

Juan Antonio Lascuráin Sánchez

Las penas de los delitos sexuales: tres preguntas

El País, 23 de noviembre de 2022.

La aportación eficaz del Derecho Penal contra el drama de estos atentados exigía una mayor contención de las penas y una mayor precisión en las mismas.

¿Han bajado las penas de los delitos sexuales? Esta es la pregunta estelar de la última semana, abonada por la perplejidad de que [el ministerio impulsor de la reforma lo niegue y simultáneamente lo afirmen los tribunales a través de sus resoluciones](#) de revisión a la baja de algunas condenas.

[La respuesta es sí: en ciertos supuestos y moderadamente.](#) No solo por razones de realismo jurídico, porque el Derecho es al final lo que los jueces dicen que es el Derecho, sino porque son inequívocos los designios de la ley. Como sería muy aburrido detallar en este breve artículo la medida (cuánto) y la extensión (en qué delitos) de esta reducción punitiva, me conformo con exponer un par de ejemplos. Si un adulto de edad claramente superior a los 16 años mantiene relaciones sexuales consentidas con penetración con una chica o con un chico menor de esa edad sin que concurra intimidación ni circunstancia añadida a la minoría de edad que vicie tal consentimiento, merecerá hoy una pena de prisión de 6 a 12 años (art. 181.3 del Código Penal) frente a la pena de 8 a 12 años de la regulación anterior (art. 183.3). Segundo ejemplo: a una agresión sexual violenta sin penetración y con uso de armas le corresponde hoy una pena de dos a ocho años de prisión, mientras que antes de la reforma tenía el juez a su disposición una horquilla de 5 a 10 años (art. 180.1).

La consecuencia constitucional de una rebaja punitiva es [la revisión de las condenas firmes](#). Por elementales razones de justicia [no podemos dejar en la cárcel a alguien por una conducta que ya no consideramos delito](#) o dejar de reducir su estancia en prisión si ahora consideramos que lo que hizo es menos delito. ¿Sería acaso tolerable aplicar una pena de muerte después de su prohibición en la Constitución porque fue impuesta antes, cuando estaba vigente tan abominable pena? La retroactividad penal favorable es un principio que emana de nuestra Ley Fundamental y que se expresa en [la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) (art. 49.1). Y aquí viene entonces la segunda pregunta: ¿por qué [se ha formado tanto lío con las revisiones que están realizando los tribunales?](#)

El ruido viene porque no siempre estamos ante una sucesión clara de normas en sentido suavizador de la pena; no siempre estamos ante la previsión de la misma conducta pero con menos pena. Uno de los *leitmotiv* de la reforma fue el de [fundir en un solo delito de agresión sexual las anteriores agresiones sexuales](#), caracterizadas por la violencia o la intimidación, y los abusos sexuales, menos graves, comprensivos de los demás supuestos de ausencia de consentimiento y de consentimiento inválido. Esta novedosa indiferenciación, desdeñosa de lustros de sutileza jurídica en la aquilatación de la gravedad de los atentados a la libertad sexual, carga con dos consecuencias en la mochila: marcos penales más extensos que permitan dar una respuesta justa a conductas cuyo daño es muy diferente e, imbricado con ello, esa mayor discrecionalidad judicial en la selección final de la pena que [ahora parece irritar tanto a algunos promotores de la reforma](#).

Esta fusión de delitos y su consecuencia de un delito de agresión sexual mucho más abarcativo hace que la revisión no pueda ser automática. Se suscitará la duda de si el nuevo marco penal más benévolo o más benévolo solo en su límite inferior debe comportar una rebaja de la pena. Si un sujeto cometió una violación violenta castigada antes con prisión de 6 a 12 años y fue condenado a la pena mínima de seis años, no parece que la nueva valoración legislativa comporte que se le deba aplicar el mínimo de la nueva violación (de 4 a 12 años), comprensiva de conductas menos graves que las violentas (las que antes se llamaban abusivas). Distinto será en cambio el caso de las conductas respecto de las que la nueva ley modifique a la baja toda la horquilla de penas aplicables. En estos supuestos resultará muy tosco con el principio de retroactividad penal favorable conformarse, como oigo que se propone estos días, con que la pena antes impuesta siga siendo hoy legal. Piénsese en el caso del condenado a tres años de prisión por una agresión violenta sin penetración: ¿debe mantenerse esa pena dictada con una referencia de uno a cinco años de prisión cuando hoy es de uno a cuatro y admite excepcionalmente que pueda imponerse solo seis meses de prisión o incluso solo una multa (art. 178)?

La revisión en estos casos exigirá, como casi siempre en Derecho, una valoración judicial acerca de la voluntad de la nueva ley, sin que tengamos ninguna razón para desconfiar de un poder del Estado diseñado para actuar con imparcialidad y con dependencia solo de la ley, y sí muchos motivos constitucionales para abominar que se mine públicamente esa confianza, tan esencial para el Estado de Derecho. Conviene recordar [al gran Tomás y Valiente](#): el prestigio de las instituciones depende tanto de lo que ellas hacen como de lo que con ellas se hace.

La tercera pregunta es la más antipática, el elefante que se pasea por las otras dos: ¿es necesariamente malo reducir las penas en los delitos sexuales?

Se argumentaba en un artículo publicado el pasado domingo en este diario y cuya firma [encabezaba Clara Serra \(A propósito de la 'ley del solo sí es sí': los árboles y el bosque\)](#) que los excesos punitivos en los delitos sexuales hacen un flaco favor al feminismo. Con toda razón. En primer lugar, porque las penas podrían terminar siendo percibidas como injustas en comparación con las de otros delitos. Una violación agravada a una víctima adulta puede alcanzar hoy la pena de 11 a 15 años de prisión, más que unas torturas graves (dos a seis), un aborto intencional no consentido por la gestante (cuatro a ocho), una mutilación genital (6 a 12) e incluso un homicidio intencional (10 a 15). En segundo lugar, porque el exceso en la pena podría alentar en algunos casos la comisión de otros delitos —un “de perdidos al río” del ogro moral—. Y en tercer lugar, porque el recurso barato a cada vez más pena podrá ser un tapón: nos hará olvidar, con su aparente eficacia, la necesidad de otras políticas públicas más costosas e incisivas para la protección de la libertad sexual.

La aportación eficaz del Derecho Penal contra el drama de los atentados sexuales exigía, creo, una mayor contención de las penas, y a ello se encaminó con prudencia la reforma, y una mayor precisión en las mismas, convirtiéndolas en más previsibles, menos judiciales y más legislativas, y a ello se opuso con ahínco la nueva ley. Por ello me sorprende que sus promotores lamenten ahora lo primero y se vanaglorien de lo segundo.

Juan Antonio Lascuráin es catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid.