

Ignacio Escolar

¿Qué ha fallado con la ley del ‘sí es sí’?

elDiario.es, 17 de noviembre de 2022 .

Será la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, donde los magistrados conservadores tienen la mayoría, quien decidirá la suerte de una de las leyes más importantes de la agenda feminista del Gobierno.

“In dubio, pro reo”. Este popular latinajo que en gran medida resume el espíritu de una Justicia garantista (“ante la duda, a favor del acusado”) sirve de metáfora para explicar el embrollo de la ley del ‘sí es sí’ y algunas de las rebajas de pena que está firmando la Justicia con esta reforma del Código Penal. La clave es otro principio jurídico que todo demócrata debe siempre respetar, el de la irretroactividad penal: que solo las nuevas leyes que beneficien al reo se deben aplicar.

No se pueden endurecer las condenas con efectos retroactivos –lo prohíbe expresamente la Constitución–. Pero siempre que una ley cambie, y establezca algunas penas menores, los beneficios para el reo sí se deben aplicar. A posteriori, una condena nunca puede aumentar (por eso fue anulada la ‘doctrina Parot’). Pero sí se pueden rebajar, si la nueva ley establece para esos mismos hechos una pena inferior.

¿La nueva ley del ‘sí es sí’ ha rebajado las condenas frente a las agresiones sexuales? Si miramos el bosque en su conjunto, la respuesta más exacta es que no. En términos generales, la ley lo que hizo fue aumentar las penas para buena parte de los supuestos, pero también rebajó algunos otros.

La clave de esta reforma es la unificación del antiguo delito de “abuso sexual” y el de “agresión sexual”. Fue consecuencia de la indignación popular provocada por la primera sentencia del caso de ‘la manada’, que condenó aquella violación como un “abuso”. La nueva ley unificó toda conducta que atenta contra la libertad sexual como una agresión. Y eso ha llevado a unas nuevas horquillas de condenas: una nueva guía de penas máximas y mínimas que pueden dictar los jueces en función de cada caso en concreto. Porque todas las leyes tienen un margen de interpretación. Las condenas a cárcel no son una simple regla de tres.

En general, lo que antes eran “abusos” (los delitos sexuales menos graves) ahora tienen penas mayores. Y las antiguas “agresiones” (los delitos sexuales más graves, con intimidación y violencia) ahora pueden tener condenas un poco menores que antes. Todo esto, con muchos matices. Porque depende de qué circunstancias agravantes o atenuantes se apliquen en cada situación. Pero situar el consentimiento (el ‘sí es sí’) en el centro de la reforma hizo que las conductas más lesivas (que haya violencia) no fueran tan penadas como antes.

En principio, todo este diseño no tiene por qué ser malo per se. Si el consentimiento es lo más importante, ya no es tan relevante delimitar judicialmente si la persona violada se resistió con todas sus fuerzas, si chilló mucho, si se jugó la vida o si se quedó paralizada ante la situación.

Que una ley sea más dura tampoco significa que sea mejor. Solo desde el populismo punitivo se puede argumentar que una reforma legal es buena calculando simplemente si a los delincuentes les caen más años de prisión. Y en España, históricamente, el viejo delito de violación era prácticamente equiparable al de un homicidio. Pensar que es casi

lo mismo violar –pese a la gravedad de este delito– que asesinar es un disparate jurídico, que rompe con la proporcionalidad. Y que sirve de poco para la prevención.

Pero volvamos a las revisiones de las condenas, que es el meollo de la cuestión. Desde el Gobierno, y desde el Ministerio de Igualdad, aseguraron que esta reforma no iba a suponer una rebaja de las penas, ni menos aún una revisión a la baja de sentencias ya firmes. Lo siguen defendiendo hoy, a pesar de que distintos tribunales en toda España ya están rebajando algunas condenas por abuso y agresión sexual.

Uno de los ejemplos que más se ha citado estos días es el de un hombre al que su hijastra de 13 años realizó una felación –lo denunció la madre de la niña, pareja del condenado, cuando lo descubrió–.

Con el anterior Código Penal, el abuso sexual a menores de 16 años con acceso carnal se castigaba con entre 8 y 12 años de cárcel. El tribunal le impuso la pena “mínima posible”: 8 años. La sentencia no consideró que existieran agravantes, como violencia o intimidación. Tampoco prevalimiento –que el condenado tuviera una posición de autoridad sobre su víctima, cosa bastante cuestionable porque era su padrastro y convivía con la menor–. De haberse dado por probado ese agravante de prevalimiento, la condena habría tenido que estar entre los 12 y 15 años de prisión. No es poca cosa: un homicidio está entre 10 y 15 años.

