Código Penal concordado y comentado con jurisprudencia

7.ª Edición

Luis Rodríguez Ramos
Gabriel Rodríguez-Ramos Ladaria
Joaquín Rodríguez de Miguel Ramos

LA LEY

r • Wolters Kluwer • Wolters Kl
ers Kluwer • Wolters Kluwer • W
er • Wolters Kluwer • Wolters Kl
ers Kluwer • Wolters Kluwer • W
er • Wolters Kluwer • Wolters Kl
ers Kluwer • Wolters Kluwer • W
er • Wolters Kluwer • Wolters Kl
ers Kluwer • Wolters Kluwer • W
er • Wolters Kluwer • Wolters Kl
ers Kluwer • Wolters Kluwer • W

Código Penal concordado y comentado con jurisprudencia

7.ª Edición

Luis Rodríguez Ramos
Gabriel Rodríguez-Ramos Ladaria
Joaquín Rodríguez de Miguel Ramos

LA LEY

© **AA.VV.**, 2023
© **LA LEY Soluciones Legales, S.A.**

LA LEY Soluciones Legales, S.A.
C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
Tel: 91 602 01 82
e-mail: clienteslaley@aranzadilaley.es
https://www.laley.es

Primera edición: julio 2023

Depósito Legal: M-18553-2023
ISBN versión impresa: 978-84-19446-67-1

Diseño, Preimpresión e Impresión: LA LEY Soluciones Legales, S.A.
Printed in Spain

© LA LEY Soluciones Legales, S.A. Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, LA LEY Soluciones Legales, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, **www.cedro.org**) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

LA LEY SOLUCIONES LEGALES no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, LA LEY SOLUCIONES LEGALES se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

LA LEY SOLUCIONES LEGALES queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

LA LEY SOLUCIONES LEGALES se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **LA LEY Soluciones Legales, S.A.,** es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Continuidad delictiva

Cuando en este tipo de delitos existen diversos sujetos pasivos, respecto de los cuáles el sujeto activo haya desarrollado su acción típica en más de una ocasión, podrá apreciarse el delito continuado respecto de cada uno de los sujetos pasivos, de modo que si el Tribunal hubiere aplicado la figura jurídica del delito continuado en tales casos, incluyendo en un único delito la conducta del acusado, ello constituye una aplicación indebida del art. 74 CP (STS 77/2019, de 12 de febrero).

Concurso medial

El apartado noveno recoge un concurso de delitos y no un concurso de leyes, pues aun cuando la finalidad de explotación sexual constituye un elemento del tipo del art. 177 bis, la sanción por este delito no absorbe toda la gravedad de la conducta realizada, cuando dicha explotación se llega a consumar efectivamente. En estos casos la explotación sexual constituye, en cierto modo, un agotamiento de la conducta de trata, por lo que nos encontramos ante un delito instrumento y un delito fin, lo que hace procedente aplicar, en beneficio del reo, el concurso medial del art. 77 CP (SSTS 53/2014, de 4 de febrero; 1002/2016, de 19 de enero de 2017; 77/2019, de 12 de febrero; 845/2021 de 4 de noviembre y 943/2021 de 1 de diciembre).

TÍTULO VIII
Delitos contra la libertad sexual

*Rúbrica del Título VIII del Libro II redactada por el apartado seis de la disposición final cuarta de L.O. 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual («B.O.E.» 7 septiembre).*Vigencia: 7 octubre 2022

COMENTARIO

La LO 10/2022 de 6 de septiembre suprimió el término “indemnidad” de este rótulo.

CAPÍTULO I
De las agresiones sexuales

COMENTARIO

Capítulo modificado por la LO 10/2022 de 6 de septiembre, en vigor desde el 7 de octubre, que elimina la denominación “abuso sexual”, considerando todas las conductas agresión sexual fundiendo en uno único los antiguos Capítulos I y II.

Artículo 178

1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.

2. Se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad.

*Número 2 del artículo 178 redactado por el apartado tres del artículo único de la L.O. 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la L.O. 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores («B.O.E.» 28 abril).*Vigencia: 29 abril 2023

3. Si la agresión se hubiera cometido empleando violencia o intimidación o sobre una víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad, su responsable será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión.

*Actual número 3 del artículo 178 introducido por el apartado tres del artículo único de la L.O. 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la L.O. 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores («B.O.E.» 28 abril).*Vigencia: 29 abril 2023

4. El órgano sentenciador, razonándolo en la sentencia, y siempre que no medie violencia o intimidación o que la víctima tuviera anulada por cualquier causa su voluntad o no concurran las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión en su mitad inferior o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable.

