestros adolescentes, cerciorándose del porcentaje de jóvenes que se inician a esa edad antes de decidir si era preciso elevarlo tanto y si tampoco en este aspecto existían otras alternativas, conclusión, por cierto, que la Memoria de impacto rechaza con carácter general<sup>112</sup>.

Menos aún recurre a datos- o, si lo hace, ni son explícitos ni se infieren de la regulación- procedentes de ciencias con base empírico-social que permitan apuntalar la mayor eficacia de las nuevas penas, ni tampoco se presta atención alguna a la crucial cuestión de cuánto cuesta implementarlas adecuadamente. En cuanto a esto

un 68% de casos el acusado tenía relación previa con la víctima y en un 38% la victimización es intrafamiliar. “La victimización sexual de menores de edad: un estudio de Sentencias”, en *Revista Española de Investigación Criminológica*, Artículo 5, Número 12 (2014), p. 16

<sup>110</sup> Nuevas tecnologías y victimización sexual de menores por on line grooming, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2016, núm. 18-02, pp. 1-27

<sup>111</sup> “Sexting: prevalencia, características personales y conductuales y efectos de una muestra de adolescentes en España”, *Revista General de Derecho penal* 25, 2016.

<sup>112</sup> De ahí que en el capítulo de “Principales alternativas consideradas”, la respuesta sea “Ninguna”

último, las leyes penales españolas son un auténtico ejercicio de continencia: lo más frecuente en las respectivas memorias económicas es que se concluya con un lacónico “no va a suponer un incremento del gasto”, fórmula que a cualquier jurista honesto le debería sonrojar. En el caso de la Memoria de impacto que acompañó a la reforma de 2015 se dedica a esta cuestión medio folio (p. 97 y 98) para decir que el impacto presupuestario será nulo. En realidad, lo que se quiere decir con ello es que el Gobierno no prevé dedicar ninguna partida del gasto público a poner en marcha la reforma, que deberá salir adelante con los medios personales y materiales de que dispone el sistema de justicia penal. Pero eso es algo distinto a que las reformas carezcan de impacto económico. Baste pensar en el aumento de la población penitenciaria que motivan. Sin embargo, como tantas veces ha denunciado Ortiz de Urbina, el legislador español siempre se ha sentido liberado de todo análisis de costes y beneficios, pese a que la evaluación de tales extremos es una obligación jurídica (art. 88 CE y art. 22 de la Ley del Gobierno), además de una buena práctica<sup>113</sup>.

#### 5.4.2. *Las obligaciones internacionales*

Queda en pie el argumento de las obligaciones internacionales, a las que aluden profusamente los Preámbulos, las Exposiciones de Motivos y las Memorias de impacto<sup>114</sup>. Indiscutiblemente los Estados miembros deben incorporar a la legislación interna las prescripciones en la materia, que en este caso se recogieron, fundamentalmente, en la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo de 22 de diciembre de 2003 relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, sustituida por la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil. La Decisión marco 2004/68/JAI fue determinante en la reforma operada por LO 5/2010 y la Directiva 2011/93/UE en la de 2015, cuyas exigencias, como con esmerada casuística demuestra De la Mata<sup>115</sup>, fueron sobradamente atendidas. Tanto es así que, en buena medida, no le falta razón a González Cussac cuando alude a dichas obligaciones internacionales como la cansina y falaz coartada<sup>116</sup> que permite al legislador ir mucho más allá de lo exigido por tales compromisos. La cuestión ha sido tratada

<sup>113</sup> Vid. su trabajo más reciente sobre el particular, con ulteriores citas, “La economía como herramienta en la evaluación legislativa: análisis de costes, coste-eficacia y coste-beneficio”, en NIETO MARTÍN/MUÑOZ DE MORALES/BECERRA MUÑOZ, *Hacia una evaluación...*, op. cit., p. 79 a 105. El hecho de que las políticas penales punitivistas no sean económicamente sostenibles es, como dice BRANDARIZ GARCÍA, tal vez nuestra única esperanza (vid su incisivo análisis de la política criminal contemporánea en *El gobierno de la penalidad*, Dykinson, Madrid, 2014).

