

Solicitud (delito de) Crimes of sexual solicitation

José Núñez Fernández
Universidad Nacional de Educación a Distancia
ORCID ID 0000-0002-0262-5130
jnunez@der.uned.es

Cita recomendada:

Núñez Fernández, J. (2024). Solicitud (delito de). *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 26, pp. 331-348
DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.8516>

Recibido / received: 16/01/2024
Aceptado / accepted: 03/03/2024

Resumen

En el presente trabajo se estudian los delitos de solicitud sexual por parte de funcionario público previstos en los apartados 1, 2 y 3 del art. 443 CP. Además del análisis de sus antecedentes históricos y del bien jurídico protegido, se explica su actual ubicación sistemática dentro de los delitos contra la Administración pública y la trascendencia que respecto de su regulación ha tenido la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la libertad sexual. Asimismo, se realiza un examen de las cuestiones comunes a las dos modalidades de solicitud que prevé el ordenamiento vigente, así como de sus particularidades, y se lleva a cabo una descripción de los principales problemas concursales que plantean los tipos analizados.

Palabras clave

Solicitud sexual, funcionario público, autoridad, pretensiones pendientes de resolución, instituciones penitenciarias.

Abstract

Crimes of sexual solicitation committed by public servants as provided for in article 443 of the Criminal Code are analyzed in this paper. Aspects such as their historical background, the interest protected under their regulation, their current systematic location among Crimes against Public Administration and how the Organic Law 10/2022, 09.06, of Comprehensive Guarantee of Sexual Liberty affects their legal provision are examined. Moreover, common features as well as the characteristics of the different kinds of sexual solicitation are studied. Finally, concurrency problems in relation to these crimes are also assessed.

Keywords

Sexual solicitation, public servant, authority, claims pending resolution, penitentiary institutions.



SUMARIO. 1. Antecedentes históricos del delito de solicitud. 2. Regulación y ubicación sistemática de los delitos de solicitud sexual en el ordenamiento vigente. 3. El bien jurídico protegido en los delitos de solicitud sexual. 4. Cuestiones comunes a las distintas modalidades de solicitud sexual. 5. Análisis del tipo de solicitud del art. 443.1 CP. 6. Análisis del tipo de solicitud de los apartados 2 y 3 del art. 443 CP. 7. Cuestiones concursarles.

1. Antecedentes históricos del delito de solicitud

El origen de este delito se advierte en la propia definición del verbo «solicitar» del Diccionario de la Real Academia Española (en adelante, RAE). En efecto, la quinta acepción de esa palabra y la única vinculada al ámbito jurídico, alude a la acción del confesor consistente en «requerir favores sexuales a la penitente». Esta definición sugiere que la procedencia del injusto analizado deriva del *crimen sollicitationis*, previsto expresamente por la normativa eclesiástica tras el Concilio de Trento (1545-1563) y en virtud del cual inicialmente se castigaba al sacerdote que solicitaba favores sexuales a la penitente durante la confesión (Alejandre García, 1994 y Haliczzer, 1998). La regulación del delito se fue ampliando hasta su vigente regulación, dentro del ámbito eclesiástico, en el canon 1387 del Código de Derecho Canónico bajo la rúbrica «De la Usurpación de las Funciones Eclesiásticas y de los Delitos en el Ejercicio de las mismas». Dicho canon tiene el siguiente contenido:

El sacerdote que, durante la confesión, o con ocasión o pretexto de la misma, solicita al penitente a un pecado contra el sexto mandamiento del Decálogo, debe ser castigado, según la gravedad del delito, con suspensión, prohibiciones o privaciones; y, en los casos más graves, debe ser expulsado del estado clerical.

La regulación de esta conducta fuera del ámbito eclesiástico tuvo lugar, aunque de forma inicialmente imprecisa, antes de la codificación. En este sentido, la rectitud, imparcialidad y respeto a la legalidad que la criminalización de la solicitud exige del sacerdote, debían igualmente exigirse por parte del funcionario o empleado público en el ejercicio de sus funciones y en relación con los administrados que se vieran implicados en las mismas.

