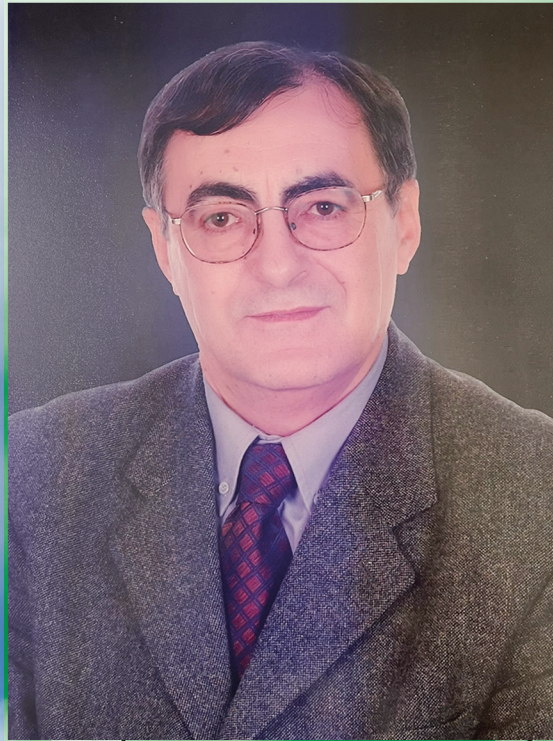


Liber amicorum
Manuel-Jesús Cachón Cadenas

De la Ejecución a la Historia del Derecho Procesal y de sus protagonistas

Libro V. Apuntes históricos y otros estudios



**De la ejecución a la historia
del Derecho Procesal y de sus
protagonistas. Liber Amicorum
en homenaje al Profesor
Manuel-Jesús Cachón Cadenas**

**LIBRO V: APUNTES HISTÓRICOS
Y OTROS ESTUDIOS**

De la ejecución a la historia del Derecho Procesal y de sus protagonistas. Liber Amicorum en homenaje al Profesor Manuel-Jesús Cachón Cadenas

**LIBRO V: APUNTES HISTÓRICOS
Y OTROS ESTUDIOS**

Carmen Navarro Villanueva

Núria Reynal Querol

Francisco Ramos Romeu

Arantza Libano Beristain

Consuelo Ruiz de la Fuente

Santi Orriols García

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reproducere, plagiar, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

Este libro ha sido sometido a un riguroso proceso de revisión por pares.

© 2025 Los autores

© 2025 Atelier

Santa Dorotea 8, 08004 Barcelona

e-mail: editorial@atelierlibros.es

www.atelierlibrosjuridicos.com

Tel. 93 295 45 60

I.S.B.N.: 979-13-87543-77-8

Depósito legal: B 8619-2025

Diseño de la colección y de la cubierta: Eva Ramos

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona

www.addenda.es

Impresión: SAFEKAT

Índice

APUNTES HISTÓRICOS

I. LA PRUEBA DE LA HIDALGUÍA	13
<i>Juan Antonio Andino López</i>	
II. JOSÉ ANTÓN ONECA Y LA HISTORIA DE LA CIENCIA JURÍDICO-PENAL ESPAÑOLA	37
<i>José Cid Moliné</i>	
III. LOS LUGARES DE EJECUCIÓN Y TORMENTO EN BARCELONA	57
<i>Miriam Cugat Mauri</i>	
IV. APROXIMACIÓN HISTÓRICA A LA REVISIÓN DE SENTENCIAS EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO	75
<i>María Luisa Domínguez Barragán</i>	
V. TRES HISTORIAS EN EL ACCESO DE LA MUJER A PROFESIONES JURÍDICAS ..	91
<i>María Jesús García Morales</i>	
VI. VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN, UN EJEMPLO PERENNE	107
<i>Juan-Luis Gómez Colomer / Víctor Fairén Le Lay</i>	
VII. LA JUSTICIA PARA LA JUSTICIA. UN APUNTE SOBRE LA FILOSOFÍA JUDICIAL EN DRANGUET Y SU CONEXIÓN CON LA ÉTICA JUDICIAL	133
<i>Piedad González Granda</i>	
VIII. FILÓSOFOS DEL DERECHO EN LA CATALUÑA DEL SIGLO XX (A LA MANERA DEL PROF. MANUEL CACHÓN)	167
<i>José Juan Moreso Mateos</i>	

IX. UNA APROXIMACIÓN AL JURADO POPULAR MIXTO DE LA SEGUNDA REPÚBLICA	177
<i>Carmen Navarro Villanueva</i>	
X. DOS CUESTIONES SUSCITADAS EN LA JURISDICCIÓN DEL MARQUESADO DE PRIEGO DURANTE LOS AÑOS 1523 Y 1529	209
<i>Manuel Peláez del Rosal / María Luisa García Valverde</i>	
XI. EL JOVEN EMILIO GÓMEZ ORBANEJA: UN SUSPIRO LITERARIO ENTRE LAS RIGIDECES DEL DERECHO	223
<i>Julio Pérez Gil</i>	
XII. DEL PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO EN ESPAÑA (1932)	245
<i>Carlos Petit Calvo</i>	
XIII. DECÍA BECEÑA. MIRADA DE HOY A MAGISTRATURA Y JUSTICIA	277
<i>José Luis Rebollo Álvarez / José María Roca Martínez</i>	
XIV. MUJER Y TRIBUNAL DE JURADO EN LA SEGUNDA REPÚBLICA (1931-1936)	289
<i>José Santiago Yanes Pérez</i>	
OTROS ESTUDIOS	
XV. DESMATERIALIZACIÓN Y SUTIL REMATERIALIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	311
<i>Joan Amenós Álamo</i>	
XVI. DEL CONFESIONARIO AL CÓDIGO PENAL: LAS CONDUCTAS SEXUALES DE FUNCIONARIO PÚBLICO	319
<i>Margarita Bonet Esteva</i>	
XVII. DILIGENCIA MÉDICA EN TELEMEDICINA Y RESPONSABILIDAD CIVIL POR ERROR EN LA OBTENCIÓN DE PRUEBAS	347
<i>Sandra Camacho Clavijo</i>	
XVIII. LA PERVERSIDAD INDUCIDA	367
<i>Pompeu Casanovas Romeu</i>	

XIX. DE NUEVO SOBRE LAS ACCIONES JUDICIALES EN DEFENSA DE LA DENOMINACIÓN DE ORIGEN PROTEGIDA (DOP) E INDICACIÓN GEOGRÁFICA PROTEGIDA (IGP) DE PRODUCTOS AGRÍCOLAS (APOSTILLA A LA STS [SALA 1ª] DE 18.07.2019)	385
<i>Ramón Morral Soldevila</i>	
XX. EL CONSENTIMIENTO POR DEFECTO PARA EL USO SECUNDARIO DE LOS DATOS SANITARIOS ELECTRÓNICOS. APROXIMACIÓN AL REGLAMENTO DEL ESPACIO EUROPEO DE DATOS SANITARIOS	407
<i>Susana Navas Navarro</i>	
XXI. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: ENTRE LA NULIDAD Y EL DERECHO AL RESPETO A LA VIDA PRIVADA	425
<i>Gloria Ortega Puente</i>	
XXII. LA REFORMA DEL ESTATUTO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: ¿HACIA UNA NUEVA CONFIGURACIÓN DEL SISTEMA JUDICIAL EUROPEO?	443
<i>Montserrat Pi Llorens</i>	
XXIII. EL ALCANCE DE LA NULIDAD POR USURA	463
<i>Maria Planas Ballvé</i>	
XXIV. LA DIGNIDAD HUMANA Y LA SINGULARIDAD DE LA IA	479
<i>Marc-Abraham Puig Hernández</i>	
XXV. NORMAS Y PRESUNCIONES DE TITULARIDAD EN EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DE SEPARACIÓN DE BIENES DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA	495
<i>Judith Solé Resina</i>	
XXVI. EVALUACIÓN ACTUARIAL DE LA PELIGROSIDAD CRIMINAL E INTELIGENCIA ARTIFICIAL. IMPLICACIONES PARA EL SISTEMA PENAL	513
<i>Asier Urruela Mora</i>	

TABULA GRATULATORIA

TABULA GRATULATORIA	529
--------------------------------------	------------

XVI | Del confesionario al Código Penal: las conductas sexuales de funcionario público¹

Margarita Bonet Esteva
Profesora Titular de Derecho Penal
Universitat Autònoma de Barcelona

SUMARIO: 1. INTRODUCCION. 2. LA MORALIDAD DEL FUNCIONARIO PÚBLICO Y LA SOLICITUD SEXUAL INFRACCIÓN DE ÉSTA 1822. 2.1. LA IMPORTANCIA DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL CÓDIGO DE 1822. 2.2. EL SINGULAR BLOQUE DE INMORALIDADES. 2.3. LA SOLICITUD SEXUAL COMO INMORALIDAD Y SU ORIGEN CANÓNICO. 3. REVISITANDO EL SEXO COMO ELEMENTO CORRUPTOR EN EL SIGLO XXI, 3.1. ¿CABE EL SEXO EN EL ACTUAL CONCEPTO DE CONTRAPRESTACIÓN DEL COHECHO? 3.1.1. SÓLO LOS FAVORES SEXUALES RETRIBUIDOS CABEN EN EL COHECHO. 3.1.2. TODO FAVOR SEXUAL ES UNA PRESTACIÓN INMATERIAL CONSTITUTIVA DE COHECHO. 3.2. A MODO DE EPÍLOGO

1. Introducción

Cuando realizamos una búsqueda en el actual código penal de las conductas de acoso punible, las encontramos dispersas en diferentes títulos de la norma con diferentes bienes jurídicos a proteger de referencia. Así encontramos el llamado *stalking* en el art. 172 ter Cp, junto con el hostigamiento ante el ejercicio al derecho de la interrupción del embarazo mucho más reciente (art. 172quater Cp) referido a los delitos contra la libertad, la conducta acosadora básica, la de superior jerárquico y el acoso inmobiliario en el art. 173.1 Cp que protege la integridad moral, entre los delitos sexuales se ubican los modernos ciberacosos a menores (art. 183 Cp) como el clásico acoso sexual para mayores (art. 184 Cp). Siguiendo esta prospección se acaba llegando al art. 443 Cp que contiene dos modalidades de acoso sexual llevadas a cabo por funcionario o funcionaria públicos. Estas últimas reciben el nombre de solicitudes sexuales y

1. El presente trabajo se enmarca en el Proyecto I+D del grupo GREPIIC «Historia de la corrupción y de la desconfianza política en España (1750-1975)» (PID2022-140247NB-I00).

si seguimos, como hasta ahora, un método lógico-sistemático de interpretación con tal precepto pretende protegerse el buen funcionamiento de la administración pública.