<sup>114</sup> Memoria reforma 2015, p. 40 y ss

<sup>115</sup> Derecho penal europeo y legislación española. Las reformas del Código penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 74-80 y 225

<sup>116</sup> Prefacio a los *Comentarios a la reforma...* (GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. dir.) ob cit. p. 18

con rigor por muchos colegas, que, en diversos trabajos, demuestran contundentemente que, junto a modificaciones que resultaban ineludibles, hay otras muchas en las que el legislador opta por incorporar novedades que eran de introducción facultativa o incrementa las penas obviando que lo único a lo que obliga la normativa europea es a imponer un mínimo al límite máximo<sup>117</sup>.

Pese a lo certero de tales críticas, no quiero, sin embargo, cerrar este epígrafe sin dejar constancia de que esa corriente europea viene también a saldar una deuda histórica que todos tenemos con nuestros menores, cuya desprotección ante los abusos- muy a menudo procedentes de su más inmediato entorno-, era intolerable. Tiene, pues, razón Tamarit cuando afirma que la crítica a la Directiva y, en general, a la hipertrofia del Derecho penal sexual, especialmente en materia de menores, ni debe banalizar un problema sobre cuya incidencia criminológica hay un auténtico baile de cifras (mayor, según el autor, de lo que se afirma), ni, ante todo, debe suponer un retorno a la invisibilidad que durante siglos han sufrido las víctimas menores<sup>118</sup>. Aún así, esa deuda debe saldarse de modo distinto y sirviéndose de cauces realmente eficaces para atajar el problema.

## 6. Evaluación normativa y control constitucional de la ley. Un breve apunte

Como hemos visto, la ausencia de evaluación *ex ante* y *ex post* es un defecto de técnica legislativa que aqueja con carácter general a la legislación penal y, singularmente, a las múltiples reformas acaecidas en el Derecho penal sexual de menores. La cuestión es que, pese lo que ello representa en términos de racionalidad legislativa, hoy por hoy se escapa a todo control externo. Sin embargo, como señala García- Escudero Márquez, “la técnica legislativa no sólo se ocupa de aspec-

<sup>117</sup> Vid. vg. las recientes críticas que en cuanto a esto se suscitan en relación con la última reforma en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, op. cit. p. 21; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, “Abusos sexuales a menores: arts. 182,183 y 183 bis”, en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dir.), *Comentarios*, op. cit., p. 603. En relación con el Anteproyecto – la mayoría de cuyas prescripciones recoge el texto aprobado-, la confrontación que hizo Díez Ripollés entre lo exigido por la Directiva y lo traspuesto es demoledora, “Sucintas observaciones sobre algunas decisiones del Anteproyecto de Reforma del Código penal de 2012, en ÁLVAREZ/DOPICO, *Estudio crítico...*, op. cit. p. 56 y ss. En extenso, con un análisis muy ponderado, RAMÓN RIBAS, E., *Minoría de edad, sexo y Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona 2013, p. 210 y ss; RAMOS TAPIA, I., “La tipificación de los abusos sexuales a menores: el Proyecto de Reforma de 2013 y su adecuación a la Directiva 2011/92/UE”, en VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina (dir.), *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores (Adecuación del Derecho español a las demandas supranacionales de protección)*, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 107 y ss; RODRÍGUEZ MESA, M<sup>a</sup> José, “La Directiva 2011/92/ UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil. Especial referencia a su transposición en el Anteproyecto de reforma del Código penal. *Revista Aranzadi de Derecho y proceso penal*, septiembre-diciembre 2013, p. 227 y ss.

<sup>118</sup> “¿Caza de brujas o protección de los menores?. La respuesta penal a la victimización sexual de menores a partir de la directiva europea de 2011”, en VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Delitos contra la libertad...*, op. cit. 2015, p. 102 y 103. Vid asimismo ROPERO CARRASCO, J. P. “Reformas penales y Política criminal en la protección de la indemnidad sexual de los menores. El proyecto de 2013”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV (2014), p. 236 y ss