Siguiendo esta tradición histórica y ya dentro de la etapa siguiente, el delito de solicitud sexual ha sido objeto de regulación por parte de todos los códigos penales españoles que se han sucedido desde 1822 hasta el momento presente. A lo largo de este periodo (para un análisis exhaustivo, Altés Martí, 1995 y Delgado Gil, 2008) el delito en cuestión se configuró como un delito especial que solo podían cometer los «funcionarios» o «empleados» públicos en el ejercicio de sus cargos abusando de los mismos para alcanzar fines ajenos a su función, en este caso de naturaleza sexual. No en vano, el delito se ubicó sistemáticamente dentro de los títulos de los delitos cometidos por esta clase de sujetos activos y, desde el Código Penal (en adelante, CP) de 1870, integró un capítulo independiente que, hasta la reforma de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del CP, llevó por rúbrica la de «Abusos contra la honestidad». Con el referido cambio legislativo la rúbrica pasó a ser «De las limitaciones a la libertad sexual», expresiva de la modificación del bien jurídico protegido de los delitos sexuales.

Independientemente de que ese cariz lúbrico no estuviera siempre presente de manera expresa en la definición del comportamiento típico por parte de las diferentes regulaciones de la etapa codificadora, de forma invariable se consideró que la conducta consistía en solicitar favores sexuales a una persona que se encontrara en una relación de sujeción con el funcionario o empleado público que realizara la

petición. Asimismo, la mayoría de los códigos diferenciaban dos modalidades de solicitud. Por un lado, y normalmente castigada con penas más graves, se prevenía la que sucedía en un centro penitenciario respecto de un interno a manos de un funcionario o empleado público que directa o indirectamente ejerciese funciones de guarda o custodia sobre el mismo. Por otro, se regulaba la modalidad que tenía lugar en otros contextos de la Administración pública. A los efectos de definir el vínculo de sumisión de esta segunda modalidad, desde el CP de 1870 se emplea la fórmula acogida por la regulación hoy vigente: la persona que recibe la petición sexual por parte del funcionario o empleado público debe tener «pretensiones pendientes de resolución» por parte de este o a cerca de las cuales este «deba emitir informe o elevar consulta a superior».

Hasta la aludida reforma de 1989, la condición de sujeto pasivo se reservó a la mujer. Esta podía ser quien directamente estuviese vinculada al empleado o funcionario público en los términos definidos, o bien la mujer emparentada con la persona, hombre o mujer, que se encontrase en esa relación de sujeción. En la mayoría de las regulaciones podía tratarse de su esposa, madre, hermana o afín en los mismos grados. Tras el cambio legislativo, el sujeto pasivo podía ser tanto el hombre como la mujer que se encontrasen en dichas circunstancias y, además de las relaciones conyugales, se incluyeron las afectivas de análoga significación a estos efectos. Todo ello en coherencia con el cambio del bien jurídico de los delitos sexuales.

Hasta entonces la honestidad entendida como «el respeto físico a nosotros mismos, la decencia sexual en sentido amplio, el derecho a la rectitud o a la castidad de las costumbres sociales» (por todos, Carmona Salgado, 1981; Díez Ripollés, 1981 y González Rus, 1982. Entre otras muchas, STS 28 de octubre de 1970) se consideraba monopolio de la mujer en determinadas circunstancias y por razones de todo punto ajenas a su derecho de autodeterminación en la esfera sexual (Núñez Fernández, 2010 y Cámara Arroyo, 2023). Con la modificación legislativa, la libertad sexual pasa a ser el objeto de protección y del mismo se consideró titular a la persona con independencia de su sexo. Esto se tradujo en una sustancial modificación de todos los delitos de naturaleza sexual entre los que, como ya se advirtió, se consideraba incluida la solicitud por parte de funcionario público.

2. Regulación y ubicación sistemática de los delitos de solicitud sexual en el ordenamiento vigente

Desde la aprobación del vigente CP en 1995 la regulación del delito de solicitud se ha mantenido invariable en sus aspectos esenciales. En este sentido, la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, solo supuso una reubicación de este tipo de injusto dentro del articulado del CP. Por su parte, la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, se limita a ampliar, en el sentido que más adelante se detallará, las distintas clases de centros de privación de libertad que guardan relación con una de las modalidades típicas de comisión de este delito.

Por otro lado, hoy día el delito de solicitud sexual no integra por sí solo un capítulo independiente dentro del título de los «Delitos contra la Administración pública» y pasa a formar parte de otro capítulo más amplio que lleva por rúbrica «De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función» (capítulo IX del título XIX, libro II CP), compartiendo así ubicación con un conjunto heterogéneo de delitos que presentan, no obstante, algunas notas comunes.

