

Sobre la (no) aplicación retroactiva de la LO 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual. A propósito de la STS 128/2023 de 27-2-2023.

No cabe duda de que pocas leyes penales en nuestra historia reciente han generado tanta polémica como la *Ley Orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual*, popularmente conocida como la “*Ley del sólo sí es sí*”. Tal polémica (el lector encontrará un detallado análisis de la que tuvo lugar en una de las redes sociales más utilizadas – Twitter – en este mismo número de la revista: “*El Derecho penal como coartada. Aproximación a la estructura de la comunicación sobre el crimen y la ley penal en Twitter*”, Fernando Miró), ha girado fundamentalmente en torno a su presunto trato favorable a los agresores sexuales, lo cual habría conducido inexorablemente (se arguye) a incontables rebajas de las penas impuestas en su día a tales delincuentes, y en últimas incluso a la excarcelación de decenas de ellos¹².

Aunque, como ya es una lamentable tradición de nuestro país, no disponemos de datos contrastados, lo cierto es que el propio *Consejo General del Poder Judicial* hizo público el primer recuento oficial sobre la aplicación de la LO 10/2022 (desde su entrada en vigor el 7 de octubre de 2022 hasta el día 1 de marzo de 2023), situando las rebajas de pena en 721 casos y «al menos» 74 excarcelaciones¹³. Si uno se toma la molestia de consultar el comunicado del CGPJ y los datos asociados al mismo, lo cierto es que causa estupor el nulo rigor de la metodología utilizada para extraer los datos y las enormes disparidades que se observan entre Audiencias Provinciales.

Igualmente llama la atención que la nota publicada por el CGPJ recoja como titular el número de reducciones de pena, y ni en el mismo, ni en el texto (hay que descargar y consultar los datos), se contextualice tal cifra ofreciendo el dato al menos del porcentaje de sentencias en

¹² Un diario digital conocido por su aversión a *Podemos* se apresuró a publicar un «contador» de delincuentes sexuales que se habrían beneficiado de la ley. La misma iniciativa ha tenido el PP de Málaga, que habría puesto un contador en su sede con los beneficiados por la ley (vid. Noticia del diario *Málaga Hoy* del 3 de febrero de 2023: https://www.malahoy.es/malaga/PP-Malaga-contador-agresores-beneficiados-ley-solo-si_0_1762925458.html). Lo cierto es que algunos titulares de periódicos conocidos por su inclinación política a la derecha no tienen desperdicio (por ejemplo, *La Razón*, el 7 de marzo de 2023 publica una noticia con el siguiente titular: «El beneficio que la ley “solo sí es sí” ha traído a 5 violadores despiadados», vid. https://www.larazon.es/espana/beneficio-que-ley-solo-traido-5-violadores-despiadados_202303076406804288ee0500014d5715.html).

¹³ Vid. para más detalles: <https://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder-Judicial/En-Portada/Los-tribunales-han-acordado-721-reducciones-de-pena-en-aplicacion-de-la-Ley-Organica-10-2022>. El 14 de abril el CGPJ ha publicado una nueva nota actualizando las cifras (elevándolas a 978 reducciones y «al menos» 104 excarcelaciones).

las que en las que se ha revisado (o no) la condena¹⁴. Gasolina sin duda para los incendiarios titulares de prensa citados.