Llegado a este punto es lógico recapitular, recentrar la prospección y profundizar en los acosos con connotaciones sexuales pues, por una parte, el acoso sexual (art. 184 Cp) se describe también como una solicitud sexual, y también entre sus tipos agravados contiene situaciones en las que cabe colocar a funcionario público, sin perjuicio, de que quepa aplicar dicha agravación genérica. Además, tras la reforma producida por la L.O. 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, se introduce una remisión directa al art. 443 para el supuesto de las personas ingresadas en diferentes centros responsabilidad del estado. Por otro lado, cuando se examina con más detalle ese artículo no podemos dejar de fijarnos en que los términos se superponen con los del art. 184 y también contienen una cláusula concursal (art.444 Cp) en el que se admite el concurso de delitos con aquellos contra la libertad sexual. Esto nos lleva a la siguiente conclusión cuando un funcionario sexual solicita favores sexuales a un usuario de su servicio tanto puede observarse la cuestión como un delito sexual que concursa con uno de funcionario público con connotaciones sexuales como un delito de funcionario público con connotaciones sexuales que concursa con uno o varios delitos contra la libertad sexual. La cuestión suele resolverse siguiendo las reglas del concurso aparente de normas penales y aplicando la relación de especialidad en favor del delito de funcionario público (art. 8.1 Cp)² del que, en su evolución histórica, ha pasado a entenderse como delito pluriofensivo protector tanto del buen funcionamiento de la administración pública como de la libertad sexual³.

No resulta pues, extraño, preguntarse si no tendría más lógica sistemática y cumpliría más con la finalidad de publicidad de la norma que se hiciera una opción normativa o es un delito contra la libertad sexual agravado cuando lo comete un funcionario público en ejercicio de su función, o bien, es un delito contra la administración pública que ya contiene esa desvaloración del ataque contra la libertad sexual. Sin embargo, si leemos todo el conjunto de artículos desde sus consecuencias algo no acaba de encajar especialmente, si lo hacemos desde el contexto de la sociedad contemporánea. Esto es así, porque la libertad sexual históricamente se ha ido consolidando como un bien jurídico de gran importancia. No sólo eso, en estos momentos el reconocimiento de que la gran mayoría de estos delitos tienen una clara connotación de género y de-

2. Breve estudio jurisprudencial en DELGADO SANCHO, C.D.: *Responsabilidad penal de políticos y funcionarios públicos*, Madrid, 2019, p.188.

3. Sin embargo, BUSTOS y PAINO entienden que tal concurso debe resolverse atendiendo al principio de consunción BUSTOS RUBIO, M./PAINO RODRÍGUEZ, F.J.: *Acoso, análisis jurídico penal*, Madrid, 2017, p.73

ben insertarse en la lucha por la erradicación de la violencia contra las mujeres es uno de los argumentos centrales de la reciente modificación legislativa efectuada. Haciendo pues esa comparativa, desde las consecuencias, si tomamos el caso más grave desde la perspectiva del bien jurídica libertad sexual tras la última de las reformas el acoso sexual cometido en centros de internamiento tiene una pena privativa de libertad que puede llegar a la mitad superior de 1 a 2 años. La cláusula añadida, pero innecesaria, por la LO 10/2022 «*sin perjuicio de lo establecido en el 443.2*», nos lleva a un concurso y a observar que la pena privativa de libertad allí prevista tiene un marco superior de 4 años. Dicha cláusula nos puede llevar a entender que tal vez para el legislador no estamos ante un concurso aparente de normas sino ante un concurso de delitos en el caso sólo de los supuestos de funcionarios al cargo de prisiones y otros centros de internamiento. Si lo vemos, así deberíamos aplicar las reglas del concurso ideal de delitos (art. 77.1 i 2 Cp) que nos llevaría a la mitad superior de la infracción más grave (si entendemos que la más grave es la del 443.2 estaríamos hablando de unos márgenes iniciales de 2 a 4 años. Además, debemos tener en cuenta que el art. 444 ya contiene otra cláusula «sin perjuicio» que prevé la realización efectiva de la conducta sexual solicitada y, por lo tanto, su concurso con los delitos contra la libertad sexual.

Si recapitulamos nos encontramos que en el caso de las solicitudes sexuales del segundo punto del art. 443, las que se refieren a las conductas de los funcionarios en instituciones de internamiento, que podríamos considerar el acoso sexual más grave desde la perspectiva actual, existe una doble remisión del art. 184.3 Cp al art. 443.2 y de éste, en relación con el 444 a los delitos sexuales pertinentes. Sin embargo, tal ligamen explícito no se hace entre el art. 184 y el 443.1 Cp que se refiere al supuesto básico de la solicitud sexual, aquella hecha por funcionario público a quien tenga pretensiones de que éste tome una resolución que le incumba a alguien o a un familiar en primer grado de ese alguien. En mi opinión, y mientras no tengamos una práctica jurisprudencial diferente, esa mención expresa tiene una mera función simbólica y explicitada o no, la relación entre el acoso sexual y las modalidades de solicitud sexual de funcionario público las posibles soluciones concursales son las ya expuestas (especialidad o consunción).

A esta reflexión cabe añadir otra más propia de la dinámica de los delitos contra la Administración pública. La interpretación tradicional es que el art. 443 está en relación de especialidad con el respectivo cohecho en el que el funcionario a funcionaria solicita algo (arts.419 y 420 Cp)⁴. Al comparar las penas

4. AAVV (CÓRDOBA RODA.J/GARCÍA ARAN, M. Directores): *Comentarios ...*, p. 2111

AAVV (CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S. directores) *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Valencia, 2015, p. 1485, MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA en AAVV (QUINTERO OLIVARES, G.

veremos que a pesar de que la mayoría de la doctrina admite que la conducta del art. 443 Cp es pluriofensiva, la pena es sensiblemente menor. Por lo tanto, se hace evidente una especie de brecha desvalorativa. Por muchas posibilidades concursales que se abran tanto desde el art. 444 Cp como desde el 184 Cp el mensaje que estas normas transmiten es que la solicitud de sexo sale penológicamente mucho más barata que la solicitud de un bien material o de dinero. Cómo puede ser que esto suceda en un estado pionero en la protección de los derechos de las mujeres y, en especial, en la de su integridad sexual. Para comprender el estado de la cuestión lo primero que debe hacerse es una revisión histórica, en primer lugar, de ambos acosos y, en segundo término, de la relación entre las solicitudes sexuales y el cohecho.

Lo que se descubre es que el delito de solicitud sexual de funcionario público (art. 443 Cp) es anterior en el tiempo a la existencia del delito de acoso sexual (art. 184 Cp). En mi opinión, esta cronología es imprescindible para entender la naturaleza del art. 443 y ponderar cual debería ser su futuro. Así como el acoso sexual como delito contra la libertad sexual es consecuencia de la lucha de las mujeres trabajadoras de finales del siglo XX, la solicitud de favores sexuales por parte de funcionario público fue una de las primeras conductas tipificadas penalmente, en el sentido moderno de la palabra, y ya la podemos encontrar en el primer código penal español (1822) del que recientemente se cumplió el bicentenario. Este elemento histórico ya nos pone sobre la pista de esa descoordinación entre ambos delitos, esa descoordinación se aprecia hasta en la disparidad del uso del lenguaje y la técnica legislativa entre las solicitudes sexuales de funcionario público y cualquiera de los otros tipos de acoso que el código penal actual contiene.

2. La moralidad del funcionario público y la solicitud sexual infracción de ésta 1822

2.1. La importancia de los delitos contra la administración pública en el Código de 1822

En términos contemporáneos podríamos afirmar que la corrupción depende del desarrollo institucional y de la impunidad de esta. El desarrollo institucional, a su vez, puede vincularse al modelo de administración pública. De si esta sigue un sistema extractivo o inclusivo; uno que depende de una élite y su

director, MORALES PRATS, F., coordinador): *Comentarios al Código Penal Español. Tomo I y II*. Pamplona, 2016. AAVV (SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. director y coordinador): *Manual de Derecho penal. Parte especial, Tomo II*, Madrid 2018, p. 693, MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte Especial*, Valencia 2015, p. 869, QUERALT JIMÉNEZ, JJ.: *Derecho penal español. Parte especial*, Valencia 2015, p. 1221.

misión es obtener riquezas para esa élite o bien, si se pretende redistribuir esta riqueza⁵. Para Código penal de 1822 se elabora, en pleno debate sobre cómo debería ser el estado moderno español, en plena pugna entre el Absolutismo que se resistía y el liberalismo que se escindía, un catálogo de las características morales, y de estilo de vida de jueces y funcionarios yendo mucho más allá de aquellas centrales de la mala gestión de lo público⁶.

Al introducirnos en los, ahora denominados, delitos de corrupción en el primer código español, puede que nos encontremos con unos tipos que reconocemos, pero también con una serie de prácticas muy detalladas que hoy en día incluiríamos en el ámbito de las corruptelas o del ejercicio poco ético del servicio público incluso, en estilos de vida que tienen más de moral y escándalo que de afectación institucional. Estos últimos se centran en la cesión ante objetos tentadores, vicios u otras conductas que pudieran tildarse de formas de vida disolutas⁷.

Averiguar los antecedentes de las reacciones jurídicas frente a las inmoralidades de funcionarios en la amalgama normativa española anterior, señalar los puntos de ruptura que la codificación llegó a suponer e identificar el proceso de transformación de usos, faltas e infracciones civiles y canónicas en lo que fueron los primeros delitos desde una perspectiva penal moderna es imprescindible comprender de dónde venimos para tomar decisiones sobre hacia dónde vamos y para dar la relevancia debida a un código y un articulado de tan efímera vigencia⁸.

5. BOSCH GRAU; *La patria en la cartera*, ed. 2ª, Ariel, Barcelona 2022, pp.12 y ss,

6. El binomio burguesía y burocracia es especialmente importante para los delitos que aquí se comentarán puesto que ponen de manifiesto que el fracaso de la reforma de la administración del siglo XVIII no transformará un tipo de sistema extractivo cruel, injusto y torticero que se retroalimenta y es caldo de cultivo de vejámenes, indecencias, inmoralidades y vicios que acabarán plasmados en un amplio catálogo de delitos de los funcionarios públicos marcando un hito, aunque breve, en la sistematización de las infracciones de los empleados públicos. Será complejo poner en marcha un nuevo sistema institucional de monarquía constitucional con un monarca poco confiable, unas instituciones burocráticas en contra, un caos normativo y un estado empobrecido y endeudado entre otros elementos GIL NOVALES; *El trienio liberal*, Siglo XXI editorial, Madrid 1980, pp. 62 y ss, MOLINER PRADA; En torno al Trienio Constitucional (1820-1823), Rúbrica contemporánea, Vol. 1, nº 1, 2012, pp. 10 y ss.