En la actualidad se prevén dos modalidades del delito de solicitud. La primera está prevista en el apartado 1 del art. 443 CP, según el cual:

Será castigado con la pena de prisión de uno a dos años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a 12 años, la autoridad o funcionario público que solicitare sexualmente a una persona que, para sí misma o para su cónyuge u otra persona con la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afín en los mismos grados, tenga pretensiones pendientes de la resolución de aquel o acerca de las cuales deba evacuar informe o elevar consulta a su superior.

La segunda modalidad se prevé en los apartados 2 y 3 del art. 443 CP, cuyo contenido es el siguiente:

2. El funcionario de Instituciones Penitenciarias, de centros de protección o reforma de menores, centro de internamiento de personas extranjeras, o cualquier otro centro de detención, o custodia, incluso de estancia temporal, que solicitara sexualmente a una persona sujeta a su guarda, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años (...).

3. En las mismas penas incurrirán cuando la persona solicitada fuera ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados de persona que tuviere bajo su guarda. Incurrirá, asimismo, en estas penas cuando la persona solicitada sea cónyuge de persona que tenga bajo su guarda o se halle ligada a ésta de forma estable por análoga relación de afectividad.

Por su parte, el art. 444 CP prevé una cláusula concursal en virtud de la cual, las penas previstas para las distintas modalidades de solicitud «se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos contra la libertad sexual efectivamente cometidos».

3. El bien jurídico protegido en los delitos de solicitud sexual

Estos injustos se perfilan como pluriofensivos en la medida en que afectan a bienes jurídicos de diversa naturaleza. A este respecto, pueden ser identificados intereses o bienes supraindividuales (Lacruz López, 2015) relacionados con el correcto ejercicio de la función pública y, como bien jurídico individual, la libertad sexual de la persona solicitada o más bien su libertad de decisión en el ámbito sexual (Otero González, 2021). Es por ello que siempre se podrán identificar dos sujetos pasivos del delito de solicitud: uno sería la persona solicitada sexualmente en cuanto portador del bien jurídico individual, y otro se identifica con la comunidad como titular del bien jurídico de naturaleza supraindividual.

Para identificar el bien jurídico de naturaleza supraindividual hay que tener en cuenta que, al igual que sucede con los demás tipos con los que comparte capítulo, el delito de solicitud sexual implica que el funcionario que lo comete ya no está sirviendo (o, al menos, habrá riesgo de que no esté sirviendo) con objetividad y eficacia a los intereses generales en el desempeño de su función, siguiendo a tal efecto lo prescrito por «la ley y el Derecho» (arts. 1.1, 9.1, 9.2, 9.3, 103 CE). Ha entrado en escena un designio espurio como es el afán por conseguir los favores sexuales de los administrados que, cuando menos, pone en peligro su objetividad y su imparcialidad en el ejercicio de su función (Mir Puig, 2000 y Delgado Gil, 2008). En consecuencia, también el principio de igualdad (Mir Puig, 2000 y Delgado Gil, 2008) se puede resentir y ello al menos en un doble sentido: el administrado que sufre la solicitud puede no recibir el mismo trato por parte del funcionario respecto de otro administrado; a su vez, el funcionario que abusa de su cargo en su propio beneficio

sin duda no se considera como un igual respecto de las personas que queden bajo su sujeción.

Es preciso advertir que la solicitud sexual no entraña necesariamente una efectiva lesión de ese correcto desempeño de la función pública que implicaría la merma de los principios de igualdad, imparcialidad y objetividad vinculados al mismo. Se trata de un delito de peligro abstracto toda vez que el legislador prohíbe la conducta consistente en solicitar favores sexuales al funcionario en determinadas circunstancias, pues ello generalmente pone en peligro los mencionados principios que deben guiar el desempeño de su función. Pero dicho elemento de peligro «no se configura como un requisito típico cuya concurrencia deba probar el Juez para afirmar la realización del tipo» (Gil Gil, 2015). En este sentido, basta la mera petición sexual entre ciertos sujetos y en determinados contextos para que se consuma el tipo.