tos formales de las leyes (...) sino también de que éstas cumplan los objetivos perseguidos con su aprobación, esto es, que la regulación sea materialmente adecuada”<sup>119</sup>, extremo que difícilmente puede constatarse al margen de la evaluación de la ley. Esa misma autora, como ya hiciera quien fuera presidente del TC<sup>120</sup>, ha planteado, incluso, la posibilidad de que el Alto Tribunal pudiera declarar la inconstitucionalidad de normas que responden, según sus propias palabras, a “una política que se ha revelado desafortunada e incluso dañina para el bien común o el interés general”<sup>121</sup>, lo que contravendría principios tan básicos como la interdicción de la arbitrariedad, la justicia o la igualdad. Por su parte, Rodríguez Ferrández ha propuesto recientemente, un modelo de control intensivo, que, resumidamente, permitiría al Tribunal Constitucional declarar la inconstitucionalidad de aquellas normas que, de acuerdo con el informe emitido por un “Comité de Evaluación Legislativa”- funcionalmente dependiente del mismo Tribunal-, se estimase que restringen innecesariamente la libertad de los ciudadanos<sup>122</sup>

Ahora bien, la cuestión del control nos introduce en un ámbito de constitucionalidad muy delicado. Incluso si pensamos en los meros controles formales. Pensemos en la última reforma del Código penal por LO 1/2015, algunos de cuyos aspectos sustanciales han sido introducidos por vía de enmienda hurtando así al Consejo General del Poder Judicial la posibilidad de pronunciarse. Frente a ello, los filtros que el TC puede utilizar son lógicamente muy porosos. Baste recordar cuanto ya dijo el Pleno en la STC 108/1986, de 29 de julio en relación con la falta de informe de ese mismo órgano en relación con la ley orgánica del Poder Judicial. El TC decía entonces:

(...) en el caso de la L. O. P. J., el preceptivo informe no recayó sobre el proyecto enviado al Congreso sino sobre el anteproyecto, que fue objeto de varias modificaciones al convertirse en proyecto, lo que, aparte de ser contrario al citado art. 3-5 de la Ley Orgánica 1/1980, vulneraría también el art. 88 de la Constitución, en cuanto éste dispone que «los proyectos de Ley serán aprobados en Consejo de Ministros, que los someterá al Congreso, acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos». Entre estos antecedentes debía haberse contado el informe del Consejo, por lo que su ausencia, según los recurrentes, infringe dicho art. 88, y provoca la inconstitucionalidad de la Ley. Prescindiendo de algunas cuestiones que planteaba el referido art. 3-5 de la Ley Orgánica 1/1980, como son si realmente se refería al proyecto de Ley en sentido estricto o al anteproyecto, según precisa en la actualidad el art. 108 de la L.

<sup>119</sup> *Técnica legislativa y seguridad jurídica: ¿hacia el control constitucional de la calidad de las leyes?* Cuadernos Civitas Pamplona 2010, p. 183

<sup>120</sup> CRUZ VILLALÓN, P., “Control de la calidad de la ley y calidad del control de la ley”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (dir) *La proliferación legislativa...*, op. cit., p. 113 y ss

<sup>121</sup> Op. cit., p. 191 y 192

<sup>122</sup> *La evaluación...*, cit., p. 356 y ss

O. P. J., o si el informe en cuestión tenía carácter facultativo o preceptivo, basta con señalar que el defecto denunciado se habría producido, en todo caso, en el procedimiento administrativo previo al envío del proyecto al Congreso y no en el procedimiento legislativo, es decir, en el relativo a la elaboración de la Ley, que se desenvuelve en las Cortes Generales, por lo que mal puede sostenerse que el citado defecto puede provocar la invalidez de este último procedimiento y de la Ley en que desemboca. También está fuera de lugar la invocación a este propósito del art. 88 de la Constitución, antes transcrito. La ausencia de un determinado antecedente sólo tendrá trascendencia si se hubiere privado a las Cámaras de un elemento de juicio necesario para su decisión, pero, en este caso, el defecto, que tuvo que ser conocido de inmediato, hubiese debido ser denunciado ante las mismas Cámaras y los recurrentes no alegan en ningún momento que esto ocurriese. No habiéndose producido esa denuncia, es forzoso concluir que las Cámaras no estimaron que el informe era un elemento de juicio necesario para su decisión, sin que este Tribunal pueda interferirse en la valoración de la relevancia que un elemento de juicio tuvo para los parlamentarios” (FJ 3<sup>o</sup>)

Y en la misma línea la más reciente STC 238/2012 de 13 diciembre<sup>123</sup> nos recuerda que el art. 88 CE no puede ser utilizado por el Tribunal como parámetro directo de constitucionalidad y que