7. Parafraseando a Malem sólo estamos ante el inicio de la «des moralización de las propiedades personales» que este autor refiere a los jueces pero que tratados los ámbitos subjetivos que aquí nos ocupan puede trasladarse a todos los empleados públicos MALEM SEÑA; ¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?, [Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho](#), nº 24, 2001, p.387

8. Sobre la entrada en vigor y su efímera vigencia destacan los artículos monográficos ANTÓN ONECA; Historia del Código penal de 1822, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* Volumen: 18, BENITO FRAILE; Nuevas aportaciones al estudio sobre la aplicación práctica del Código Penal de 1822, BERMEJO CABRERO; Sobre la entrada en vigor del Código Penal de 1822 *Anuario de Historia del Derecho Español* Issue 66 (1996) FORO. *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, nº 8 (2008), CASABO RUIZ; La aplicación del Código penal de 1822, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* Vol. 32, 1979, LÓPEZ REY; El Código penal de 1822, publicación, vigencia y aplicación, ADPCP, 2018, pp 347 y ss.

Los delitos cometidos por funcionarios que se ubicaron en el Título VI del Cp 1822 bajo la rúbrica «De los delitos y culpas de los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo» son un claro reflejo de que el legislador liberal del código penal en esta materia tiene una finalidad concreta, más allá de la de racionalizar el sistema legal y judicial en general⁹. El código penal cerraría un sistema, que acabe con la arbitrariedad, que sujete a los funcionarios a los principios constitucionales de la misma manera que los ligaba con anterioridad al monarca, por una parte, y consolidar un régimen jurídico que garantice el cumplimiento de su función, por otra¹⁰. Esta es justamente la clave del cambio que afecta a los funcionarios; dejan de servir al monarca absoluto y responder ante él para estar al servicio del pueblo y responder ante las nuevas instituciones que lo representan.¹¹ El llamado derecho tradicional español que era una mezcla de derecho romano y derecho medieval representado por las Partidas, el Fuero Juzgo, el Derecho Canónico y una multiplicidad de normas dispersas recogidas, en primer lugar, por la Nueva Recopilación y, en las postrimerías del siglo XVIII, por la Novísima Recopilación contenía las conductas impropias de empleados públicos como infracciones próximas a los delitos de Lesa Majestad sobre las cuales el monarca resolvía directamente. Sobre esta proximidad que no identificación De Toledo y Ubieta afirmó que «no se integran (salvo alguna excepción muy específica [...], en el catálogo que de éstos hace el texto legal acabado de mencionar, (...)¹²

Con el cambio de régimen uno de los mayores retos de los gobiernos será conseguir vincular el ejercicio de los cargos públicos a la Constitución española de 1812, en concreto a los fines establecidos en el art. 13, estableciendo la obligación de juramento en su art.374. En consecuencia, de una parte, los cargos públicos no deben tener prerrogativas y, además, deben servir al bien común. Podría decirse que la cantidad, detalles y penas que tienen como sujetos activos a cargos públicos en sentido amplio y que luego el código contemplará quería ser el final de un proceso de modernización del país, de sus instituciones y de las personas que en ellas trabajaban. Debe tenerse en cuenta que en ese concepto de renovación institucional y funcional la preocupación se extiende a la administración de justicia, el ejercicio de los cargos políticos y otros

9. TORRES AGUILAR; *Génesis parlamentaria del Código penal de 1822*. SICANIA University press, Università degli studi di Messina, 2008, p.10

10. BAHAMONDE/ MARTÍNEZ; *Historia de España. Siglo XIX*. Ediciones Cátedra, Madrid 1994, p.131, TORRES AGUILAR; *Génesis...*, pp. 64 y ss.

11. MASFERRER DOMINGO; *Tradición y reformismo en la codificación española*, Publicaciones de la Universidad de Jaen, Jaen, 2002, p. 192

12. DE TOLEDO Y UBIETO, *La prevaricación del funcionario público*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1979, p. 159, en referencia a conductas delictivas de los funcionarios públicos en los Libros III, IV y V de la Novísima Recopilación. Para su consulta directa se encuentran digitalizados en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-1993-63

empleados públicos. Pueden identificarse dos frentes de actuación; regular las conductas de jueces y empleados públicos y fijar un procedimiento de responsabilidad y, muy importante, evitar que estos sujetos torpedeen el nuevo estado desde dentro mediante los variopintos delitos contra la constitución. Sin embargo, la efímera, dudosa y dispar aplicación del código no conseguiría ser el cierre de un sistema penal no sólo ordenado sino sistematizado y adherido a unos iniciáticos principios del estado moderno¹³. A pesar de ello no puede negarse que, por lo que a la responsabilidad de los funcionarios públicos se refiere, supone la primera piedra del actual sistema y que, además, se mantendrá en gran medida como base cuando se consolide el proceso codificador de la segunda mitad del siglo XIX del que aún tenemos claros rastros en nuestro código penal vigente.

El legislador liberal se encuentra con un amplio cuerpo de cargos públicos gran parte de estos ligados a los estamentos privilegiados de la sociedad, acostumbrados a una actuación arbitraria, a que el cargo sea un medio de enriquecimiento, en resumen, a detentar una gran parte del poder institucional en España¹⁴.

Por eso, la burocracia como representación de la idea del mal funcionamiento de la administración y los servidores públicos es uno de los mayores escollos de los gobiernos liberales; la caótica estructura institucional que debía dirigir el liberalismo en España estaba en manos de funcionarios de los más diversos tipos, alineándose la mayoría con el Antiguo régimen, con el Absolutismo y la Iglesia¹⁵.

De Toledo y Ubieto nos recordaba que «(...) tampoco se puede hablar de un repentino surgir de una poderosa organización funcional, sino de una paulatina configuración y crecimiento de esta; (...)», puesto que en la etapa previa al liberalismo decimonónico el paso de los Austrias a los Borbones marca en sí mismo una transformación de la concepción del estado absoluto¹⁶. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que lo que se denomina reformismo borbónico, es más bien una reorganización institucional¹⁷. De hecho, este mismo autor

13. BARRACHINA JUAN; *La función pública. Su ordenamiento jurídico*. Parte General, PPU, Barcelona, 1991, p 89

14. Sobre estratos sociales de los diferentes cargos públicos es imprescindible FUENTES; *La formación de la clase política del liberalismo español. Análisis de los cargos públicos del Trienio Liberal* Historia Constitucional 3, 2002, pp 21 a 23.

15. GIL NOVALES; *El trienio...*, p.61

16. DE TOLEDO Y UBIETO; *La prevaricación* p.158

17. VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS; *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría General*, Instituto Nacional de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2003, pp.80-81

basándose en Tomas y Valiente¹⁸ cuando señalaba que esa burocracia ya servía al mantenimiento de la estructura social y el continuismo del poder afirmó «(...) eran suficientes las figuras heredadas con la añadidura de algunas específicas, derivadas de la compilación burocrática.»¹⁹. Podría considerarse pues que pretendía reorganizar la estructura institucional española con diferentes niveles de centralización territorial construida a través de los Decretos de Nueva planta y llevada a cabo por Felipe V en la que se transita de los consejos a las secretarías del rey²⁰. Una de sus claves fue el Real Decreto de 18 de enero de 1721 por el que se reconocía el derecho al cargo público y la inamovilidad de los funcionarios que perseguía desligar a los oficiales de las Secretarías y que la permanencia de estos en el cargo no dependiera de una decisión arbitraria del correspondiente secretario del rey sino que se dictase una orden real concreta en la que se argumentase por qué ese oficial no reunía suficientes méritos o había delinquido²¹. El mismo autor nos apunta que era difícil acreditar esa «insuficiencia o demérito del sujeto» porque, como se mencionó, no había un corpus legal de referencia unívoco por lo que se convirtió en costumbre añadir a la documentación de nombramiento del cargo y a los contratos de servicios un listado de situaciones de demérito. Para ello, para juzgar la arbitrariedad con la existencia de justa causa se empleaba el *arbitrium boni viri* que, según Nieto no hacía más que poner de relieve la necesidad de listar cuales eran las justas causas. De tal manera que en esas cláusulas anexas se estaban tipificando las infracciones específicas del ejercicio del cargo. El mismo Nieto califica esta técnica casuística de «eficaz pero evidentemente rudimentaria» y acabaría dando lugar a un protoderecho disciplinario en el que se distinguía aquellas causas justas más desarrolladas y relacionadas con la infracción de deberes relacionados con el cargo y el contenido del nombramiento (*delicta nominata*) junto a otras conductas más difusas e imprecisas que podrían entenderse como excesos en el ejercicio del cargo y que llevo a los *delicta nominata* ²². Sin embargo, debe estarse alerta porque aunque la nomenclatura y la tipificación de estas cláusulas conduzcan a nuestra mente contemporánea a establecer un vínculo entre el nacimiento de las sanciones disciplinarias para

18. TOMÁS Y VALIENTE; *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*. Tecnos, Madrid, 1992, p.111

19. DE TOLEDO Y UBIETO; *La prevaricación*p. 160

20. También es de sumo interés una segunda fase, de nivel local o municipal, llevada a cabo principalmente por Carlos III con el objetivo de mejorar la recaudación y la gestión de la economía productiva. Mediante instrucción real recogida en el auto del consejo de 5 de mayo de 1766 el cuerpo electivo de Diputados y Personeros del común quiso crear un estamento de funcionariado local más cercano al pueblo y que además cercenara el dominio de las oligarquías locales tanto en la recaudación como en la fijación de precios RODRÍGUEZ ROMERO, Elecciones de Diputados y Síndicos personeros. Elecciones en Marbella en el sexenio Absolutista (1814-1819). Un Atisbo de libertad en medio del tiempo, Ciliana, nº 20/1, 2007-2008, p.72.

21. VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS; *Los delitos...*, p.84

22. NIETO GARCÍA; Problemas capitales del Derecho disciplinario, RAP, nº 63, 1970, p.50

los empleados públicos de diferentes clases y el derecho penal moderno, todo este entramado se origina en relaciones contractuales mucho más cercanas a los principios del Derecho Civil, puesto que sus consecuencias más que penas en sentido estricto son «medios para mantener el orden y la disciplina dentro de las relaciones de servicio y para asegurar los deberes oficiales»²³.

Se entra en el siglo XIX sin una normativa unificada, estructurada y concreta en la que subsisten normas de origen romano, feudal y canónico en el cuerpo de la Nueva Compilación que conviven con listados concretos *ad hoc* de infracciones y una desigual aplicación territorial. Existe documentación y literatura sobre los diferentes trabajos de sistematización y modernización del derecho durante el siglo XIX, también son conocidas las diferentes interpretaciones sobre si se pretendía sólo una sistematización y puesta al día recopilatoria de las leyes ya vigentes o la finalidad, en cuanto a las leyes criminales, era ir más allá recogiendo los principios ilustrados y construyendo un primer código penal en el sentido moderno²⁴.