El bien jurídico de naturaleza individual afectado por el delito de solicitud es, como ya se apuntó, la libertad sexual. La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la libertad sexual ha pretendido dar a este bien jurídico un cariz colectivo (Cámara Arroyo, 2023) al incluir los delitos sexuales dentro de las denominadas «violencias sexuales», considerando que estas no son una cuestión individual, sino social y, en este sentido, constituyen una problemática estructural ligada a una cultura sexual inspirada en un patrón discriminatorio que el hombre ejerce sobre la mujer por el hecho de serlo. Sin embargo, no hay razón para actuar de forma distinta en función de que el sujeto activo o pasivo sea hombre o mujer y el bien jurídico ha de protegerse del mismo modo con independencia de tales circunstancias (STS 1295/2006, de 13 de diciembre). Cuestión distinta es que se pueda aplicar la agravante de motivos discriminatorios por razón de sexo (art. 22.4ª CP) si, en efecto, se constata esta motivación discriminatoria por parte del sujeto.

La petición de favores sexuales por parte del funcionario público puede potencialmente condicionar la autonomía de la voluntad del administrado en el ámbito sexual. Ello porque la aceptación o rechazo del administrado puede condicionar el desempeño de la función pública a cargo del funcionario que, a tal efecto, le puede beneficiar o perjudicar. En este sentido, podemos pensar en la potencial que no directa afectación de la libertad sexual como libre ejercicio de la sexualidad tanto para rechazar las propuestas o encuentros sexuales «sin sujeción a condicionantes externos» (García Rivas y Tarancon Gómez, 2021) –dimensión negativo estática de la libertad sexual–, como para participar en los que se desee siempre que se respeten ciertos límites que tienen que ver con la edad y el consentimiento de las personas implicadas –dimensión positivo dinámica de la libertad sexual– (por todos, Núñez Fernández, 2010). Tal afectación se cifra en la puesta en peligro remoto o abstracto de esa libertad sexual ya que, como se ha indicado, la mera petición sexual consume el tipo, por lo que el mismo no implica la participación del administrado en un encuentro sexual en contra de su voluntad o sin su consentimiento (Altés Martí, 1995 y Delgado Gil, 2008).

Pese a que el delito de solicitud sexual se considera pluriofensivo en el sentido apuntado, la libertad sexual se concibe como un bien jurídico secundario respecto del correcto desempeño de la función pública conforme a los principios de objetividad, igualdad e imparcialidad (SSTS 1187/2004, de 18 de octubre y 354/2019, de 10 de julio). Este último constituye, según este planteamiento, el principal objeto de protección (Altés Martí, 1995; Delgado Gil, 2008; Morales Prats y Rodríguez Puerta, 2016 y Crespo Barquero, 2018).

Un síntoma de la importancia secundaria que se confiere a la libertad sexual frente al correcto desempeño de la función pública se puede advertir en el hecho de

que hay sentencias que condenan por un único delito continuado de solicitud al funcionario que ha solicitado favores sexuales a distintas personas en el ejercicio de su cargo. Circunstancia que se puede advertir respecto de ambas modalidades de solicitud. Así, en la que respecta a la prevista en el art. 443.1 CP, confróntese la SAP de Murcia, Sección 3ª, 664/2016, de 14 de diciembre. Por lo que se refiere a la modalidad del art. 443.2 CP, confróntese las STS 620/2019, de 12 de diciembre –que confirma la SAP de Sevilla, Sección 7ª, 1543/2019, de 18 de mayo–; SAP de Ávila, Sección 1ª, 89/2017, de 25 de septiembre; SAP de Madrid, Sección 3ª, 315/2013, de 25 de junio. Solo la consideración de la libertad sexual como bien jurídico secundario puede explicar este proceder, toda vez que, para apreciar la continuidad delictiva respecto de los delitos contra la libertad sexual, el art. 74.3 CP exige unidad de sujeto pasivo respecto de las distintas conductas que integran el delito continuado.

4. Cuestiones comunes a las distintas modalidades de solicitud sexual

Se trata de delitos de mera actividad que se consuman con la mera petición de favores de naturaleza sexual y sin necesidad de que se produzca un resultado distinto de esa conducta u contacto sexual alguno, lo que podría dar lugar, en este último caso, a un concurso de delitos en el sentido que más adelante se detallará. Con base en este planteamiento, algunos autores consideran que los delitos de solicitud son incompatibles con las formas imperfectas de ejecución criminal (Meléndez Sánchez, 2023).