Sea como fuere, a estas alturas a nadie puede sorprender la descarnada utilización política de la ley penal o las víctimas¹⁵, y menos en unas circunstancias como las desarrolladas a raíz de la entrada en vigor de la LO 10/2022, donde se produce una auténtica «tormenta perfecta» en contra del gobierno que promulga la ley. Tormenta perfecta porque respecto de la figura del delincuente probablemente más odioso de nuestros tiempos (el agresor sexual), los partidos políticos de derecha y extrema-derecha de nuestro país ven una clara ventana de oportunidad para sembrar el miedo y la ira en un sector de votantes más cercano en los últimos tiempos a la izquierda (las mujeres), a la vez que se lamina la cohesión entre los partidos que forman el gobierno. Ciertamente, esa «tormenta perfecta» no hubiera sido posible (o no hubiera pasado de chubasco pasajero) si a todo ese ánimo político no se hubiera unido una deficiente técnica (o candidez) legislativa. Me refiero, obviamente, al imprudente descuido de una disposición transitoria en la LO 10/2022 sobre revisión de sentencias firmes. Tal disposición, aunque no hubiera hecho más que repetir lo que es constante en nuestra historia legislativa¹⁶, habría cercenado de raíz el argumento fundamental al que se agarran los que, a mi juicio de forma equivocada, y lo que es peor, a veces malintencionadamente, consideran acorde a Derecho las revisiones de condena que se vienen produciendo.

Sin embargo, a mi entender, y es lo que voy a defender en el presente escrito, la polémica de las revisiones de condena y la pervivencia (o no) de disposiciones transitorias, ha permitido pasar por alto una cuestión más trascendental, cual es la pregunta previa relativa a si realmente la LO 10/2022 supone un supuesto de ley penal posterior favorable. Esta pregunta, que es la clave de bóveda en toda la cuestión de las posibles revisiones de pena, ha sido contestada en mi opinión con una pasmosa ligereza por nuestros tribunales, y además equivocadamente. Adelanto ya mi posición: no, la LO 10/2022 no supone una ley penal posterior favorable y por tanto la cuestión es más sencilla que la polémica sobre las disposiciones transitorias: no ha lugar ninguna revisión de condena porque no estamos ante una ley penal posterior favorable. Por lo menos no en los supuestos en los que se está produciendo actualmente tal revisión de penas.

¹⁴ Por ejemplo, en la AP que más casos parece haber tramitado (Madrid) los datos del primer informe del CGPJ indican que «revisadas 451 sobre el total de 536 causas con condenado ingresado en prisión. Del total de revisadas, el 15,7% ha supuesto reducción de la pena».

¹⁵ Recordemos el paradigmático caso del padre de la niña Mari Luz (asesinada en trágicas circunstancias), Juan José Cortés, convertido en su día en nada más y nada menos que asesor del PP para la reforma penal (vid. la nota que a día de hoy aún figura en la web del Partido Popular: <https://www.pp.es/actualidad-noticia/pp-incorpora-juan-jose-cortes-como-asesor-reforma-del-codigo-penal>).

¹⁶ Vid. Disposición Transitoria 5ª LO 10/1995: «En las penas privativas de libertad no se considerará más favorable este Código cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo al nuevo Código» (ídem p.ej. disposición transitoria 2ª de la LO 1/2015 de reforma del CP). Es por ello que ya existe alguna sentencia de nuestro TS que en el caso de otras leyes de reforma del CP que descuidaron tal disposición transitoria no tuvo ningún problema en considerarla vigente, pues «...*nada impide que los criterios contenidos en las Disposiciones Transitorias Primera y Segunda de la LO 1/2015, aunque no aparecen en la LO 2/2015, que regula de nuevo los delitos de terrorismo, sean aplicables también a estos casos*» (STS 298/2017 de 27-4-2017).

Sobre una supuesta inconstitucionalidad de esta disposición transitoria (que curiosamente se plantea a raíz de la LO 10/2022) por vulnerar el principio de retroactividad favorable, me remito al apartado 20.2 (en concreto págs. 91-92) de la *Circular 1/2023 de la Fiscalía General del Estado* sobre la LO 10/2022, donde se recoge la jurisprudencia del TEDH sobre este principio, de la que se deduce que no forma parte de su contenido esencial la revisión de sentencias firmes.

Ciertamente, hasta donde alcanzo, la doctrina penal y la jurisprudencia de nuestro TS, se manifiestan claramente a favor de que la LO 10/2022 es aplicable a hechos cometidos antes de su entrada en vigor por ser una ley penal posterior favorable¹⁷.