La imperiosa necesidad y urgencia por tener un instrumento formal para estructurar las bases la Administración pública de la que debería de ser la nueva sociedad da como fruto el Decreto del título que cumplirá, una función sistematizadora que «servirá de nexo para el elenco de figuras que, con una sorprendente tradición de estabilidad, la totalidad de los Códigos penales españoles presentarán bajo el enunciado de los delitos de los empleados o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos»²⁵. Pues es justamente este decreto el que convertirá esas infracciones contractuales con elemento que la relación con el poder de las que trataba Nieto en delitos en el Código de 1822²⁶.

Los empleados públicos constituidos por jueces, cargos políticos y otros funcionarios debían desligarse del servicio al rey y adherirse a la constitución como se pretendía del mismo rey. Esto explica que el mismo decreto hiciera reserva regular aparte estas últimas cuestiones. Debido a los avatares políticos las conductas de traición o deslealtad con la monarquía constitucional de cualquiera con especial mención a empleados públicos no fueron desarrolladas hasta el Decreto VI de 17 de abril de 1821 «se establecen las penas que habrán de im-

23. NIETO GARCÍA; Problemas..., p.60.

24. TORRES AGUILAR; Génesis..., pp.43 y ss.

25. VÁZQUEZ-PORTOMENE SEIJAS; *Los delitos...*, p.88

26. Así lo entiende ROJAS BENÍTEZ; *La tutela penal de la función pública desde el actual delito de malversación* Ratio Legis, Salamanca, 2009, al citar, p.22, «pese a la denominación, constituye una auténtica ley penal que describe los distintos delitos que pueden cometer tanto los magistrados y jueces, como los demás empleados públicos.» la inédita tesis de CASABÓ RUIZ; *El código penal de 1822*, Valencia 1968 (ejemplar mecanografiado consultable en los archivos de la Universitat de València)

ponerse á los conspiradores contra la Constitución e infractores de ella» en un vano intento de poner un candado jurídico a la inestabilidad del régimen político e institucional²⁷.

Volviendo al Decreto de 1813, esta norma recoge tanto los *delicta nominata* como los *delicta innominata*, además de atentados contra la moral que se movían entre lo eclesiástico o canónico y la jurisdicción civil. De ahí, que en el contenido de las infracciones se vaya desde la prevaricación hasta las solicitudes sexuales, las incontinencias y otras inmoralidades.

En su intento de sistematización, en el decreto se opta por una técnica en la que se describen y agrupan primero los delitos de los jueces (administración de justicia) y, en segundo lugar, los de los otros funcionarios. Se puede comprobar la técnica legislativa precaria en la reiteración de conductas puesto que muchas de las infracciones recogidas son idénticas para jueces y para otros funcionarios. Esa separación de las conductas en función del sujeto activo también se mantendrá en el Código penal previendo diferentes consecuencias punitivas en función de la entidad del cargo y la conducta. Y, en definitiva, puede decirse que es la gestación de la vigente distinción entre delitos contra la Administración Pública y Delitos contra la Administración de Justicia. El decreto sirvió de base para la posterior estructura del Título VII y tipificando lo que podría analizarse como una primera versión de los delitos de funcionarios, aunque con diferencias de matiz entre las inmoralidades de jueces y las de los otros funcionarios.

Uno de los aspectos donde se muestran las carencias de formación del legislador y la premura por dar respuesta a lo que se entendía como un problema grave es el complicado sistema de quejas e instancias para entender de las infracciones que encontramos en la parte final de la norma. Esta cuestión se evidenció rápidamente como reflejan algunas crónicas estudiadas por los especialistas, entre las que cabe destacar, según Lorente²⁸, «(...) la actuación del aparato de justicia, la provisión de empleos y las infracciones de ley cometidas por diferentes autoridades»

27. «era necesario exigir en los empleos públicos, tanto civiles como eclesiásticos, no solo aptitud para desempeñar sus cargos respectivos, sino pruebas positivas de su adhesión al sistema constitucional, no solo en aquella legislatura [1821], sino en las anteriores de 1811, 1812, y 1813.» MOLINER; En torno ..., pp10 en referencia a la intervención en Cortes del diputado radical Juan Romero Alpuente, que puede encontrarse en ROMERO ALPUENTE, J (GIL NOVALES editor) Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 1ª ed., pp 371-72

28. LORENTE SARIÑENA; *Las infracciones a la constitución de 1812*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p 66.

2.2. El singular bloque de inmoralidades

En los arts. 492 a 495 del Código penal de 1822 se regulan lo que podríamos llamar conductas relacionadas con los vicios de los jueces y empleados públicos tanto del ejercicio de su cargo como privados en el sentido de estilo de vida y con abuso de su posición. En cuanto a los sujetos se tienen en cuenta cuatro tipos de servidores públicos; el juez de Derecho o alcalde (art. 492.1), el juez de hecho (art. 492.2), los alcaides. Guardas o encargados de cárceles, casas de reclusión u «otros sitios» (art. 493) y cualquier otro funcionario (art. 494). Esta diferenciación en los cargos es de extrema importancia pues, en función de la relevancia del cargo una misma infracción tiene mayor reproche y, por lo tanto, una diferencia en cuanto a la pena sustancial. Así ocurre en los delitos de seducción o solicitud sexual (art. 492) en el que si la conducta la realiza un juez de derecho o alcalde (téngase en cuenta que los alcaldes tenían facultades para juzgar) los autores perderán «su empleo ó cargo, y quedará inhabilitado perpetuamente para volver á ejercer la judicatura (...) si la misma conducta la realizare un juez de hecho «sufrirá además de la inhabilitación un arresto de dos meses á un año». Es más, si esa seducción o solicitud sexual la llevare a cabo el alcaide, guarda o encargado de la cárcel, casa de reclusión «ú otro sitio» la pena consistiría en «ser privado de su cargo, y no podrá obtener otro alguno público en el espacio de cuatro á diez años y si lo mismo lo hiciere «cualquier otro funcionario público que abuse de sus funciones para seducir ó solicitar» la pena se concretará en la pérdida del empleo o cargo y reprensión. También debe tenerse en cuenta que esto se preveía «sin perjuicio de cualquiera otra pena que como particular merezca por su delito» es decir, el castigo por separado de la materialización de esa seducción o solicitud en otro delito como, por ejemplo, alguno de los contenidos en el Capítulo IV (De los raptos, fuerzas y violencias contra las personas; y de la violación de los enterramientos). Es imprescindible tener en mente que en este momento aún no se habían formado delitos que tuvieran como centro el sexo o lo que, denominamos, libertad sexual. La relevancia de las conductas sexuales no tenía entidad por ellas mismas sino, como se tratará, en tanto supongan una alteración a la moral y el orden público.

A pesar del ingente material elaborado para la discusión parlamentaria de este código, son pocas y hasta contradictorias las menciones que se encuentran en los Diarios de sesiones de las Cortes sobre este articulado²⁹. Así, por ejemplo, desde la fiscalía de la Audiencia de Mallorca estimaron excesivas las penas del

29. El proceso de debate para la elaboración del Código está minuciosamente tratado en TORRES AGUILAR; *Génesis parlamentaria ...* pp. 127 y ss.

art. 492³⁰ mientras, el sentido era el contrario sobre en las aportaciones del Ateneo Español³¹.

A estas penas de pérdida de empleo o cargo público, inhabilitaciones perpetuas de diferente tipo, reprensión y arresto que hemos comparado en los art. 492 a 495 *ab inicio* referidos a una misma conducta seductora o solicitadora de mujer dentro del ejercicio de los respectivos cargos deberemos añadir, inhabilitaciones temporales, enmienda, suspensión de empleo o cargo u hasta reclusión en aquellas modalidades de conductas inapropiadas en las que se involucra violencia³².

En cuanto a las conductas delictivas escogidas, relacionadas con conductas sexuales públicas y escandalosas pueden distinguirse tres tipos. Las dos primeras dependen del ejercicio del cargo y la tercera del modo de vida; la seducción y solicitud de «mujer que litigue, ó esté acusada ó procesada ante él, o citada como testigo» (art. 492 *ab inicio*) «que se halle presa bajo su autoridad» (art. 492 segundo inciso) ambos con respecto a jueces de derecho o alcaldes «cuya causa conozca» (art. 492 *in fine*) con respecto al juez de hecho, «que tenga presa bajo su custodia» en el caso de alcaides, guardas o encargados (art. 493) y en el caso de cualquier otro funcionario «que tenga algún negocio ante él por razón de su empleo o cargo» (art. 494). A las anteriores, más o menos claras, se les añade una de amplio espectro y contenido difuso que es la «incontinencia pública y escandalosa» referida al ámbito íntimo de la vida sexual. Así pues, esta primera conducta sexual del ámbito privado pero ejercida con escándalo del art. 495 Cp 1822 abre el abanico al segundo grupo de actividades privadas que conocidas públicamente o ejercidas con escándalo violan no solo esa discreción a la que se refiere Masferrer sino también la modestia pues se centran en modos de vida disolutos o en la relajación de costumbres³³. El art. 495 complementa estas desviaciones de la moral pública con otros comportamientos de la vida privada de las personas: la embriaguez repetida, el juego prohibido, la dilapidación económica o prodigalidad o, y esta es especialmente indeterminada, «tener con igual escándalo una conducta relajada o

30. *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, Legislatura 1821-1822— Extraordinaria, Enero 1822, pp 1955-1956.

31. *Observaciones del Ateneo Español sobre el Proyecto de Código penal, Presentado á las Cortes por la comisión especial del seño de las mismas*, Madrid, Imprenta de Albán y Compañía, 1821. p.80

32. Sobre la gravedad o reiteración en contenido de algunas de estas penas en la parte general del código CRYSÓLOGO PALENCIA; *Observaciones sobre el Código penal*, Santiago, Imprenta D. Juan Baustista Moldes 1822 pp 17-19, *Informe de la Universidad de Salamanca sobre el proyecto del Código penal, que van a discutir las Cortes extraordinaria*, Parte Primera, Salamanca, imprenta Nueva, 1821, pp14 y ss.

33. MASFERRER; La distinción entre delito y pecado en la tradición bajomedieval y moderna. Propuesta revisionista de la historiografía europea y anglosajona, AHDE, 2017, p.736

vergonzosa por cualquier otro concepto» seguida, cual orden de importancia por el desempeño del cargo «con conocida ineptitud o desidia habitual».

Cabe destacar la dureza de las consecuencias penales, no sólo por la ya natural dureza de las penas con anterioridad al cambio de régimen sino con un giro en lo que a los fines de las consecuencias penales y su significado debían tener. Se abre camino la prevención general desde el retribucionismo claramente cuando se regula no sólo un amplio abanico de conductas delictivas que van desde el más grave menoscabo a las instituciones públicas con resoluciones injustas, cohechos o distracción de dinero público sino con el castigo ya no digamos de corruptelas sino de lo que podríamos denominar estricto código de conducta de los empleados públicos que pretendía controlar la moralidad de estos. Las consecuencias penales de estas eran graves y muy diversas y además, permitían la doble sanción como empleado público de conducta inmoral y como particular que con esta o a través de esta pudiera haber cometido otro delito. El tratamiento concursal de esto hubiera supuesto la creación de una larga doctrina y jurisprudencia si este código no hubiera tenido una vigencia tan cuestionada y efímera.