Por otro lado, por «solicitar» se entiende pedir, buscar o requerir cualquier conducta de naturaleza sexual, sin que la entidad concreta de la misma resulte relevante a estos efectos. Tampoco es necesario que la petición sea expresa siempre que se manifieste de forma clara o inequívoca (SSTS 1002/2010, de 10 de noviembre y 354/2019, de 10 de julio). No son suficientes en este sentido las meras insinuaciones (Vizueta Fernández, 2015). Asimismo, el estudio jurisprudencial evidencia que la realización de un único acto de solicitud puede bastar para considerar la existencia del delito si el mismo presenta la suficiente entidad (STS 930/1998, de 2 de julio). Cuando el sujeto activo realiza varias peticiones ello se ha traducido en la apreciación de un único delito (STS 354/2019, de 10 de julio) o de un delito continuado (SSTS 1187/2004, de 18 de octubre y 995/2011, de 6 de octubre). No hay duda de que la petición que hace el funcionario para sí mismo es típica y se discute si lo es también la solicitud en favor de un tercero. A falta de pronunciamientos jurisprudenciales sobre esta cuestión, algunos responden en sentido afirmativo teniendo en cuenta que la afectación de los bienes jurídicos se produciría en ambos casos (Núñez Fernández, 2013). Otros rechazan esta tesis para evitar una excesiva expansión del tipo penal (Delgado Gil, 2008).

Desde el punto de vista del tipo subjetivo, se trata de infracciones solo compatibles con la modalidad dolosa de comportamiento al no estar prevista la comisión imprudente (SSTS 1187/2004, 18 de octubre y 995/2011, de 6 de octubre). En las distintas categorías de solicitud la conciencia y la voluntad del sujeto deberán abarcar la totalidad de los elementos típicos. En cualquier caso y más allá de cuestiones de previsión positiva, lo cierto es que la solicitud sexual implica siempre un aprovechamiento de la función pública por parte del funcionario con una determinada finalidad, la de obtener beneficios sexuales, que resulta sin duda incompatible con el proceder imprudente (Altés Martí, 1995) e incluso con el dolo eventual (por todos, Mestre Delgado, 2021).

Por último, cabe señalar que ambos tipos de solicitud son incompatibles con la circunstancia agravante genérica 7ª del art. 22 CP, que se aplica cuando el sujeto activo comete el delito prevaliéndose de su «carácter público». Ello porque esta

circunstancia ya ha sido tenida en cuenta por el legislador al tipificar el delito de solicitud sexual de manera que la aplicación de la misma como agravante genérica supondría una vulneración del principio *non bis in idem* (por todos, Mestre Delgado, 2021). No obstante, esta circunstancia agravante genérica sí se podría aplicar a los delitos comunes que el funcionario cometiera además del de solicitud, como podrían ser las infracciones contra la libertad sexual a las que se refiere el art. 444 CP (confirma este planteamiento la STS 930/1998, de 2 de julio).

5. Análisis del tipo de solicitud del art. 443.1 CP

El art. 443.1 CP regula la primera modalidad de solicitud sexual con el contenido que fue expuesto *supra*. Estamos ante un delito especial en la medida en que la condición de sujeto activo se reserva a la autoridad o funcionario público. Hay que estar a lo dispuesto en el art. 24 CP para determinar qué ha de entenderse por autoridad y funcionario público a efectos penales. Se trata de un concepto amplio y funcional, de manera que basta con que se participe legítimamente en la función pública, aunque sea en virtud de una relación laboral (SSTS 354/2019, de 10 de julio y 296/2018, de 8 de febrero). Por otro lado, la opinión doctrinal mayoritaria considera que nos encontramos ante un delito especial propio que carece de figura común paralela (Rodríguez López y Sobrino Martínez, 2008; Mestre Delgado, 2021 y González Cussac, 2023). Esta cuestión se analiza con más detalle en el apartado relativo a las cuestiones concursales.

Sujeto pasivo puede ser cualquier persona, hombre o mujer, que tenga pretensiones pendientes de resolución o acerca de las que la autoridad o el funcionario público deba evacuar informe o elevar consulta a superior. Esta circunstancia puede darse bien con respecto a esa misma persona, o en relación con su cónyuge u otra persona con la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afín en los mismos grados.

Resulta necesario determinar qué cabe entender por la expresión «pretensiones pendientes de la resolución» del funcionario. En este sentido, la RAE se refiere al término «pretensión» como la solicitud de conseguir algo que se desea o el objeto de una acción procesal, consistente en pedir a un juez un determinado pronunciamiento. Ello parece indicar que debe existir una petición por parte del administrado en cualquiera de los ámbitos de la Administración. Además, esta «pretensión» ha de estar pendiente de resolución, es decir que está por resolverse o terminarse por decreto, providencia, o fallo de autoridad gubernativa o judicial. Y el poder de resolución se define como el dominio, imperio, facultad o jurisdicción que alguien tiene para mandar o ejecutar algo.