Creo, y así voy a defenderlo a continuación, que ello parte de una interpretación inadecuada del principio de retroactividad de la ley penal posterior favorable al no tener en cuenta, primero (1) cuál es el fundamento de este principio; y segundo (2) que con la nueva ley no se ha producido una sucesión temporal de tipos penales idénticos, sino la creación de un tipo penal más amplio y complejo que el anterior.

Vayamos con lo primero: el fundamento del principio de retroactividad de la ley penal posterior favorable. Hay que partir de la base que este principio no tiene el mismo fundamento que el principio de irretroactividad. Y de ello da una buena indicación, tanto su falta de reconocimiento constitucional explícito como su tardío reconocimiento en la jurisprudencia del *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (TEDH).

El principio de irretroactividad de la ley penal sí se encuentra explícitamente reconocido en los arts. 9.3 y 25 CE y en el art. 7 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Ambos textos omiten pronunciamiento expreso alguno sobre la cuestión de la retroactividad de una ley penal posterior favorable. Ello es así porque el principio de irretroactividad se halla ligado a uno de los principios básicos del derecho penal: el principio de legalidad. El principio de legalidad es una garantía esencial de los derechos del individuo en cuanto se encuentra inexorablemente unido a la idea de seguridad jurídica; esto es, todo ciudadano debe tener garantizada la expectativa de que no se le puedan aplicar leyes que no están vigentes en el momento de realizar una conducta. Ello es lógico, pues si no se respetara tal garantía nadie podría estar seguro de que la realización de una conducta en un momento determinado no podría acarrearle una pena o sanción en un futuro (si el legislador decidiera criminalizar esa conducta posteriormente), lo cual atentaría gravemente a nuestra seguridad jurídica. Por ello, es lógico que el principio de irretroactividad se contenga explícitamente en todo texto que se precie de reconocer derechos fundamentales.

Sin embargo, el principio de retroactividad de la ley penal posterior favorable es diferente: no se vincula en absoluto con la idea basal del principio de legalidad relativa a la garantía de seguridad jurídica. En realidad, es incluso contrario a la idea de seguridad jurídica, pues a la claridad de estatus jurídico que implica reconocer que una persona será juzgada por la ley vigente en el momento de cometer los hechos (¡única ley que la persona puede conocer en el momento de realizar una conducta!), excepcionamos el hecho de que en el futuro devenga vigente una ley que trate de forma más benigna la conducta realizada.

La cuestión es, entonces, sentado que el principio de retroactividad de la ley penal posterior favorable no va vinculado al principio de legalidad y a la garantía de seguridad jurídica, determinar cuál es su fundamento. La doctrina penal española mayoritaria lo sitúa en las ideas

¹⁷ La única excepción que he podido encontrar en la doctrina penal española es la plasmada por Manuel Cancio, que en artículos periodísticos (publicados en *El País*, vid. fundamentalmente el publicado el día 17 de noviembre de 2022, en la sección de Opinión del periódico y titulado «*La revisión de condenas por delitos sexuales*»; en el mismo sentido en un artículo de 27 de noviembre de 2022) ha defendido que la intención del legislador nunca fue considerar menos grave con la LO 10/2022 la agresión sexual con violencia (caso típico en el que se están revisando las penas de 6 a 4 años) y que no se puede hablar de rebaja de penas cuando no ha existido sucesión de un mismo tipo penal «*sino la fusión de dos delitos distintos en uno solo*».

de proporcionalidad penal, falta de necesidad de la pena y cambio de valoración jurídica de una conducta. En esencia, lo que se sostiene es que no tiene sentido (y así atentaría al principio de proporcionalidad) que, si se ha producido un cambio en la valoración jurídica de una conducta (que en un momento determinado se consideraba delito y ahora se despenaliza o que se consideraba lo suficientemente grave para merecer una pena “X”, y ahora se atenúa su desvalor, rebajando así la pena), dicho cambio no beneficie a aquéllos que cometieron los hechos antes de tal modificación valorativa. Ello porque la anterior pena habría dejado de ser necesaria (¿qué sentido tiene, se dice, que por ejemplo una mujer cumpla condena por un delito de aborto si ese delito es despenalizado?). En definitiva, *el principio de retroactividad de la ley penal posterior favorable pivota sobre un cambio en la valoración jurídico-penal de una conducta.*