*Número 4 del artículo 178 renumerado y redactado por el apartado tres del artículo único de la L.O. 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la L.O. 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores («B.O.E.» 28 abril).*Vigencia: 29 abril 2023

*Capítulo I del Título VIII del Libro II redactado por el apartado siete de la disposición final cuarta de la L.O. 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual («B.O.E.» 7 septiembre).*Vigencia: 7 octubre 2022

CONCORDANCIAS

Arts. 57, 179, 180, 183, 183 bis, 183 ter, 183 quater, 191 a 194 y 607.1.2.º CP.- Art. 47 CPM.- Arts. 13, 109, 544 bis y 544 ter LECrim.- L 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, desarrollada por RD 738/1997, de 23 de mayo, que aprueba su Reglamento. Convenio Europeo sobre indemnización a las víctimas de los delitos violentos, hecho en Estrasburgo el 14 de noviembre de 1983 (Instrumento ratificación publicado en BOE de 29 de diciembre de 2001).- Circulares FGE 2/1990, que interpretó la reforma del CP por la LO 3/1989, de 21 de junio y 1/2022 de 29 de marzo, relativa a la reforma de la LO 10/2022.

COMENTARIO

Versión procedente de la LO 4/2023 de 27 de abril, en vigor desde el 29, que modifica el apartado 2, introduce un nuevo apartado 3, y el anterior modificado pasa a ser el 4. Antes profundamente reformada por la LO 10/2022 de 6 de septiembre –"Sí es sí"-, en vigor desde el 7 de octubre. Antes lo fue por la LO 5/2010, de 22 de junio, en vigor desde el 23 de diciembre de 2010, previamente ya modificado por la LO 11/1999, de 30 de abril.

ESQUEMA DE LAS AGRESIONES SEXUALES TRAS LA REFORMA

Eliminada formalmente la figura del abuso sexual, considerándola agresión, y reintroduciendo la LO 4/2023 la diferencia penológica entre ambas figuras sin corregir la unificación, el nuevo esquema de los antiguos delitos de agresión y abusos sexuales a mayores de 16 años queda establecido del siguiente modo:

1. Tipo genérico y básico (art. 178.1): "cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento" (no se acaba de entender que se pueda atentar contra la libertad sexual de alguien "con su consentimiento", consentimiento que el nuevo precepto dispone que "sólo se entenderá que existe "cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la víctima" (parece innecesaria tal definición cuando las dudas tendrán que seguir favoreciendo al acusado, por imperativo de la presunción de inocencia, como se razona en el siguiente epígrafe).

2. Tipo privilegiado facultativo, sólo aplicable a las agresiones sin las cualificaciones de los apartados 2 y 3 (art. 178.4).

3. Tipo cualificado de primer grado (art. 178.2 y 3): se considerarán agresiones sexuales "en todo caso" si en los actos de contenido sexual media "violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad".

4. Otros tipos cualificados:

A. De primer grado para las agresiones del art. 178.1 (art. 179.1): con penetración o introducción de objetos por cualquier vía -violación menor-.

B. De segundo grado para las de los apartados 2 y 3 del artículo 178 (art. 179.2): en los mismos supuestos que el anterior -violación mayor-.

5. Circunstancias agravantes altenativo-acumulativas para todos los tipos (art. 180).

APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA REFORMA DE 2022

La ausencia de una disposición transitoria en el reforma de la LO 10/2022 ha obligado a la revisión de sentencias condenatorias, aplicando lo dispuesto en el artículo 2.2 CP, al haberse reducido las penas en alguno de los delitos reformados, rebajando los límites mínimo o máximo (SSTS 967/2022 de 15 de diciembre, 995/2022 de 22 de diciembre, 10/2023 de 19 de enero, 37/2023 de 26 de enero, 45/2023 de 1 de febrero, 54/2023 de 2 de febrero, 58/2023 de 6 de febrero, 65/2023 de 8 de febrero, 83/2023 de 9 de febrero, 90/2023 de 13 de febrero, 127/2023 de 27 de febrero y 418/2023 de 31 de mayo). La STS 428/2023 de 1 de junio confirma la anterior doctrina de aplicación retroactiva de la LO 10/2022, cuando resulte más favorable, confirmando además la pacífica interpretación tradicional que mantiene dicha vigencia retroactiva como ley intermedia

más beneficiosa para el reo, aun cuando en el momento del enjuiciamiento hubiera entrado ya en vigor la LO 4/2023 que ha agravado las penas, si los hechos enjuiciados acaecieron antes estar vigente la citada LO 10/2023.