No obstante y de manera prácticamente unánime, la doctrina y la jurisprudencia interpretan la referida expresión en un sentido amplio y extensivo que no se circunscribe a la pendencia de un procedimiento sometido a una rígida normativa en el que el sujeto activo tenga que dictar una resolución en sentido técnico jurídico, en la forma de auto o sentencia o resolución administrativa que afecte directa o indirectamente a la persona solicitada (Altés Martí, 1995; Mir Puig, 2000; Delgado Gil, 2008 y Rodríguez López y Sobrino Martínez, 2008. En contra, Crespo Barquero, 2018).

Ya desde la STS de 13 de junio de 1979, el Tribunal Supremo hizo esta exégesis afirmando que «basta la realidad de cualquier aspiración o expectativa – obtención de un logro tangible o evitación de un mal, ligado a la actuación de servicio de funcionario–». En esta misma línea la STS 2673/1992, de 14 de diciembre,

consideró suficiente la existencia de un asunto que esté «pendiente de una toma de decisión que de hecho esté al alcance del funcionario» y que «tenga importancia para la persona solicitada». Los pronunciamientos jurisprudenciales posteriores han seguido las pautas descritas respecto de la cuestión ahora analizada (ver, entre otras, la SAP Barcelona, Sección 6ª, 92/2023, de 2 de febrero, y las SSTS 354/2019, de 10 de julio, y 1187/2004, de 18 de octubre).

Así, por ejemplo, se ha considerado suficiente que el sujeto activo tuviese, en razón de su cargo, la función de tramitar¹ pero no de resolver asuntos que afectaban a la persona solicitada (SSTS 2673/1992, de 14 de diciembre y 1187/2004, de 18 de octubre). Por otro lado, es habitual que se valore como idóneo el hecho de que el sujeto activo tenga que decidir sobre la calificación del sujeto activo en el marco de la enseñanza siempre que aquel sea autoridad o funcionario público en el sentido apuntado (así, entre otras, la SAP Barcelona, Sección 6ª, 92/2023, de 2 de febrero, la STS 354/2019, de 10 de julio –que confirma la SAP León, Sección 3ª, 84/2018, de 15 de febrero–; la SAP Málaga, Sección 8ª, 556/2011, de 11 de noviembre). También se considera suficiente que el funcionario sea responsable de tramitar los expedientes de nacionalidad española por residencia dentro del Registro Civil (SAP Murcia, Sección 3ª, 664/2016, de 14 de diciembre), o simplemente dar traslado de un atestado policial a fin de que el juzgado procediese a la incoación de un procedimiento por la presunta comisión de un delito (SAP Palma de Mallorca, Sección 1ª, 43/2014, de 20 de mayo). Por el contrario, consideró insuficiente tener capacidad para despachar recetas médicas que la persona solicitada necesitaba (STS de 1 de julio de 1963).

Es importante tener en cuenta que, de acuerdo con la interpretación jurisprudencial, es preciso que de facto el sujeto activo tenga la capacidad para intervenir en asuntos que afecten a la persona solicitada, pues de lo contrario no se puede apreciar la existencia del delito de solicitud. En este sentido la SAP Pontevedra, Sección 2ª, 18/2008, de 11 de junio, absolvió a un concejal que requirió a una ex trabajadora del ayuntamiento para tener relaciones sexuales con él a cambio de conseguirle un puesto de trabajo en el consistorio, algo respecto de lo que no tenía ninguna capacidad de decisión ni de influencia.

Por otro lado, también es preciso determinar el significado de la expresión «evacuar informe o elevar consulta a su superior» que aparece como elemento del tipo analizado. La RAE define el término «evacuar» como desempeñar un cargo o cumplir con un trámite. Por su parte, el vocablo «informe» se identifica con la descripción oral o escrita de las características y circunstancias de un suceso o asunto y, dicho de un cuerpo consultivo o de un funcionario, con el acto de dictaminar en un asunto de su respectiva competencia. Asimismo, la expresión «elevar consulta» se define como la acción de dirigir un escrito a una autoridad para que dictamine o muestre su parecer acerca de un asunto. Sin embargo, de igual modo a como sucede con la expresión «pretensiones pendientes de resolución», las locuciones «evacuar informe o elevar consulta a su superior» acerca de pretensiones de la persona solicitada o de sus allegados se interpretan por parte de la doctrina y la jurisprudencia en un sentido extensivo que no se ciñe a la emisión de un informe de carácter técnico o a elevar consulta en el marco de un proceso formalizado.