2.3. La solicitud sexual como inmoralidad y su origen canónico

La literatura especializada nos recuerda que se llega a la codificación con una rígida moral sexual difícil de encontrar formalizada en el disperso aparato jurídico dieciochesco, más allá de los delitos canónicos o contravenciones de los mandamientos o sacramentos. Se coincide en que la asimilación de la Contrarreforma católica y la interiorización de los contenidos del Concilio de Trento no llevan repentinamente a una estricta vigilancia de la moral sexual en el sentido de la publicidad de estas conductas sexuales o lo que se denomina «escandalo». Más difícil resultó a los monarcas absolutos la represión de conductas en la intimidad que eran vistas como normales y hasta saludables³⁴. A ello debe añadirse las interrelaciones entre los fueros eclesiástico y ordinario, que no de delito y pecado³⁵, y dentro de estos lo que constituía herejía o no, para conocer de estas causas que se originaban tanto en conductas bien defi-

34. MASFERRER; La distinción... p.699

35. Extensamente sobre la cuestión MASFERRER; La distinción... pp.696 en el que se manifiesta en contra de los posicionamientos de TOMAS Y VALIENTE; *El Derecho...* 235 y ss y en *Crimen y pecado...* y CLAVERO; *Noción y escala...* pp 60-64 en TOMAS Y VALIENTE/CLAVERO/HESPANHA/BEERMEJO/GACTO/ÁLVAREZ ALONSO; *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Alianza Universidad, Madrid, 1990, por lo que hace a la denominada por Tomas y Valiente «tríada» de elementos sobre la que se constituía todo delito; el pecado, el daño común y la ofensa a la víctima.

nidas como otras de misterioso contenido³⁶. Se avanzó, con respecto a esta situación, que aquí el foco no debería dirigirse hacia los delitos sexuales o sexualidades criminales, sino en delitos contra la moral, el orden público o la seguridad del individuo³⁷.

El control de las pasiones tomista y sus ideas sobre la ejemplaridad de sus vidas y la separación de que no todo pecado es, a su vez, delito³⁸. El giro de la permisividad bajomedieval al rigor moral no sólo se produjo por la traslación del Concilio de Trento durante el reinado de Felipe II mediante la Real Cédula de 12 de julio de 1564 sino cuando más tarde los regímenes absolutistas concibieron tal unión como elemento cohesionador social creando los estados confesionales³⁹. Ramos analiza cómo se produce el paso de la permisividad de las relaciones sexuales fuera del matrimonio entre personas solteras a un régimen de control moral eclesiástico y civil que podría entenderse que gira, en torno a tres ideas nucleares: la conducta sexual desordenada, la publicidad y el escándalo de tales conductas y si la causa era secreta o no⁴⁰. Por esos motivos no podemos leer el texto de 1822 ni los precedentes en clave de libertad sexual contemporánea, ni tampoco pretender que el proceso de secularización lleva a una mayor tolerancia hacia esta clase de delitos pues no se está juzgando el tipo de sexualidad, ni tan solo se centra aún en la mujer como víctima, se trata de la trascendencia de determinadas conductas contra las buenas costumbres o la moral de la época⁴¹.

Estas conductas sexuales desordenadas podían ser de amplio espectro y comprender desde el adulterio hasta las más indefinidas seducciones, solicitudes y misteriosas incontinencias, pasando por amancebamientos y prostitución⁴². Todas ellas concebidas desde dos ejes; el matrimonio como aseguramiento de la finalidad reproductora y las mujeres como objetos de tentación y perdición de los hombres, en definitiva, además de como pecados o faltas canónicas, como ataques contra la paz pública y social o el orden público y el orden so-

36. ALEJANDRE, J.A.; *El veneno de Dios. La Inquisición de Sevilla ante el delito de solicitud en confesión*, Siglo XXI, Madrid, 1994, elabora todo un tratado sobre este delito canónico de imprescindible consulta, RAMOS VÁZQUEZ; *Vigilancia de la moral sexual en la Castilla del Siglo XVIII*, Revista de la Inquisición, Intolerancia y Derechos Humanos, vol. 23, 2019, p.157 en referencia a la llamadas incontinencias, pero debe tenerse también en cuenta las solicitudes o *sollicitatio ad turpia*, ampliamente desarrolladas en SARRIÓN MORAN; *Sexualidad y confesión: la solicitud ante el Tribunal del Santo Oficio (Siglos XVI-XIX)*, Ediciones Universidad Castilla-La Mancha, Cuenca, 2010.

37. MASFERRER; La distinción... pp.696-97.

38. MASFERRER; La distinción... pp.713-714, RAMOS VÁZQUEZ; La Vigilancia... p.173

39. MASFERRER; La distinción... p.716

40. RAMOS VÁZQUEZ; La Vigilancia... p 174 y ss

41. MASFERRER; La distinción... pp.698

42. RAMOS VÁZQUEZ; La Vigilancia... pp.166-167

cial⁴³. Pues la moral sexual se construye de forma más estricta en torno a las mujeres, que tienen como muestra de su licenciosa vida los embarazos, el precio, un gran abanico de conductas, faltas o delitos, y unas penas sensiblemente más altas⁴⁴. El enjuiciamiento, ya fuere eclesiástico, aunque hubiere sujetos seglares, ya fuere ordinario, o mixto⁴⁵ presentaba unas diferencias de trato en función del sexo de las autoras y su clase social. Aunque, en principio, los procedimientos se abrían a instancia de parte, normalmente el marido, se han encontrado algunos en los que las características de la publicidad y escándalo llegados a párrocos, corregidores y jueces llevaron a estos a iniciar los procedimientos⁴⁶. Además, estos podían declararse secretos y librar especialmente a las mujeres a la exposición pública de su conducta desordenada en función del estatus social de su familia que permitía la causa secreta y también el desarrollo secreto de parto y nacimiento que solía ser el rumor de embarazo o de encuentros sexuales lo que constituía escándalo⁴⁷. En esa discriminación, influía en los juzgadores, ordinarios o eclesiásticos, la demostración de la honestidad o buena conducta de la persona juzgada⁴⁸. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que estos criterios se desarrollan y se aplican por lo que a la mujer se refiere, así cristalizarán avanzada la Codificación delitos ya tradicionales que se centran en la moral u honestidad sexuales por sí mismas, pero también en cuanto elementos de la honra del hombre. Ambos aspectos, en la época que se trata se focalizan más en la fama que en la tipología concreta de la actividad sexual. En los delitos de funcionario, podemos intuir que la honradez y moralidad que se juzga es la de los hombres empleados públicos, pues las mujeres

43. La persecución histórica de la herejía y la inclusión de conductas como la solicitud entre estas mediante los Edictos de Fe, no es ajeno a este proceso sin embargo que muy lejos del objetivo planteado. SARRIÓN MORA; *Sexualidad...* p. 64,

44. RAMOS VÁZQUEZ; *La Vigilancia...* p.177

45. Referidos a los delitos considerados *mixti-fori*, que teniendo una raíz en los delitos canónicos de algunos seculares también eran entendidos como atentados contra el orden social, permitiendo permeabilidad que no identidad entre ambas jurisdicciones. Un ejemplo del cual sería el adulterio que ya fue introducido en las 7 Partidas, Ramos, I, p. 157, MASFERRER; *La distinción...* p.724-725.

46. Sin embargo, debe aclararse, que el hecho de que algunas de esas conductas irregulares fueran pecado no las lleva automáticamente a ser delito, sino que la moralidad católica y el pecado dan un punto de partida desde el que construir moderadamente y con corrección técnica las infracciones civiles y penales MASFERRER; *La distinción ...* p. 709, adhiriéndose al análisis de ALVAREZ CORA *La tipicidad de los delitos en la España moderna*, Madrid, Dykinson, 2012, pp.15-20.

47. Muy interesante a este respecto el análisis de causas de archivos secretos realizado por Ramos y que le llevan a dichas conclusiones, p. 179-180.

48. Aún sin poder valorar la bondad de la metodología historiográfica, resulta de interés la lectura sobre ese trato anteriormente en ARCURI; *Represión sexual y de género en la confesión: los manuales de confesores de la Edad Moderna (siglos XVI-XVII)*, ex aequo, nº 37, pp. 81-93.

no lo eran⁴⁹. No sabemos, dada la efímera vigencia del código⁵⁰, si en su enjuiciamiento se hubieran ponderado también las características morales de la mujer como actora en el caso, como sujeto tentador ante el cual el empleado público hubiera debido contener sus pasiones. No obstante, el tratamiento canónico de la solicitud en confesión podría darnos muchas pistas sobre lo que hubiera podido suceder.

Ante la escasez de referencias documentales concretas de la época hay que ceñirse, a las de los comentaristas inmediatamente posteriores cuando hacen lo propio con el Código de 1848 que si bien recorta o elimina algunas de las inmoralidades tratadas mantiene la solicitud como la mayoría de los siguientes⁵¹. Así Pacheco⁵² incidirá en ese carácter contra lo público y la moral social. Mientras que Gómez de la Serna y Montalbán⁵³ se fijarán en dos efectos; «la inmoralidad que demuestra el que se prevale de sus funciones para satisfacer su torpe deseo» y la disyuntiva en que coloca a la mujer «o de ceder a su seductor o de recelar en otro caso la pérdida de sus derechos»

El desdoblamiento de acciones típicas se convirtió en cuestión polémica; trataba de saber si seducir y solicitar incluyen la misma conducta, cual es el objetivo último de esta y hasta dónde debe llegar. Por otra parte, no cabe ni plantearse que el sujeto pasivo fuera un hombre, pues, aunque estas conductas se producían, eran totalmente rechazadas desde un punto de vista moral y sólo cabía perseguirlas cuando se produjeran y la sodomía fuere un ilícito penal en sí mismo. Para Altés⁵⁴ la introducción de una conjuntiva entre ambas acciones las distingue y las transforma en alternativas es más no descarta que el delito se pudiera cometer acumulando ambos verbos y posicionándose así en contra al concepto de acción de Ferrer Sama en sus comentarios, en que ambos ver-

49. Precisión que encontramos en ALTÉS; *Solicitud sexual. Funcionario público y de prisiones* en LATORRE LATORRE (coord.): *Mujer y Derecho penal* Tirant lo Blanch, Valencia 1995, p. 102

50. BENITO FRAILE; Nuevas aportaciones al estudio sobre la aplicación práctica del Código Penal de 1822, FORO. *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, nº8, 2008, pp.58 y ss especialmente rico en fuentes LÓPEZ REY; *El Código penal* ...