“la Ley del Gobierno (sc Ley 50/1997) establece de qué modo conformará el Consejo de Ministros su voluntad de activar una iniciativa legislativa, pero el procedimiento que se describe en el art. 22 de la Ley del Gobierno es un procedimiento prelegislativo, que sólo podrá suponer un vicio de constitucionalidad formal de la Ley si (...) los fallos en la conformación de esa voluntad gubernamental implican que el Congreso de los Diputados, o el Senado en aquellos supuestos en que sea Cámara de primera lectura, carezcan de los elementos necesarios para pronunciarse sobre esos proyectos” (FJ 3<sup>o</sup> b).

Asimismo, la referida sentencia se guarda de recordar que el apartado 5 del art. 22 de la Ley del Gobierno reconoce la posibilidad de que el Consejo de Ministros prescinda de parte de los trámites contemplados en el precepto, y, finalmente, pese a que el proyecto de ley presentado a la Mesa del Congreso carecía de los antecedentes requeridos por la Ley 50/1997, el TC estimó que ello no afectaba esencialmente al proceso de formación de la voluntad legislativa y que, por ende, no existía vicio de inconstitucionalidad, más allá de que se reconozca “que no estamos ante una tramitación legislativa ejemplar” (FJ 3<sup>o</sup>, b, *in fine*). Por otra parte, ya hemos visto que las reformas introducidas por la ley 40/2015 y el RD 286/2017 el RD

<sup>123</sup> El Pleno se pronunció sobre el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Diputados del Grupo Popular del Congreso contra la Ley Orgánica 2/2004, de 28 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Sustancialmente, el recurso objetaba que la tramitación de la ley no se ajustaba a las exigencias formales que se derivan del bloque de la constitucionalidad y que condicionan la aprobación de una norma con rango de Ley. El TC desestimó el recurso



286/2017, aunque introducen algunas mejoras, no van a ser, por sí solas, determinantes.

Resulta, pues, que ni siquiera queda asegurado el control del procedimiento, que es, en buena lid, el *prius* para el posterior control material de las normas, con respecto al cual, por lo demás, el TC se muestra tan deferente como lo es a la hora de ejercer la fiscalización formal del procedimiento.

Las insuficiencias del actual modelo de control material de la racionalidad legislativa han sido puestas reiteradamente de manifiesto<sup>124</sup>, al tiempo que han fructificado propuestas destinadas a ofrecer un asidero firme para un verdadero control de aquella naturaleza. La corriente posiblemente mayoritaria- en la que me incluyo- se inclina por la elección del principio de proporcionalidad en sentido amplio como parámetro singularmente apto para cumplir dicha función<sup>125</sup>. Sin perjuicio, claro está, de que el TC deba ahondar en su desarrollo conceptual, comenzando por reconocer que, para ser operativa como instrumento de control, la proporcionalidad debe venir acompañada de deberes de argumentación, que deben mantenerse a lo largo de toda la existencia de la ley (de modo que si deja de ser necesaria hay que expulsarla del ordenamiento). Asimismo, es imprescindible adoptar un criterio de deferencia legislativa que, sin llegar a lo que algún autor ha propuesto<sup>126</sup>, recorte el amplísimo margen que hoy deja al legislador cuando enjuicia la constitucionalidad desde la perspectiva de los principios<sup>127</sup>. En cualquier caso, sea exclusivamente en el marco de la proporcionalidad, o en el juego combinado de este principio y el de legalidad<sup>128</sup>, o, como otros sostienen, a través de la interdicción de la arbitrarie-

<sup>124</sup> Entre los críticos más severos, DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “El control de constitucionalidad de las leyes penales”, (publicado originalmente en la *Revista española de Derecho Constitucional*, nº 75, 2005), en *La racionalidad...*, op. cit., especialmente p. 210 y ss

<sup>125</sup> Me atrevería a decir que fue Ana M<sup>a</sup> PRIETO DEL PINO la primera en España en defender esta idea (vid. su tesis *El Derecho penal ante el uso de información privilegiada en el mercado de valores*, Aranzadi, Pamplona, 2004; más recientemente, “Los contenidos de racionalidad del principio de proporcionalidad en sentido amplio: el principio de subsidiariedad” en NIETO MARTÍN/MUÑOZ DE MORALES ROMERO/BECERRA MUÑOZ, *Hacia la evaluación racional...*, op. cit., p. 273 a 305. Vid asimismo, en extenso, LOPERA MESA, G.P, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2006, *passim*)