Este fundamento ha sido reconocido explícitamente por la jurisprudencia del TEDH. En realidad, el TEDH fue reacio en sus inicios a reconocer el principio de retroactividad de la ley penal posterior favorable (fundamentalmente porque, como hemos dicho, no se halla previsto en el art. 7 CEDH que es el que codifica el principio de legalidad). Y no ha sido hasta fechas relativamente recientes, en la sentencia pionera *Scoppola vs. Italia* (Nº2) de 17-9-2009, que ha considerado que, en atención a los desarrollos habidos en el reconocimiento de derechos a nivel internacional (alude aquí directamente el TEDH a la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, art. 49 § 1 y a la *Convención Americana de Derechos Humanos*, art. 9; que sí reconocen explícitamente la posibilidad de aplicar una ley penal posterior que prevea «una pena más leve»), el principio de retroactividad penal de la ley penal posterior favorable debe considerarse parte de las «*tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros*» y así «*un principio fundamental del Derecho penal*», por lo que en definitiva forma parte implícitamente del principio de legalidad establecido en el art. 7 CEDH (*Scoppola vs. Italia* (Nº2) parágrafos 105 y ss.). Vale la pena reproducir literalmente la fundamentación de este crucial cambio de posición del TEDH:

*En opinión del Tribunal, es consistente con el principio de legalidad, del cual el artículo 7 forma parte esencial, esperar que un tribunal aplique a cada hecho punible la pena que el legislador considere proporcionada. Infligir una pena más severa por la única razón de que era la prescrita en el momento de la comisión del delito significaría aplicar en perjuicio del acusado las reglas que rigen la sucesión de leyes penales en el tiempo. Además, equivaldría a ignorar cualquier cambio legislativo favorable a los imputados que pudiera acontecer antes de la condena y **continuar imponiendo penas que el Estado –y la comunidad que representa, ahora considera excesivas.** (parágrafo 108, énfasis añadido)*

En definitiva, el fundamento del principio de retroactividad de la ley penal posterior favorable es distinto del propio del principio de irretroactividad, al tener que ver en últimas con consideraciones relativas a la proporcionalidad de las penas. Por ello, aplicar retroactivamente una ley penal posterior exige ineludiblemente que se considere producido *un cambio de valoración jurídico-penal* de la conducta en el sentido de que el legislador, considerando las penas anteriores excesivas, quiera tratar de forma más benévola las mismas conductas.

La pregunta fundamental, por tanto, debería haber sido si con la LO 10/2022 se ha producido un cambio en la valoración jurídica de las agresiones sexuales de tal manera que lo que antes se consideraba de un cierto nivel de gravedad, ahora se considera menos grave. Pues bien, en los casos de agresiones sexuales con penetración en los que se emplee violencia o intimidación¹⁸, es

¹⁸ Supuesto típico en el que algunas Audiencias Provinciales están revisando las penas, normalmente rebajando la pena impuesta de 6 años a 4 años (vid. p.ej. STSJ Castilla-León 20-12-2022; SAP Tenerife 5-12-2022; SAP León

equivocado decir que la nueva ley ha querido considerar tales supuestos como menos graves. No, no se ha producido ningún cambio de valoración jurídica por el que se pueda razonablemente afirmar que el legislador ha pasado a considerar menos graves los supuestos típicos de violación. No existe ni rastro de tal cambio de valoración jurídica en la *Exposición de Motivos de la LO 10/2022*, y la *Exposición de Motivos* debería ser el punto de partida de tal *voluntas legislatoris*¹⁹. Y si alguien lo dudaba, queda claro que no es así con las numerosas iniciativas parlamentarias que se están debatiendo en el congreso para elevar las penas en estos casos.