51. RODRÍGUEZ DEVESA /SERRANO GÓMEZ; *Derecho penal español*, ed.10. Dykinson, Madrid 1995. pp.1133 y s.s.

52. «(...) estos delitos tienen un alto carácter de vileza e infamia. La conciencia pública considerará siempre este género de abusos como el más bajo y el más degradante de todos. Conseguir por tales medios favores de una mujer, tiene algo todavía de más repugnante que dejarse llevar por la cólera, por la venganza o por otras pasiones igualmente brutales» PACHECO; *Código penal concordado y comentado*, Madrid 1876, Imprenta de Manuel Tello, comentando los arts. 302-303 del Cp1848, concordancia de los art. 492 y 493 Cp1822

53. GÓMEZ DE LA SERNA, P./MONTALBÁN, J. *Elementos del Derecho Civil y penal de España, precedidos de una reseña histórica*, Tomo 3º, MSEIS, Imprenta de la Compañía de Impresores y Libreros del Reino, 1851, p.307.

54. ALTÉS; *Solicitud sexual*...p.101

bos se concatenaban con la intención de obtener un coito vaginal heterosexual, por lo cual se solicitaba para conseguir la seducción⁵⁵.

En realidad, el planteamiento de Ferrer Sama no está tan fuera de lugar como pareciere porque esas disquisiciones ya se desarrollaban en los procesos canónicos del Santo Oficio hasta la desaparición de la Inquisición⁵⁶. Se pueden encontrar documentadas, causas canónicas por este tipo de infracciones o contra el sexto y el noveno mandamiento a partir del S. XVI, siendo una de estas el «sexo en el confesionario» o «solicitud en confesión» o «*sollicitatio ad turpia*»⁵⁷ con lo que ya estamos entrando de lleno en el primigenio contenido material de la seducción y la solicitud.

La solicitud consistía en la falta o pecado que cometía un confesor cuando tenía trato sensual o carnal con la feligresa⁵⁸. Estas incluyen desde palabras a gestos que tengan una finalidad de seducción de la feligresa, propiamente denominada, penitente⁵⁹. Se daban dos puntales religiosos imprescindibles para insertar estas prácticas como muy graves tras la Contrarreforma; la obligación de confesar como requisito del perdón de los pecados y la afectación a la imagen o fama de la Iglesia del conocimiento público de estas conductas que se producían en espacios sagrados y en la práctica de un sacramento de la penitencia era el instrumento de purificación de la lujuria⁶⁰. Por ello, aún se conservan la meticulosa expedientes de la acción del Santo Oficio en algunas localidades concretas en los que destaca el acopio de gran cantidad de información en la instrucción de las causas⁶¹; si la solicitud era propuesta antes, durante o, después de la confesión, el número de denuncias que acumulaba el solicitante, tipo de actos y lugares donde se produjeron y la fama, categoría y condición de la familia a la que perteneciera a la mujer. De esta manera, adquiriría casi más relevancia la evaluación moral paralela y publica de la mujer que la

55. FERRER SAMA; *Comentarios al Código penal, en 4 volúmenes*, Murcia, Sucesores de Nogués 1946-1956.

56. Pueden encontrarse causas canónicas por este delito datadas en 1819, SARRIÓN MORA: *Sexualidad ...* p. 78

57. SÁNCHEZ-ORÓ; *Sexualidad, vida conyugal e Inquisición en Ciudad Rodrigo (Siglo XVI-XVII)*, Comunicación a las Jornadas de Historia y Cultura de Ciudad Rodrigo, Centro de estudios Mirobrigüenses, noviembre de 2010, ayuntamiento de Ciudad Rodrigo, 2011, p. 311., SARRIÓN MORA: *Sexualidad...*, p.15

58. ARCURI; *Represión sexual ...*, p. 87 y ss. desarrolla una teoría de dominación patriarcal de las mujeres a través del instrumento de la confesión que si bien como penalista no puedo valorar supone una lectura recomendable.

59. «Es decir, podemos considerar solicitud toda incitación sexual que el confesor ha hecho al fiel y tiene alguna relación espacio-temporal con el sacramento de la penitencia» SARRIÓN MORA: *Sexualidad...*, p.15.

60. SARRIÓN MORA: *Sexualidad...*, p.75

61. Sobre las instrucciones y el trato de las faltas cometidas por el confesor en la misión de obtener esa información se extiende ARCURI; *Represión sexual ...*, p.84-85. Tanto en la obra de esta, como en la de SARRIÓN MORA: *Sexualidad...*, y la comunicación de SÁNCHEZ-ORÓ; *La sexualidad...* pueden encontrarse análisis de expedientes en Andalucía, Cuenca y Ciudad Rodrigo respectivamente.

petición del religioso⁶². Y también pueden apreciarse en las denuncias que se conservan que se distingue entre la solicitud y la consumación de la solicitud pudiéndose considerar tal, actos de seducción (palabras, regalos, o tocamientos simples con ropa) o un acto sexual pleno cosa que ocurría pues eran corrientes los desplazamientos al domicilio para la confesión o la búsqueda de lugares discretos en los que extraños no pudieran escuchar el detalle de los interrogatorios⁶³.

Sarrión Mora confirma que la solicitud dejó de ser un peligro para la Iglesia católica cuando se rompió su vinculación a la herejía y pasó a ser un «mero problema de malas costumbres»⁶⁴. Puede intuirse que si tal y como se expuso, gran parte del funcionariado de la época que nos ocupa tenía relación con el clero y que este estamento fue uno de los resistentes al cambio de régimen en esa amalgama de conductas de no adhesión a la nueva situación institucional, se diera especial atención a las inmoralidades en la prestación del servicio las conductas sexuales aquí presentadas y encontraran un lugar en el texto definitivo no su por su carga de lujuria o pecado, ni por su atención a la mujer sino por su afectación pública a las buenas costumbres o moral social. Así tendrían más sentido las aparentemente contradictorias afirmaciones sobre estos delitos encontradas en Informe del Ateneo Español promoviendo «la necesidad de que brille en los empleados el pundonor y la delicadeza, y que desaparezcan las bajezas que ofenden a una clase tan distinguida», para inmediatamente después, frente al contenido del art. 495 preguntase por la finalidad de la mezcla de conductas públicas y privadas entre ellas el cargo de incontinencia pública⁶⁵. Después de todo este recorrido, la incontinencia se consolida como la actividad sexual entre personas solteras sin mediar precio, ni llegar al amancebamiento⁶⁶. Y, en mi opinión se fijará como último escalón del sexo indecente por conocido públicamente, como elemento corruptor o, tal vez desde un punto de vista más moral como la última de las cesiones a las pasiones sexuales en

62. La polémica dentro del seno de la Iglesia de cual debía ser la reacción frente a los diferentes tipos de clérigos fue ardua tal y como nos explica extensamente, adquiriendo gran importancia las diferentes bulas papales entre la que destaca la de Gregorio XV: *Universi Dominici Gregis* de 30 de agosto de 1622 dirigida a toda la Cristiandad, SARRIÓN MORA: *Sexualidad...*, p.67 y ss.

63. SÁNCHEZ-ORÓ; *La sexualidad...*, p.312, para acabar de comprender el desarrollo de esta casuística debe tenerse toda la controversia sobre cómo y en que lugares debía realizarse la confesión y considerar la tardía inclusión de las rejillas en los confesionarios mediante Cartas otorgadas del Consejo de la inquisición de 1709.

64. SARRIÓN MORA: *Sexualidad...*, p.84

65. *Observaciones del Ateneo Español sobre el Proyecto del Código penal. Presentado a las Cortes por la Comisión especiales de las mismas*, respecto a los arts. 459 y 497 del Proyecto de 1821 respectivamente, pp. 79 y ss.

66. Merece especial atención la siguiente reflexión sobre qué papel se les otorgaba a las solteras «Se trataba éste de un grupo de mujeres consideradas de condición vil o infame que, por elección o por desesperación, trataban de vivir soles buscando la compañía o soporte económico de los Hombres (...)» RAMOS VÁZQUEZ; *La Vigilancia...* p.179

la que el incipiente estado debe intervenir para asegurar la honradez de sus empleados.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que tanto en los primeros delitos de funcionario público como en el originario delito canónico lo realmente relevante no era el sexo en sí sino la salvaguarda de la institución, en el primer código penal del sistema administrativo moderno que se pretendía crear y en las causas de la Santa Inquisición de la contrarreforma la penitencia. Puede decirse que la penitencia, como sacramento, se convierte en el producto estrella de la Iglesia católica para ganar la batalla a los insurgentes protestantes. Mediante la penitencia se obtiene el perdón de los pecados y estos no son arrastrados hasta el juicio final, Sin embargo, debía atajarse de raíz las corruptelas asociadas a la compraventa de bulas papales y otras prácticas y, ello empuja a una transformación completa de la confesión, así esta se volvió un acto en el que el confesor debía obtener la máxima información de los pecados, y favoreciendo una relación más íntima entre confesor y penitente esa intimidad y el objeto de los interrogatorios favorecen que se produzcan entre confesor y penitente conductas de tipo sexual. Lo desvalorado no es la conducta sexual sino el desprestigio que esto puede causar al sacramento y por eso da pie a que esa conducta se considere herejía, si tal conducta se da entre los mismos sujetos antes de la confesión o después de esta no interesa a la Santa Inquisición porque a pesar de que desde el punto civil se podría considerar inadecuado no tiene efecto en el sacramento de la penitencia⁶⁷.

3. Revisitando el sexo como elemento corruptor en el siglo XXI

3.1. ¿Cabe el sexo en el actual concepto de contraprestación del cohecho?

A pesar de la reforma del literal del texto del art. 419 Cp producida en 2010 (LO 5/2010 de 22 de junio) sigue abierta la polémica sobre si su nueva redacción implica la entrada en los *favores o retribuciones de cualquier clase* no sólo los favores sexuales retribuidos sino también de los no retribuidos. Se trata pues

67. ALEJANDRE, J.A.; *El veneno...*, además de ser un profundo tratado sobre todos los aspectos técnicos, nos expone los elementos más controvertidos y las prácticas que se pueden encontrar en los expedientes para evitarlos. Así, por ejemplo, uno de los elementos técnicos es el de la consumación puesto que si se consuma fuera del momento de la confesión ésta y la penitencia consecuente no se verían afectadas. Llama la atención la práctica del confesor solicitante de recomendar a la penitente que recurriera a otro confesor con cualquier pretexto pp. 15 y ss. No puedo dejar de señalar como curiosidad histórica que las solicitudes llevarán al invento del confesionario como objeto/espacio anticorruptor vid, a título de ejemplo, DE BOER, W; «Ad audendi non videndi commoditatem». Note sull'introduzione confessionale soprattutto in Italia, Quaderni storici, agosto 1991, vol 26, n° 77 (2), pp 543-572 en el que se aborda la construcción del primer confesionario de Italia por Borromeo para la Catedral de Milán.

de cuál debe ser el alcance de la interpretación de la transformación de los términos *dádiva o presente a dádiva, favor o retribución de cualquier clase* y hasta dónde deben llegar las llamadas retribuciones inmateriales. A ello cabe añadir la existencia del art. 443 Cp que sólo contempla la solicitud sexual de funcionario público y que además prevé una pena considerablemente más baja en comparación con el art. 420 Cp que contiene una conducta equiparable.