Con la nueva ley del ‘sí es sí’, una agresión sexual con penetración a menores –si no hay prevalimiento ni se ha privado a la víctima de su voluntad– tiene una pena mínima de 6 años y una máxima de 12. Y como la nueva pena mínima de esa horquilla es inferior a la de antes, la Audiencia Provincial ha rebajado la pena en dos años: de 8 a 6.

¿Y por qué se ha rebajado esta pena mínima en la ley del ‘sí es sí’? Pues porque se unificaron los anteriores delitos (abuso y agresión) en uno solo: agresión sexual. Pero para cubrir todos los supuestos posibles, las horquillas tuvieron que ampliarse, fundamentalmente por la parte de abajo.

En este caso concreto, es discutible la pena inicial: que el tribunal no considerara prevalimiento en un acto sexual entre un adulto –el padrastro de la niña– y una menor. Pero ese aspecto de la condena es firme: no se pueden revisar los hechos probados, solo su castigo. Y como este supuesto concreto hay muchos más: muchas otras condenas a la pena mínima por “abuso con penetración” que, con la nueva ley, podrían bajar de 8 a 6 años.

Hay una parte de los juristas, y de los tribunales, que consideran que no es correcta esta interpretación: que la ley no obliga automáticamente a rebajar estas condenas. Eso ha pasado con distintas revisiones de penas, especialmente en el caso del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, que por ahora ha denegado todas.

Pero hay otros tribunales y otros muchos juristas que no comparten esta interpretación: que argumentan que la reforma legal obliga a revisar algunas sentencias a la baja. Fundamentalmente, por lo que consideran un error técnico: que no se incluyera una disposición transitoria; un punto en la nueva ley que evitase este tipo de rebajas de algunas condenas ya firmes. Algo que se hace siempre que se reforma el Código Penal, pero que no se hizo en esta ocasión

Ambas posiciones –que no hay que rebajar las sentencias y que con el redactado de la ley sí hay que hacerlo– son defendibles. Y hay juristas muy prestigiosos argumentando en ambos sentidos. Pero el debate fundamental es otro: si el legislador podía haber evitado esta situación, donde no queda claro qué hacer.

No es la primera vez que cambia el Código Penal y que hay delitos donde el mínimo de la horquilla se reduce. Ya ha ocurrido en el pasado. Y para evitar estos bailes, y que gente con condena salga de repente de prisión, lo habitual es que el Parlamento deje claro este asunto. Impidiendo rebajas de condenas indeseadas.

En la reforma del Código Penal actual, cuyo cuerpo central se aprobó en 1995 y derogó el anterior, de 1973, así se estableció. La clave está en estas pocas líneas:

- *Dichos jueces o tribunales procederán a revisar las sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena, aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial. En las penas privativas de libertad no se considerará más favorable esta ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código.*

Traducido, para que sea más sencillo de entender. Una pena de cárcel ya sentenciada no se rebaja si esa condena también es posible con la nueva horquilla.

Por seguir con el ejemplo de la sentencia del padrastro y la niña de 13 años que explicaba antes: aplicando una disposición transitoria como esta, no se podrían haber rebajado la pena porque la condena anterior –8 años– entra dentro de la horquilla de la nueva ley –de 6 a 12 años–. Y si tenemos en cuenta que no existen agravantes, igualmente está dentro de su mitad inferior (de 6 a 9). Es decir, una sentencia de ocho años hubiera sido una condena “también imponible con arreglo a esta reforma”.

Esta disposición transitoria aparece en el Código Penal [varias veces](#). Hay una disposición transitoria primera, una segunda, una tercera... Casi cada vez que se ha reformado el Código Penal se ha incluido un párrafo como este o similar, donde el legislador aclara qué pasa con las sentencias previas. Es una herramienta legislativa muy común, normalmente para modular si se rebajan o no las condenas a cárcel ya firmes. Es algo que en la ley del ‘sí es sí’ no se incluyó.