Alguien podría argüir en contra de lo dicho que la «*voluntas legislatoris*» deja de ser relevante cuando se promulga la ley. Sobre ello volveré más adelante (al tratar la cuestión de si con la LO 10/2022 puede condenarse a un acusado por agresión sexual con penetración y violencia con la pena mínima prevista ahora para el tipo penal, esto es, 4 años), pero ese argumento olvida que la «*voluntas legislatoris*» sí es relevante cuando nos planteamos la aplicación retroactiva de una ley penal posterior. Una cosa es aplicar la ley a hechos cometido bajo su vigencia y una bien diferente es aplicarla a hechos anteriores alegando que el legislador ha cambiado la valoración jurídica de la conducta considerándola menos grave. Esta última alegación exige probar tal voluntad legislativa.

Cierto que la aplicación retroactiva de la LO 10/2022 en el caso que debatimos (recordemos, el caso de una agresión sexual violenta con penetración) tiene a su favor un argumento que algunos consideran irrefutable: la rebaja de la pena mínima de prisión, que antes de la ley era de 6 años y ahora pasa a ser 4 años. Pero este argumento está desenfocado porque omite una cuestión trascendental: *con la nueva ley no se ha producido una sucesión de tipos penales idénticos*. Ni mucho menos. Con el objetivo no disimulado de convertir el consentimiento (su falta) en el núcleo de las conductas contra la libertad sexual, lo que la nueva ley pretendía de forma clara era agrupar los anteriores abusos sexuales y agresiones sexuales en un nuevo delito aglutinador de ambos, que ahora recibe el nombre de «agresión sexual». Pero este nuevo tipo penal de «agresión sexual» (que el legislador podría haber llamado, «*atentado sexual*» y así quizás se hubieran evitado malentendidos como su aplicación retroactiva), no recoge la misma conducta que anteriormente se denominaba agresión sexual, pues ahora el tipo penal de la «agresión sexual» engloba conductas que antes constituían abuso sexual y agresión sexual.

Por tanto, el argumento de la supuesta rebaja de penas no es tal: una rebaja de penas es un argumento contundente a favor de la aplicación retroactiva de una ley cuando estamos ante una *sucesión temporal de conductas delictivas idénticas* (como sucedió, por ejemplo, en el conocido caso de la rebaja de pena del art. 368 CP -tráfico de drogas, en virtud de la LO 5/2010). Pero cuando, como es nuestro caso, lo que sucede es que estamos ante una sucesión temporal de tipos penales no homogéneos, el argumento de la rebaja de penas es engañoso.

Y carente de justificación, pues como ya he manifestado lo decisivo es la voluntad del legislador

19-1-2023; SAP A Coruña 23-1-2023 -rebajando la pena por tentativa de 3 a 2 años de prisión-; SAP Alicante 15-12-2022 -rebajando la pena de la agresión sexual con agravante de parentesco de 9 a 7 años de prisión-).

¹⁹ Más bien al contrario, la *Exposición de Motivos de la LO 10/2022* expresa hasta la saciedad la profunda preocupación por las violencias sexuales y la necesidad de medidas eficaces de prevención, sanción y reparación. Compárese ello, por ejemplo, con la *Exposición de Motivos de la LO 14/2022* relativa, entre otras, a la reforma de los delitos de malversación y contra el orden público, que en diferentes partes de su texto deja clara la voluntad legislativa de reformar tales delitos (rebajando las penas o derogando delitos) para cumplir con el principio de proporcionalidad de las penas.

respecto al cambio normativo. Y según vimos no existe ningún atisbo en la *Exposición de Motivos* de la LO 10/2022 para deducir que se ha producido un cambio en la valoración jurídico-penal de las agresiones sexuales violentas de tal manera que ahora se consideren menos graves (¿?) y que por ello estamos ante una ley penal posterior favorable. Repárese en que el nuevo tipo penal, más amplio y complejo que la anterior agresión sexual, parte precisamente de la pena de prisión de 4 años porque ésta era la pena mínima prevista para el anterior abuso sexual con penetración (antiguo 181.4 CP). Por tanto, debería resultar claro que si la pena mínima actual es de 4 años de prisión es porque se ha partido de la pena anterior del abuso sexual, no porque ahora se consideren las agresiones sexuales con violencia o intimidación menos graves que antes.