Para la mayoría de los autores se trata, en definitiva, de que el funcionario público que realiza la solicitud sexual tenga por razón de su cargo la posibilidad de intervenir de facto para favorecer o perjudicar los intereses de la persona solicitada, bien directamente porque la cuestión afecte a la misma, o indirectamente porque el

¹ El condenado era lo que hoy día se denomina gestor procesal en un juzgado y sus competencias vienen definidas en el art. 476 Ley Orgánica del Poder Judicial.

asunto incida en alguno de sus allegados. Esta intervención debe revestir cierta importancia pues es necesario que entre el funcionario y el solicitado exista una relación de sujeción previa a la petición (Rodríguez López y Sobrino Martínez, 2008; Delgado Gil, 2008 y Mir Puig, 2020), de la que el primero abusa para realizar una petición sexual que, en este sentido, se ha de considerar no querida, impuesta o coactiva (Altés Martí, 1995; Rodríguez López y Sobrino Martínez, 2008; Mestre Delgado, 2021; SSTS de 13 de junio de 1979; 2673/1992, de 14 de diciembre; 1187/2004, de 18 de octubre; y, 354/2019, de 10 de julio).

Y todo ello porque, según esta corriente doctrinal y jurisprudencial mayoritaria, resulta lógico, en atención a lo apuntado y aunque la regulación vigente no lo establezca de manera expresa, que la intervención del funcionario en las pretensiones de la persona solicitada está condicionada a cómo responda esta al requerimiento sexual (Crespo Barquero, 2018). Se entiende que la intervención del funcionario será más favorable en caso de que exista receptividad por parte del sujeto pasivo y es por ello por lo que se adelantan las barreas punitivas al momento del mero acto de la solicitud, el cual resulta suficiente a efectos de consumación, como ya se indicó. Con todo, no se exige que el funcionario explicita este condicionamiento (Mir Puig, 2000 y Delgado Gil, 2008; SSTS 354/2019, de 10 de julio y de 13 de junio de 1979), ni tampoco que lleve a cabo ninguna actuación con relación a las pretensiones de la víctima pues, como ya se apuntó, la mera petición sexual en el contexto descrito resulta suficiente.

No obstante, es preciso valorar esta interpretación restrictiva del delito que aboga por exigir elementos no mencionados en el tenor del tipo. Es cierto que todas las sentencias consultadas condenan al funcionario o autoridad que no se limita a hacer una solicitud sexual, sino que además condiciona su actuación como empleado público en el marco de la relación con el sujeto pasivo a como este responda a sus requerimientos de la naturaleza sexual (SAP Barcelona, Sección 6ª, 92/2023, de 2 de febrero; STS 354/2019, de 10 de julio –que confirma la SAP León, Sección 3ª, 84/2018, de 15 de febrero–; SAP Murcia, Sección 3ª, 664/2016, de 14 de diciembre; SAP Alicante, Sección 1ª, 259/2016, de 18 de mayo; SAP Palma de Mallorca, Sección 1ª, 43/2014, de 20 de mayo; STS 716/2013, de 1 de octubre –confirma la SAP de Cáceres, Sección 2ª, 194/2012, de 25 de mayo–; SAP Málaga, Sección 8ª, 556/2011, de 11 de noviembre; y, SAP Cantabria, Sección 2ª, 14/2003, de 18 de julio).

Pese a esta realidad jurisprudencial, cabe hacer una interpretación estricta del tipo penal (Núñez Fernández, 2013) que permita castigar por la mera solicitud de cariz sexual, lo cual resulta más coherente con el principio de legalidad y con la naturaleza del ilícito analizado como delito de peligro abstracto. Sin duda, el correcto ejercicio de la función pública en relación con un administrado se puede poner en peligro (que es todo lo que exige el tipo) si el funcionario responsable pretende mantener un contacto sexual con él y así se lo manifiesta. No creo que con ello se cercene en exceso la libertad del funcionario a la hora de desarrollar esa faceta de su personalidad como han sugerido algunos (Crespo Barquero, 2018), ni que ello convierta al delito de solicitud en un delito de sospecha, pues el mismo se construye a partir de la constatación objetiva de un comportamiento en un determinado contexto. Además, la aceptación de un planteamiento de este tipo cuestionaría la legitimidad de muchos delitos de peligro.