<sup>126</sup> A mi modo de ver, las exigencias derivadas del sistema de control que defiende Luis VÉLEZ RODRÍGUEZ, no son compatibles con nuestro modelo constitucional. Aunque aquí no puedo detenerme en ello, tampoco comparto la idea- que defiende también en la misma obra Adán NIETO- de ampliar el círculo de personas legitimadas para interponer recurso de inconstitucionalidad. Por otra parte, resulta difícil compartir la gruesa afirmación de que “la razón para esta deferencia al legislador descansa, principalmente, en la escasa legitimidad democrática del Tribunal Constitucional” (“El control de constitucionalidad de las leyes penales ante el embate irracionalista de la política criminal”, en MARTÍN/MUÑOZ DE MORALES ROMERO/BECERRA MUÑOZ, *Hacia la evaluación racional...*, op. cit., p 379 a 404; la cita en p. 401).

<sup>127</sup> En la línea de lo defendido en varios trabajos por Juan Antonio LASCURAÍN, partidario de un criterio moderado de deferencia (lo más reciente es una nueva versión de un antiguo trabajo “El control constitucional de las leyes penales”, publicada en MARTÍN/MUÑOZ DE MORALES ROMERO/BECERRA MUÑOZ, *Hacia la evaluación racional...*, op. cit., p. 351 a 377)

<sup>128</sup> Así lo ha propuesto recientemente Adán NIETO, que, resumidamente, defiende, en primer lugar, profundizar en la reserva de ley a efectos de proceder al control procedimental, que no juzga contenidos sino sólo el modo en que el legislador ha justificado y razonado sus decisiones y en qué medida el procedimiento

dad<sup>129</sup>, lo determinante es integrar la exigencia de justificación en el seno del control constitucional, de manera que, en primer lugar, no baste un aparente cumplimiento de las normas- que no son meras buenas prácticas- reguladoras del procedimiento de elaboración de las leyes y, en segundo lugar, que el control material se sustancie en una verdadera justificación, lo cual, en muchos casos, requerirá del legislador la aportación de datos empíricos sin los que no se satisface materialmente el deber de argumentación<sup>130</sup>.

### 7. Excurso: el “caso Mari Luz”: un ejemplo paradigmático del devenir de los procesos legislativos y otras curiosidades de nuestro sistema de justicia penal

Lo acontecido alrededor del conocido como “caso Mari Luz” es probablemente el mejor ejemplo del clima en que se suelen gestar las reformas que afectan a los delitos sexuales contra menores, en las que, precisamente por ello, la irracionalidad es la regla que impera en el procedimiento de elaboración legislativa.

El caso en sí es la triste historia de la muerte de la pequeña Mari Luz Cortés, a quién un fatídico 13 de enero de 2008,

el procesado “mayor de edad y ejecutoriamente condenado por Sentencias firmes de fecha 13/12/2004 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 4 de Sevilla por delito de Abusos Sexuales; fecha 30/12/2005 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Sevilla por delito de Abusos Sexuales; así como por Sentencias posteriores firmes de fechas 1/7/2008, Juzgado de lo Penal nº 3 de Gijón por delito de Abusos Sexuales y de 4/5/2009 por igual delito dictada por el Juzgado de lo Penal nº 5 de Sevilla, (...) “con la finalidad de satisfacer su ánimo libidinoso atrajo arrojándole a la acera un osito de color blanco (...) subiendo la menor el único tramo de escalera que conduce a dicha vivienda momento en el que el procesado para obtener placer sexual comenzó a efectuar diversos tocamientos sobre su cuerpo y como quiera que la menor se resistiese a estos tocamientos el procesado para evitar que huyera la

cumple unos estándares de calidad. En segundo lugar, entraría en juego el control material de la mano del principio de proporcionalidad (“Un triángulo necesario: ciencia...”, op. cit)