En definitiva, ni la LO 10/2022 implica un cambio en la valoración jurídico-penal de las agresiones sexuales violentas con penetración, ni se ha producido una sucesión de tipos penales idénticos que permita deducir inexorablemente tal cambio de la mera modificación de las horquillas punitivas²⁰.

Ciertamente, hoy en día, un condenado por agresión sexual que haya utilizado violencia o intimidación para vencer la resistencia de la víctima, podría ser condenado a 4 años de prisión (amén de la pena correspondiente a las lesiones causadas o la intimidación empleada, tal y como prevé el art. 194 bis y de las nuevas penas accesorias que se han añadido). En mi opinión, tal supuesto debería ser muy excepcional, porque obviamente los tribunales habrán de adecuar el nuevo marco penal (de 4 a 12 años), más extenso que el anterior, a las posibles circunstancias concurrentes, siendo así que la presencia de violencia o intimidación añade sin duda un plus de lesividad a la conducta que haría así extraño *prima facie* la imposición de la pena mínima (que de forma natural debería reservarse para los supuestos de mínima gravedad).

En este sentido, me parece correcto lo que argumenta el TS en la reciente sentencia 128/2023 de 27-2-2023, que deniega la rebaja de pena impuesta a un condenado por agresión sexual (con violencia y penetración), en el caso concreto 7 años de prisión, porque:

...el art. 179 contempla ahora conductas de mayor espectro que el considerado en la condena recurrida; pues considera agresión sexual, el art. 178, la realización de cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento; de modo que habiendo mediado fuerza, por leve que haya sido, dado el contexto, ha de aproximarse la pena al grado medio, para dejar los umbrales inferiores a otras conductas de menor gravedad; por lo que los siete años de prisión son los adecuados para la conducta enjuiciada, también con la nueva norma.

Creo que ésta debiera ser la línea a seguir, aunque es cierto que actualmente, de *lege lata*, el

²⁰ A mi entender lo mismo sucede en los casos de agresiones sexuales a menores, pues aunque nominalmente la pena mínima de ciertos marcos penales sea inferior a partir de la LO 10/2022, la configuración de las agresiones sexuales a menores ha sufrido relevantes modificaciones y por tanto no puede considerarse que haya habido una sucesión de tipos penales homogéneos (por ejemplo, unos tocamientos sexuales a un menor de 16 años dormido estaba castigado antes con la pena de prisión de 2 a 6 años de prisión y con la LO 10/2022 pasa a estar castigado con la pena de 5 a 10 años de prisión). Y si la conducta llegara a la penetración en dicho caso la pena pasaría de 8 a 12 años a los 10 a 15 años de prisión actuales. En definitiva, la nueva configuración de las agresiones sexuales alcanza también los casos de conductas sobre menores de 16 años y por tanto estamos ante regulaciones distintas en la que es engañosa una mera comparación de marcos penales (¡no se pueden comparar marcos penales de conductas distintas!).

marco penal para una agresión sexual violenta con penetración es de 4 a 12 años²¹. Pero ello no debe confundirse con la aplicación retroactiva de la ley penal, pues ésta exige algo más (¡lo decisivo!): contar con la voluntad del legislador. En términos que todo penalista conoce: la aplicación retroactiva de la ley penal exige el *dolo* del legislador (que con la ley se quiera plasmar un cambio en la valoración jurídica de la conducta). Si la *voluntas legislatoris* no era (como sin duda no era) castigar menos las agresiones sexuales violentas, por mucho que eso sea ahora *de facto* posible, no se puede aplicar este nuevo marco penal a hechos cometidos antes de su vigencia. El argumento de que la ley es favorable porque ahora esas conductas son subsumibles en un marco penal cuya pena mínima es inferior, omite el trascendental detalle de que ello es así porque ese nuevo marco penal *recoge conductas diferentes al anterior*.