En la controversia actual las recomendaciones del GRECO, en concreto las que se realizaron en el Tercer Informe de evaluación de España adoptadas en la reunión plenaria de mayo de 2009, adquieren un rol muy específico. Esto es así porque, como se verá, desde algunos sectores se entiende que tal reforma no cumple totalmente con los objetivos señalados en el informe y que se perdió una ocasión única para esclarecer la cuestión de los denominados favores sexuales. Mientras que, en otros casos, se sostiene que del actual redactado se deriva la inclusión de estos o, en algún caso, que ello ya era posible con anterioridad a la reforma.

El documento del GRECO, por lo que al tema que aquí se tratará respecta, presenta dos características muy reseñables. En primer lugar, no incluye el examen de los arts. 443 y 444, también llamadas solicitudes sexuales, en el análisis del tratamiento de la corrupción en España. Y, segundo, se abordan todas las modalidades de cohecho y otras conductas anteriores y posteriores a las recogidas en el art. 443 Cp. Cabe recordar que en este último precepto se incluyen la modalidad de solicitud sexual de funcionario a quien tenga pretensiones pendientes de su resolución y otra agravada cuando esto se produzca en el marco de instituciones penitenciarias o centros de protección o corrección de menores⁶⁸. Esto podría llevarnos a pensar que los llamados favores sexuales no tienen ninguna relevancia o son un objeto menor para esta organización. Sin embargo, cuando llegamos al punto 92 de dicho documento queda absolutamente meridiano que para GRECO en la regulación del cohecho en España no estaba claro que las dádivas o presentes relacionadas con conductas pasadas o futuras de un empleado público pudieran tener una naturaleza imaterial⁶⁹.

El informe no obvia las posiciones doctrinales y jurisprudenciales nacionales sobre la cabida de los favores inmateriales que puedan contener una traslación económica, pero entiende que la redacción anterior a la reforma, aunque no

68. Debe tenerse en cuenta que el Anteproyecto de Ley Orgánica 28102020 de garantía integral sexual prevé una reforma de este tipo ampliando la tipología de centros a aquellos que acogen extranjeros.

69. Informe de evaluación relativo a España Incriminación (ETS 173 y 191, GPC 2) de 15 de mayo de 2009 (disponible on line en <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806c9d6d> última consulta 6/4/2021)

excluía explícitamente esos favores inmateriales, sí lo hacía implícitamente, ya que al sancionar con una multa proporcional a la ventaja indebida obtenida obligaba a una cuantificación del favor en términos económicos. De hecho, menciona expresamente los favores sexuales como «ejemplos de ventajas inmateriales/intangibles» ante los cuales no ha encontrado una respuesta inequívoca por parte de los actores españoles intervinientes. Por ese motivo, aplaudía que el entonces borrador de reforma del Código penal cambiara el sistema de multa porque «(...) la incorporación de un sistema de multas mensuales en el borrador elimina cualquier referencia a una valoración puramente económica del soborno.». Así pues, en su recomendación ii del punto 103 pide a España que aclare definitivamente la inclusión de las ventajas inmateriales. Como, en la reforma de 2010 se cambió la clase de multa aplicable es fácil deducir que el legislador español debía tener una cierta conciencia del cambio de paradigma que suponía y que esto abriría las posibilidades interpretativas.

3.1.1. *Sólo los favores sexuales retribuidos caben en el cohecho*

Pese a lo anterior un parte de la doctrina sigue manteniendo sólo los favores sexuales retribuidos pueden tener suficiente entidad corruptora para ser objeto de solicitud de los tipos de cohecho. En este sentido destaca las bases que sienta QUINTERO partiendo de la idea de que la lucha armonizada internacional contra la corrupción no debe significar una unificación de las diferentes tipicidades de tal suerte que se ignore la cultura jurídica de la que proviene⁷⁰. Por ello cuando pasa analizar los cambios producidos en el redactado del delito de cohecho (art. 419) lo primero que señala es la existencia previa del art. 445 Cp, referido a la corrupción en las transacciones internacionales, en cuyo tenor literal se hayan comprendidas promesas o concesiones pecuniarias o de otra clase⁷¹. Lo cual ya abría, cumpliendo las recomendaciones de la OCDE, el objeto corruptor a bienes inmateriales. Para Quintero es importante tener en cuenta el trasfondo económico de la corrupción, ya sea la del soborno en su versión clásica, como la que se produce entre actores interestatales públicos y/o privados. En esta línea afirma que incluir como objetos corruptores las causas más profundas del cohecho, como la ambición y el sexo, lo desvirtúa pudiendo incurrir en un exceso punitivo que violentaría el Principio de intervención mínima y, por otra parte, manteniendo una interpretación moralista alejada de la laicidad del Derecho penal moderno⁷².

70. QUINTERO OLIVARES, G.: «La evolución de la corrupción y las limitaciones del delito de cohecho», en AAVV (CASTILLEJO dir.) *Nuevos debates en torno a la justicia española*, Valencia, 2017., pp. 17-46. p.21

71. QUINTERO, G.: «La evolución...» cit p. 26.

72. QUINTERO, G.: «La evolución...» cit. p.28.

Cuando siguiendo esta argumentación se refiere a los favores inmateriales relativos al ofrecimiento o aceptación de relaciones sexuales, este autor nos plantea tres niveles a tener en cuenta: el de la irrelevancia por *venialidad*, el de la inclusión en otro tipo delictivo y el de la traslación económica de la actividad. Si las relaciones sexuales con particular no tienen por finalidad la realización de un acto injusto del funcionario, solo trataran de engrasar la maquinaria administrativa, la intervención penal es excesiva pues tiene poca relevancia. En cambio, si el objetivo es que el funcionario realice un acto injusto estaríamos ante un delito de prevaricación partiendo de la idea de que las relaciones sexuales entre funcionario y particular han sido libres. Califica de absurdas y puritanas aquellas situaciones en las que se da relación sexual pero no acto injusto o en las que el particular ofrece relación sexual que no es aceptada. Llevándolo al extremo ejemplificativo afirma que eso sería penalizar a los amantes y que, en realidad, podría incurrirse en una afectación a la libertad sexual⁷³. En esta materia nos recuerda que la solicitud de favores sexuales está resuelta por el tipo del art. 443 Cp que tiene una relación de especialidad con respecto al cohecho. Y de esta manera las relaciones sexuales libres como objeto corruptor quedan fuera del tipo de cohecho.⁷⁴

Abundando en la línea de Quintero resulta muy interesante la interpretación realizada por Cugat en relación con la normativa internacional y sus recomendaciones al analizar la corrupción en las transacciones internacionales⁷⁵. Partiendo de este argumentario doctrinal sobre los favores sexuales en el cohecho, esta autora cree que dichas recomendaciones internacionales, aunque el legislador español no las haya trasladado en su totalidad y en su literalidad, se han plasmado en la Reforma de 2010 de forma limitada. Nada impide que lo que denomina relaciones sexuales retribuidas puedan formar parte de «un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, u ofrecimiento o promesa de obtenerlo, para sí o para un tercero, como contraprestación para (...)» del art. 286bis.1 Cp, o bien, «Los que mediante el ofrecimiento o concesión de cualquier beneficio o ventaja indebidos, pecuniarios o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper (...)» del art. 286ter.1 Cp, ambos dedicados a la corrupción en los negocios. Sin embargo, plantea que con fundamento en una interpretación específica de textos internacionales⁷⁶ al dar cabida a la presta-

73. QUINTERO, G.: «La evolución...» cit. p.29

74. QUINTERO, G.: «La evolución...» cit. p.30

75. CUGAT MAURI, M.: «Corrupción, favores sexuales y compromisos internacionales: la controvertida respuesta del legislador español a las Recomendaciones de la OCDE y el GRECO» en *Represión penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Pamplona, 2018, pp. 835-851.

76. Convención de la OCDE para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en las transacciones Comerciales Internacionales de 1997 y documentos relacionados (https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf, última consulta 7/4/2021).

ción de servicios sexuales, especialmente en el sentido del corruptor que proporciona u ofrece servicios sexuales de terceras personas, estamos acabando por admitir que las empresas corruptoras puedan estar convirtiéndose en una suerte de «proxeneta»⁷⁷. Apunta que esto es posible ya que en este tipo entra el contravalor económico del objeto corruptor, en este caso el favor sexual, y al ser este una actividad sexual retribuida no sólo está valorada económicamente, sino que, por ende, supone «la cosificación y disponibilidad de quien realiza el servicio»⁷⁸. Previamente a este posicionamiento, se plantea que pudiera haber sucedido lo mismo si el legislador hubiera incluido explícitamente en la citada reforma del Código penal de 2010 el concepto de «ventajas inmateriales» contenido en el Informe del GRECO sobre España emitido con motivo de la Tercera Ronda de Evaluación⁷⁹. Sin embargo, para esta autora, se perdió esta ocasión de reforma y entender lo contrario puede afectar al núcleo esencial de la libertad sexual y si se incluyeran los favores sexuales en el objeto corruptor del cohecho se podría condicionar la existencia del tipo delictivo a «haber compartido lecho»; para que el sexo tenga fuerza corruptora éste debería tener «una potencia corruptora equiparable al dinero y superior al resto de las motivaciones personales o favores inmateriales»⁸⁰. Esta sería la manera en que los favores sexuales pudieran entenderse como medio corruptor con el mismo grado de ofensividad como así ya se viene entendiendo en los favores sexuales retribuidos en el cohecho pues son «prestados en el marco de una relación de tercera con idoneidad y fuerza para obligar, generar expectativas y ser negociadas por terceros (...)»⁸¹. Parte esta autora, el sexo no retribuido, además de no ser lesivo más allá de lo disciplinario, es consecuencia de una relación libre y que esa misma libertad lo hace impredecible, innegociable e intransmisible, condiciones típicas de lo que viene a ser un «verdadero pacto corrupto»⁸².