<sup>129</sup> Desde antiguo, DÍEZ RIPOLLÉS viene poniendo en este principio sus esperanzas de control de la racionalidad de la ley (vid. “El control...”, op. cit; o “La racionalidad legislativa penal: contenidos e instrumentos de control” en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L./PRIETO DEL PINO, A./SOTO NAVARRO, S., *La política legislativa penal en Occidente. Una perspectiva comparada*, Tirant lo Blanch-Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, Valencia, 2005, p. 311 y ss)

<sup>130</sup> Sería un fraude, por servirnos de un caso paradigmático, que todo se sustanciase con la incorporación de algo similar a la letanía que se ha incorporado a los Decretos de indulto a raíz de la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo núm. 13/2013, de 20 noviembre (caso del Kamikaze), que, como es sabido, anuló el Decreto de indulto por falta de motivación del acto. La resolución, pese los votos particulares, permite la fiscalización de un acto considerado “político” y, por ende, representa un paso importante en el control de la racionalidad legislativa a todos los niveles. Es intolerable, sin embargo, que todo haya quedado reducido a esto: “Visto el expediente de indulto de XXX (...), en el que se han considerado los informes del Tribunal sentenciador y del Ministerio Fiscal, [y] estimando que, atendiendo a las circunstancias de la condenada, concurren razones de justicia y equidad”.

agarró por la muñeca y por el tórax originándose un forcejeo, sufriendo la menor lesiones (...) que no sangraron pero fueron de entidad suficiente como para dejar a la menor inconsciente, el acusado ante esta situación decidió deshacerse del cuerpo con vida de la menor (...)

El acusado se dirigió a la habitación de su hermana (...), la cual se encontraba durmiendo, despertándola, contándole lo que minutos antes había sucedido y pidiéndole que le ayudara (...)

A estos efectos bajaron hasta el vehículo (...) dirigiéndose ambos hasta la zona de las Marismas próxima el Estero del Rincón lugar (...) en donde el procesado sacó el carrito del maletero y arrojó a la menor al agua cuando aun estaba viva, produciéndose la muerte de la menor por asfixia por sumersión” (...) El cuerpo sin vida de la menor apareció sobre las 17’30 horas del día 7 de Marzo de 2008”<sup>131</sup>.

El acusado fue condenado a una pena de tres años de prisión por el delito de abuso sexual y diecinueve por el de asesinato. Asimismo, la hermana de éste resultó condenada como cómplice de asesinato a la pena de nueve años de prisión; en ambos casos con accesorias y costas.

El caso conmovió a la sociedad española, lo cual parece lógico habida cuenta del triste final de la niña. Lo que ya no parece tan lógico es el circo mediático que aquél caso generó y, lo que es peor, el hecho de que nuestro sistema de justicia-entendida esta expresión en sentido muy amplio- se viera engullido debajo de esas carpas.

Un repaso a la hemeroteca nos recuerda que el propio presidente del Gobierno, José Luis Rodríguez Zapatero y el ministro de Justicia, Mariano Fernández Bermejo recibieron al padre de la niña y le prometieron “un paquete de medidas contra la pederastia”, promesas a las que se sumaron otros muchos líderes políticos. El Partido Popular fue, incluso, más allá y contrató a Juan José Cortés, padre de la pequeña, como asesor en temas de justicia. Según confirmaba la página oficial del partido, “trabaja con ellos en la reforma del Código Penal que ha comenzado a tramitarse en el Congreso de los Diputados, con la esperanza de que si este Gobierno (sc el socialista de Rodríguez Zapatero) no endurece las penas para quienes cometen delitos contra los niños, lo haga el próximo Ejecutivo de la mano de Mariano Rajoy”<sup>132</sup>.

A la par, los llamados programas de entretenimiento ofrecían entrevistas a todo el que tuviera algo que ver con el asunto, hasta el punto de que en uno de ellos compareció la mujer del acusado, discapacitada psíquica, que, entre llantos confesó que él era el autor de la muerte de la niña, así como otros pormenores, testimonio que contradecía el que había prestado poco antes en la vista. A resultas de lo ante-

<sup>131</sup> Resumen del relato de hechos declarados probados por la sentencia de 18 marzo 2011, sección 3ª AP Huelva, confirmada íntegramente por STS 1190/2011, de 10 de noviembre.