En este sentido, es de aplaudir así la sentencia citada del TS (STS 128/2023 de 27-2-2023), que correctamente parte de esta diferente configuración normativa para negar la aplicación retroactiva de la LO 10/2022.

Para acabar quisiera señalar que me causa honda extrañeza que no se haya siquiera discutido la aplicación retroactiva de la LO 10/2022. Se ha dado por hecho con suma facilidad. Probablemente ha contribuido a ello la cuestión destacada en este trabajo relativa a la escasa reflexión sobre el fundamento del principio de retroactividad. Es sorprendente que en las ya numerosas sentencias del TS que se han dictado aplicando retroactivamente la LO 10/2022 no se encuentre apenas ninguna reflexión detallada sobre el fundamento y alcance de este principio²². Todo se ha hecho pasar por la vara de medir del marco penal, desconociendo que estamos ante marcos penales de delitos heterogéneos²³. La sensación que deja la premura en la revisión de las condenas, la falta de reflexión sobre el fundamento de la retroactividad y la propia división entre Audiencias Provinciales (¡incluso de la misma ciudad!) a la hora de revisar (o no) las condenas, es que toda esta cuestión no se puede analizar con variables únicamente jurídicas.

Daniel Varona Gómez

²¹ Ello por poco tiempo, a tenor de la propuesta de reforma de la LO 10/2022 aprobada el día 20 de abril en el Congreso, que según parece volverá a situar la horquilla punitiva en estos casos donde estaba: entre 6 y 12 años de prisión. De aprobarse finalmente tal reforma, afectará de forma particular a los casos de agresiones sexuales con penetración en las que medie violencia o intimidación y (1) el delito haya quedado en grado de tentativa o (2) se apliquen dos atenuantes (o una muy cualificada). Ello porque, aunque se impusiera en los tribunales la interpretación de la citada sentencia 128/2023 del TS (de acuerdo a la cual, los casos en que haya violencia o intimidación no podrían beneficiarse del tramo mínimo de la horquilla punitiva), en esos casos era imperativo partir de la pena mínima para la rebaja en grado, lo cual abocaba a que, por ejemplo, una agresión sexual violenta con penetración consumada, si se aplicara la atenuante de reparación y de intoxicación etílica (o una sola de ellas como muy cualificada) fuera obligatoria la rebaja de al menos un grado, quedando la pena entre 2 a 4 años menos 1 día de prisión. En la práctica ello planteaba la posibilidad de una conformidad en la que se acabara suspendiendo la pena de prisión (sobre el uso de la suspensión como anzuelo para la conformidad, vid. VARONA, Daniel, «La suspensión de la pena de prisión: ¿una alternativa a la prisión o un anzuelo para la conformidad?», en MIRÓ, FERNANDO/FUENTES, JOSÉ LUIS (Dirs.), *El Derecho penal ante “lo empírico”*, Marcial Pons, 2021, pp. 281 ss.).

²² Hasta donde alcanzo la única referencia se encuentra en la STS 985/2022 de 21-12-2022, donde se dice textualmente que «La justificación del principio de retroactividad de la ley penal más favorable se encuentra en razones de justicia, ya que es contrario a elementales criterios de justicia que se siga aplicando una ley reconocida como demasiado severa». Por tanto, como decíamos, se vincula este principio a razones de proporcionalidad de la pena, no de seguridad jurídica o legalidad.

²³ Me pregunto: si una futura reforma penal agrupara los delitos de hurto y robo en una nueva figura delictiva que siguiera llamándose robo, y fruto de tal agrupación la pena mínima del nuevo delito de robo fuera la anterior pena del hurto (6 meses de prisión), ¿revisarían nuestros tribunales todas las condenas por delito de robo aplicándole la nueva pena mínima? Lo dudo mucho.