Hay juristas que consideran que [la disposición transitoria quinta](#) –la que se puso en marcha en 1995, cuando se reformó el Código Penal– y la jurisprudencia generada por ella debería ser suficiente para evitar las rebajas de penas que estamos viendo estos días. Pero hay otros que creen que no: que si se hubiera añadido una nueva disposición transitoria específica en la ley del ‘sí es sí’, como siempre se hace, buena parte de las revisiones de pena y excarcelaciones de agresores sexuales nunca se hubieran producido. Que no añadir esta cautela extra fue un error.

Se ha hablado mucho de las advertencias del CGPJ sobre esta ley, pero lo cierto es que el Poder Judicial en funciones no avisó de esta omisión. Tampoco lo hizo el Ministerio de Justicia, ni el Consejo de Estado, ni el Consejo Fiscal... Tampoco se dieron cuenta los 205 diputados que aprobaron la ley. Es por tanto injusto culpar en solitario al Ministerio de Igualdad de este posible error.

Pero sí, es probablemente un error. Como también es equivocada la estrategia adoptada desde una parte de la dirección de Podemos y el Ministerio de Igualdad al tachar de “machistas” a todos los jueces que están aplicando rebajas de penas a agresores sexuales. Buena parte de quienes firman estas rebajas penales son mujeres. Y también hay entre ellos jueces progresistas. Jueces que legítimamente consideran que ésta es la interpretación correcta de esta ley, en aplicación de esa conquista del Estado de Derecho que fue la irretroactividad penal.

¿Hay machismo en la judicatura? Pues claro. Igual que en los medios o en la política. ¿Hay jueces reaccionarios? En elDiario.es no somos sospechosos de no haber puesto el dedo en la llaga ante este debate. Pero con esta polémica en concreto, no se puede despachar lo que está pasando como un simple asunto de jueces “machistas” o “fascistas”.

Llegados a este punto, no hay una buena solución. Será el Tribunal Supremo quien determine cuál de las dos interpretaciones a esta polémica es la correcta: si hay que rebajar las penas, como ha hecho la Audiencia Provincial de Madrid, o si no hay que hacerlo, como ha determinado el Tribunal Superior de Justicia de La Rioja. Todo dependerá finalmente de la Sala de lo Penal, que preside Manuel Marchena. No del Parlamento español.

Ya no vale como solución aprobar una nueva ley y endurecer las penas, o añadir, a toda prisa, una nueva “disposición transitoria” que no se incluyó en el texto de la reforma. Poner ahora este parche no serviría frente a todas las sentencias ya en proceso de revisión. Porque si se aprueba una ley sería la tercera (la que había cuando se produjeron las condenas, la ley del ‘sí es sí’ y esa hipotética nueva reforma). Y todos los delincuentes ya condenados podrían acogerse, entre las tres, a la más beneficiosa para ellos: en este caso, la ley del ‘sí es sí’.

Si se modifica otra vez la ley, el nuevo texto solo serviría para aquellas agresiones sexuales que ocurran después de que esa reforma entrara en vigor. Ya saben: las penas nunca pueden subir de forma retroactiva.

Uno de los condenados de ‘la manada’ ya ha anunciado que va a recurrir. Y está por ver que logre una rebaja de su condena. Pero de suceder, sería un absoluto ridículo del Gobierno en general y del Ministerio de Igualdad en particular. Porque fue precisamente esa terrible violación la que impulsó esta ley.

Así que sí: hay probablemente un error en la ley. Porque el Gobierno pretendía aumentar las condenas, no rebajarlas –cómo es posible que finalmente ocurra en algunos casos–. Porque podían haber prevenido este problema, y no lo hicieron: una nueva “disposición transitoria” habría evitado en gran medida el debate jurídico que hay hoy. Y porque será la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, donde los magistrados conservadores tienen la mayoría, quien decidirá la suerte de una de las leyes más importantes de la agenda feminista del Gobierno.

Desde Podemos critican que los jueces les buscan siempre las cosquillas, y en eso tienen toda la razón. Pero por eso mismo es un desastre que quede a la interpretación del Supremo una ley así, por no incluir en ella todas las cautelas necesarias para evitar esta revisión de penas.

Así que es un fiasco, sin duda. ¿Atribuible en exclusiva a Podemos y a la ministra de Igualdad, Irene Montero? Sin duda, no. Pero convendría que Podemos abandonara esa senda en la que todo lo que les ocurre es siempre culpa de los demás.