<sup>132</sup> <http://www.pp.es/actualidad-noticia/pp-incorpora-juan-jose-cortes-como-asesor-reforma-del-codigo-penal>

rior, la declarante fue detenida y en la sentencia se dedujo testimonio a los efectos pertinentes. Por su parte, la conocida presentadora del programa de TV y sus colaboradores fueron citados como imputados- por “coaccionar” supuestamente a la entrevistada- en una confusa providencia dictada por la polémica titular del Juzgado de Instrucción número 43 de Madrid, quien, a su vez, resultó condenada más tarde- y por otras razones- por un delito de prevaricación que motivó su apartamiento de la carrera judicial<sup>133</sup>. Por último, no hay que olvidar las responsabilidades en que incurrieron el juez y la secretaria del Juzgado de lo penal nº 1 de Sevilla, pues el autor de los hechos había sido condenado por el delito de abusos sexuales a su propia hija y, pese a la firmeza de la sentencia, estaba en libertad<sup>134</sup>.

Como se ve, cuanto rodeó al “Caso Mari Luz” nos dice algo acerca del funcionamiento de nuestro sistema de justicia y del modo en que los responsables políticos afrontan su mejora<sup>135</sup>. Y, la verdad, es que, visto lo hecho desde entonces, el balance no puede ser más desolador.

## 8. Conclusión

Las reformas de los delitos sexuales contra menores son un paradigma de la irracionalidad legislativa. Dichas reformas no son el producto de un análisis riguroso que tome en consideración datos empíricos que evidencien la necesidad de la misma, ni tampoco son el fruto de un estudio comparado de alternativas disponibles que concluya que la vía penal es el modo más adecuado de intervenir. Por el contrario, hay indicios de que los motivos que llevan a la acción pertenecen al universo del denominado populismo punitivo y generan regulaciones de las que bien puede decirse que:

- a) no responden a necesidades de tutela científicamente acreditadas;
- b) no se ajustan a las exigencias derivadas de los principios que limitan el *ius puniendi* estatal, singularmente las derivadas de los principios de ofensividad y prohibición de exceso.

<sup>133</sup> STSJ Madrid 15/2013, de 15 de octubre (sala de lo civil y penal)

<sup>134</sup> Tal circunstancia debiera haber motivado la revisión de un procedimiento que permite que la falta de ejecución de sentencias condenatorias por delitos graves sea debida a inadvertencia; muchas veces como consecuencia del exceso de trabajo y el caos organizativo que a menudo inunda las salas de ejecutorias. Por otra parte, me permito recordar que el asunto motivó la imposición de una multa al juez titular de 1500 euros y una suspensión de empleo y sueldo a la secretaria judicial como autora de una falta grave de desatención prevista en el artículo 155.6 del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios (Sentencia de la Audiencia Nacional, de 8 de abril de 2010, sección tercera,). Pese a que, en efecto, el secretario judicial tiene singulares competencias en las ejecutorias, no parece que exista un razonable equilibrio a la hora de repartir las responsabilidades disciplinarias, de las que, por otra parte, quedo exonerado desde el principio el Ministerio Fiscal pese a su función de garante de la legalidad.

<sup>135</sup> Demoleador, DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. “El caso Mari Luz y los políticos”, en *Delitos y penas en España*, Catarata, Madrid, 2015. En general, sobre el papel que se concede las víctimas en la política legislativa contemporánea, vid. CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I. *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, Tirant lo Blanch- Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, Valencia, 2010.

c) el recurso a la pena es en muchos casos tan sólo el trasunto de una tendencia casi “atávica” a imponer la concepción mayoritaria de la sexualidad, según la cual se sobrevalora la protección que a los menores se les debe deparar, o, si se prefiere, se incurre en el desatino de estimar que dicha protección debe ser en todo caso y prioritariamente de naturaleza penal.

c) ponen al descubierto que, en relación con los menores, nuestro legislador padece una especie de esquizofrenia legislativa, por cuya virtud les niega madurez para decidir en este ámbito (al igual que en otros, vg. aborto) pero se la reconoce a efectos de ir endureciendo la reacción penal frente a los mismos, como lo demuestran las sucesivas reformas de la LO 5/2000, que, por cierto, fue modificada antes de su entrada en vigor como consecuencia del asesinato de Sandra Palo, y, pese a esa y otras reformas, está todavía pendiente de una evaluación que la propia norma exigía (disposiciones adicionales 5ª y 6ª). Otro ejemplo más de irracionalidad legislativa.