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA E IRRELEVANCIA DEL "SÍ ES SÍ"

Testimonio único de la víctima como prueba suficiente

Sigue vigente la doctrina anterior a la reforma de 2022, en lo relativo a la presunción de inocencia y los criterios de validez del testimonio único, *manteniéndose vigente en su plenitud la presunción de inocencia a la hora de resolver dudas sobre el consentimiento de la víctima.*

La declaración de la víctima, según ha reconocido en numerosas ocasiones la jurisprudencia tanto del TS como del TC, puede ser considerada prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, incluso aunque fuese la única prueba disponible, lo que es frecuente que suceda en casos de delitos contra la libertad sexual, porque al producirse generalmente los hechos delictivos en un lugar oculto, se dificulta la concurrencia de otra prueba diferenciada (SSTC 229/1991, de 28 de noviembre; 64/1994, de 28 de febrero; 195/2002, de 28 de octubre; 339/2007, de 30 de abril; 187/2012 de 20 de marzo; 688/2012 de 27 de septiembre; 788/2012, de 24 de octubre y 344/2019 de 4 de julio —La Manada—). Pero las dudas sobre la validez del testimonio se resolverán a favor de la absolución (STS 422/2022 de 28 de abril), y el informe del pelito psicólogo sobre la credibilidad del testimonio no suplanta el juicio del tribunal (SSTS 293/2020 de 10 de junio, que cita las 485/2007 de 28 de mayo y 648/2010 de 25 de junio).

Criterios de validación del testimonio único

Para verificar la estructura racional del proceso valorativo de la declaración testifical de la víctima, el TS viene estableciendo ciertas notas o parámetros que, sin constituir cada una de ellas un requisito o exigencia necesaria para la validez del testimonio, coadyuvan a su valoración, pues la lógica, la ciencia y la experiencia nos indican que la ausencia de estos requisitos determina la insuficiencia probatoria del testimonio, privándole de la aptitud necesaria para generar certidumbre (STS 342/2017, de 12 de mayo). Tales requisitos son: 1º. ***Ausencia de incredibilidad subjetiva***, derivada de las relaciones entre la declarante y el acusado, que pudieran conducir a la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier otra índole semejante, que prive a esa declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre; 2º ***Verosimilitud***, es decir, constatación de la concurrencia de algunas corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio (declaración de conocimiento prestada por una persona ajena al proceso) sino una declaración de parte, o, cuando menos, la inexistencia de datos de ese mismo carácter objetivo que contradigan la veracidad de la versión de la víctima; y 3º ***Persistencia en la incriminación***, que debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones relevantes, ya que la única posibilidad de evitar la situación de indefensión del acusado que proclama su inocencia, es la de permitirle que cuestione eficazmente la declaración que le incrimina, poniendo de relieve aquellas contradicciones que, valoradas, permitan alcanzar la conclusión de inveracidad (STS 178/2008, de 25 de abril).

Estos parámetros no pueden ser considerados como reglas de apreciación tenidas como obligatorias, pues no ha de olvidarse que la valoración de la prueba ha de obtenerse en conciencia (art. 741 LECrim.) y ha de ser racional (art. 717 LECrim.). Se trata de criterios orientativos a tener en cuenta por el Tribunal y que posibilitan la motivación de la convicción que,

r • Wolters Kluwer • Wolters Kl
ers Kluwer • Wolters Kluwer • W
er • Wolters Kluwer • Wolters Kl
ers Kluwer • Wolters Kluwer • W
er • Wolters Kluwer • Wolters Kl
ers Kluwer • Wolters Kluwer • W
er • Wolters Kluwer • Wolters Kl
ers Kluwer • Wolters Kluwer • W
er • Wolters Kluwer • Wolters Kl
ers Kluwer • Wolters Kluwer • W

Este Código penal comentado y con jurisprudencia y concordancias es una obra con una **importante base teórica y con gran utilidad práctica**.

La jurisprudencia, en particular la del Tribunal Supremo, tiene una evidente utilidad a la hora de interpretar las normas jurídicas. De un lado, el artículo 1.6 del Código Civil dispone que la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. De otro lado, en la práctica los Juzgados y Tribunales que aplican la ley penal vienen acatando la interpretación que de dicha ley hace el Tribunal Supremo.

Las completas y actualizadas concordancias facilitan la interpretación de las normas penales sustantivas, desde la perspectiva sistemática que impone la unidad del ordenamiento jurídico, particularmente en la conformación de los bienes jurídicos protegidos y, de modo especial, en los tipos penales en blanco o con abundantes elementos jurídico-normativos.

ISBN: 978-84-19446-67-1

AENOR Empresa Registrada ISO 9001 ER-0280/2005
IQNet
AENOR Gestión Ambiental ISO 14001 GA-2005/0100

LA LEY