3.1.2. *Todo favor sexual es una prestación inmaterial constitutiva de cohecho*

Con mucha anterioridad a este cambio legislativo, a finales de los 90 del pasado siglo, Rodríguez Puerta consideraba que no existía «inconveniente en calificar de mejora objetiva de la situación del funcionario la solicitud o aceptación de un favor sexual, por lo que, en consecuencia, deberían incluirse también

77. CUGAT, M.:» Corrupción ...» p. 849

78. CUGAT, M.:» Corrupción ...» p. 844

79. CUGAT MAURI, M.:» Corrupción ...». p. 840.

80. CUGAT MAURI, M.:» Corrupción ...». p. 844

81. CUGAT MAURI, M.:» Corrupción ...». p. 844

82. CUGAT MAURI, M.:» Corrupción ...». p. 844

esta clase de ventajas en el ámbito del cohecho.⁸³» Así pues, en coherencia, la persecución penal de las conductas corruptoras vía favor sexual, deben resolverse en función de las características de las acciones típicas y de la finalidad que se persiga con la prestación de este⁸⁴. Así, en un supuesto de solicitud por parte del funcionario si este pretende resolver conforme a Derecho o «también cuando este amenazara con no adoptar su decisión justamente de no ceder a su petición» serían de aplicación los tipos contenidos en el art. 443 Cp⁸⁵. En cambio, si la solicitud tiene como finalidad resolver injustamente nos encontraremos ante las modalidades de cohecho (arts. 419 y ss, Cp) en función de las características del acto del funcionario, debiendo responder tanto funcionario como particular porque «En estos casos a diferencia de los anteriores, tanto el funcionario como el particular están interesados en alcanzar un pacto o acuerdo, dado que ambos obtendrán de él un beneficio injusto: el funcionario la relación sexual y el particular la resolución que injustamente le beneficia (...)»⁸⁶. Cuando la iniciativa la lleve el particular deberemos estar a si el acto es justo o injusto en el ejercicio del cargo para aplicar la modalidad pertinente del cohecho de particular de las previstas actualmente en el art. 424 Cp⁸⁷. Con posterioridad a la reforma de 2010, la autora seguirá insistiendo en su posicio-

83. RODRÍGUEZ PUERTA, MJ.: *El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Pamplona, 1999, p.192.

84. Parece que esto es lo que realiza la SAP de Cantabria 14/2003 cuando absuelve al funcionario acusado de la comisión de la solicitud contenida en el art. 443.1 por no tener por no tener pretensiones pendientes, entendiéndose que como falsificaba documentos de extranjería y no trabajaba en ese departamento no se cumplían los requisitos de este tipo en concreto. Sin embargo, se condena al funcionario por delito de cohecho (art. 419 Cp) y esto nos puede llevar a pensar que los favores sexuales obtenidos de tres de las víctimas son conceptuados como favores sexuales no retribuidos dentro de las dádivas. Lo que sucede al leer la resolución judicial es que tanto en el FJ2, como en FJ6, se centra en el dinero cobrado y en los cinco casos en que ello se puede demostrar y se tiene en cuenta la escasa cuantía para fijar el grado mínimo de la pena privativa de libertad. Lo que lleva a pensar, contrariamente a la expuesto por CUGAT «Corrupción...», p.847, nota 43, que en realidad los favores sexuales no son trascendentes para la subsunción de la conducta en el cohecho (art.419CP) y que al no tener pretensiones pendientes por incompetencia del funcionario la modalidad del art.443.1 no es subsumible por lo que los casos de las tres mujeres extranjeras a las que solicito dinero y al no poder pagar requirió sexo. Por lo tanto, la condena por cohecho se refiere a la petición de dinero a cinco mujeres y no a la petición alternativa de favor sexual no retribuido a tres que no podían pagar. Sin embargo, en SAP de Huelva 62/2014 si se aprecia la diferenciación entre la aplicación de los respectivos delitos de cohecho de funcionario y particular en los casos de prestación en dinero (FJ2) y el de solicitud sexual (art. 443.1) en el caso de favores sexuales no retribuidos puesto que la víctima tenía pendiente la resolución de su documentación de residencia (FJ 3). Es más, la realización del favor sexual acabo siendo realizado y calificado como abuso sexual (art. 181) en concurso real (art.73).

85. Así puede observarse en la SAP de Córdoba 177/2016 (FJ 3) condenatoria de los delitos de los arts.443.1 y 181.1 en relación de delito continuado art. 74 sobre una mujer en situación de vulnerabilidad económica por parte de un trabajador social municipal a cargo de la concesión de ayudas (vid. HP1).

86. RODRÍGUEZ PUERTA, MJ.: *El delito ...*, p.193.

87. VALEIJE ÁLVAREZ, I.: *El tratamiento de la corrupción de funcionario: el delito de cohecho*, Madrid, 1996, p. 153, RODRÍGUEZ PUERTA, MJ.: *El delito ...*, p.192.

namiento con un apoyo más amplio de la interpretación literal del nuevo texto normativo⁸⁸.

En esta línea se pronuncia Olaizola cuando reconoce que el cambio de terminología operado por la Reforma del Código penal de 2010 «hace difícil seguir excluyendo las ventajas inmateriales del ámbito típico de los delitos de cohecho» pues esa inmaterialidad que se contenía en el informe de cumplimiento de España del GRECO no obliga a que las ventajas inmateriales tengan una traducción económica y esto es lo que se buscaba al cambiar el sistema de pena de multa proporcional a días-multa⁸⁹.

3.2. A modo de epílogo

La opción que se tome sobre la operatividad del art. 443 Cp es condición indispensable para formarse una opinión sobre los favores sexuales y su papel en el buen gobierno. Tal y cómo expusimos las solicitudes sexuales, como parte de conductas inmorales, no fueron concebidas desde la perspectiva de la conducta sexual viciada sino desde la desviación de la actuación en la función pública⁹⁰. Al desarrollarse la Administración pública y la legislación aplicable de ese conjunto de inmoralidades sólo quedan en el código penal las solicitudes sexuales y, a pesar, de que existe consenso doctrinal y jurisprudencial sobre la pluriofensividad de estos delitos y una gran combinatoria de posibilidades concursales la disparidad de desvaloración penológica en, el fondo, en mi opinión refleja la brecha que existe entre las sociedades españolas del siglo xx y el xxi. En siglo xix con escasa o nula preocupación por los derechos de las mujeres y en fase de construcción de una Administración pública moderna cuyos miembros pasan de ser empleados del rey a servidores públicos. Si se compara el espacio ocupado por los delitos cometidos por funcionarios públicos con aque-

88. RODRIGUEZ PUERTA en «Modificaciones en materia de cohecho (arts. 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426 y 427)» en ÁLVAREZ GARCÍA, FJ/GONZÁLEZ CUSSAC JL (Dirs): *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia 2010 p. 468, igualmente en MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), MORALES PRATS, F., (Coord.): *Comentarios al Código Penal Español. Tomo I y II*. Pamplona, 2016.

89. OLAIZOLA NOGALES, I: «La influencia de las recomendaciones del GRECO en la Reforma del CP español» en QUERALT JIMÉNEZ, J.J./SANTANA VEGA, D.M. (Coordrs) *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*, Valencia 2017. pp. 64-65, lo cual supone un cambio de posicionamiento en el que ella misma incide con respecto a lo afirmado en OLAIZOLA, I.: *El delito...*, p. 356. A este respecto debe tenerse en cuenta, seguramente por solapamientos temporales en la edición, que autores como NAVARRO CARDOSO, F.: *El cohecho en consideración al cargo o función*, Valencia, 2018, pp 87-89 a pesar de publicar con posterioridad no ha podido tener en cuenta la evolución que la misma autora señala. En contra CUGAT, M.: «Corrupción ...». p. 843, «Ahora bien, ni puede confundirse la *voluntas legis* con la *voluntas legislatoris*, ni lo que la literalidad admite con lo que necesariamente incluye. De modo que la inclusión de los favores sexuales no retribuidos podría no ser más que un espejismo, como en mi opinión sucede.»

90. CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARAN, M. (Dirs): *Comentarios al Código penal. Parte especial*. Madrid-Barcelona, 2004, p. 2112.

llos que atentan contra las mujeres en nuestro primer código, no sólo veremos la disparidad de espacio y tiempo que ocupan en el texto sino también en las discusiones legislativas. Mientras, que lo que hoy denominamos delitos contra la libertad sexual eran concebidos como delitos que afectaban principalmente al hombre bajo la tutela del cual estaba la mujer.

Hoy en día, el código penal no sólo recoge unos delitos contra la libertad sexual, sino que la sociedad y los legisladores han ido construyendo un sistema integral más o menos estructurado de protección de la mujer frente a la violencia. Además, cultivar una cultura, no únicamente penal, de lo público y de la ética de quienes trabajan en lo público. Por lo tanto, tanto si lo vemos desde la perspectiva sexual, como desde la perspectiva de políticas públicas, no tiene sentido mantener un ataque sexual (como es la solicitud) en los delitos de corrupción pública, pero desde los delitos de corrupción pública tampoco tiene sentido privilegiar una conducta sexual que ha ido desvalorándose más y más socialmente y que sobre pasa ya el concepto de corruptela. Si a esto añadimos que la mayoría de las víctimas de delitos sexuales, aproximadamente un 90% son mujeres o niñas, que después de la exploración jurisprudencial las víctimas del art. 443.1 son mujeres, los autores hombres y prácticamente todas mujeres migrantes en situación de irregularidad administrativa, mientras que, en cuanto al segundo de los párrafos los hombres víctimas aumentan pero los autores siguen siendo claramente hombres, no puede sostenerse de ninguna manera un precepto que perpetúe un mensaje de que ese tipo de conductas o corruptelas son menores o veniales. Más si tenemos en cuenta, que en el contexto de su introducción en la legislación penal el mensaje que se quería dar era que los nuevos trabajadores públicos debían ser intachables. Tan intachables que hasta se recogía en el código de 1822 como delito junto con las solicitudes, hacer un uso disoluto de su patrimonio personal o maltratar a los compañeros.

Por tales motivos, termino abogando por la desaparición de este delito. Al hacerlo soy consciente que, por una parte, debería actualizarse el redactado del acoso sexual del art. 184 Cp. Y por otra, cuestión más delicada, en la actual estructura de los cohechos tanto se penaría al funcionario que solicitara sexo o aceptara sexo y que esto supone castigar a quien ofreciera sexo, Esto nos sitúa frente a la siguiente pregunta si quien acepta proporcionar sexo u ofrece proporcionar sexo como prestación inmaterial se corresponde con el tipo de sujeto que encontramos en la casuística actual estaríamos castigando mayoritariamente a mujeres en situaciones de especial vulnerabilidad y también a personas, pensando en el segundo punto del 443, respecto a las cuales la administración tiene una relación de especial sujeción. Frente a esto, cabría plantearse posibles soluciones técnicas apunto sólo a título de ejemplo, el uso del estado de necesidad, aun sabiendo de los criterios tan restrictivos que se aplican en el hurto famélico, o bien, crear unas excusas absolutorias ad hoc análogas a la del

parentesco del art. 268 Cp. En todo caso, lo que no puede sostenerse es la parálisis o el olvido ante conductas que nos parecen menores frente a grandes tramas de corrupción o grandes delitos sexuales porque, en primer lugar, arrinconamos a personas especialmente vulnerables y minusvaloramos la idea de que la solicitud sexual es un doble abuso de poder de quien tiene un cargo público y de poder masculino porque la violencia sexual por leve que sea siempre es un ejercicio de poder sostenido por la estructura patriarcal de la sociedad que da base a la desigualdad.