Por otro lado, para poder apreciar el delito es necesario que el funcionario o autoridad pública pueda, en efecto y a través de su potencial actuación, favorecer o perjudicar los intereses de la víctima dentro de las funciones que tienen atribuidas por razón de su cargo. Pese a que ciertos sectores doctrinales consideran que dicha potencial actuación debe ser lícita (por todos Delgado Gil, 2008), la práctica

jurisprudencial revela que puede ser tanto lícita como ilícita (Núñez Fernández, 2013). Ilícita sería, por ejemplo, la conducta de un profesor de universidad pública que se ofrece a poner la calificación de aprobado a una alumna que había suspendido a cambio de que esta mantuviera relaciones sexuales con aquel. Dicha conducta, la de aprobar a quien ha suspendido sin obligarle a repetir el examen ni a demostrar que cuenta con los conocimientos suficientes para superar la asignatura, podría ser incluso constitutiva de un delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP. Esa fue justamente la actuación que el condenado por solicitudación en virtud de la SAP Málaga, Sección 8ª, 556/2011, de 8 de noviembre, se comprometió a realizar. La pretensión del sujeto pasivo del delito puede ser igualmente lícita o ilícita (al respecto, la STS 930/1998, de 2 de julio).

6. Análisis del tipo de solicitudación de los apartados 2 y 3 del art. 443 CP

Los números 2 y 3 del art. 443 CP recogen una modalidad de solicitudación sexual, con las penas que se señalaron en apartados anteriores, que comete «el funcionario de Instituciones Penitenciarias o de centros de protección o reforma de menores, centro de internamiento de personas extranjeras, o cualquier otro centro de detención, o custodia, incluso de estancia temporal, respecto de la persona sujeta a su guarda» o de su «ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afín en los mismos grados, cónyuge o persona con la que se halle ligada de forma estable por análoga relación de afectividad». El hecho de que las penas sean más graves (prisión de uno a cuatro años e inhabilitación de seis a doce años) que las previstas para el tipo del art. 443.1 CP, no convierte a las modalidades ahora analizadas en tipos agravados respecto del mismo en sentido estricto porque los tipos que nos ocupan no contienen todos sus elementos.

La particularidad de estas modalidades castigadas con penas más graves radica y se fundamenta en la especial relación de sujeción que existe entre el funcionario de los referidos centros respecto de la persona sujeta a su guarda que, como tal, está privada de libertad o al menos tiene limitada su libertad ambulatoria (en el caso de los centros de protección de menores). Esta subordinación se extiende a los allegados del interno en los términos señalados. La peculiaridad de esta situación se traduce, según la opinión mayoritaria, en una mayor gravedad objetiva de esta modalidad de solicitudación que justifica la agravación de las penas con las que se castiga (Altés Martín, 1995; y, Delgado Gil, 2008; Rodríguez López y Sobrino Martínez, 2008 y Mestre Delgado, 2021). Este fundamento de agravación se acompaña de la correspondiente especial vulnerabilidad de la persona que recibe la petición de favores sexuales en tales circunstancias (Crespo Barquero, 2018). En este sentido, en la SAP Madrid, Sección 23ª, 1/2011, de 3 de diciembre, se afirma que, en estos casos, «es evidente la situación de ...presión ambiental pues la víctima es una interna del Centro Penitenciario en el que presta sus servicios el acusado».

Se trata de un delito especial propio al igual que el tipo de solicitudación del art. 443.1 CP por las razones que fueron apuntadas con anterioridad. Se debe tener en cuenta la regulación administrativa de estos cuerpos para determinar quiénes, en atención a las exigencias típicas de la legislación penal, son susceptibles de ser sujetos activos del delito analizado. En lo que se refiere a los funcionarios de instituciones penitenciarias, corresponde a la administración penitenciaria asumir la dirección del establecimiento penitenciario en cuanto a custodia, vigilancia interior de los centros y, a su vez, los internos deben acatar las normas de régimen interior y las órdenes que reciban del personal penitenciario en el ejercicio legítimo de sus atribuciones². A este respecto resulta de aplicación el Real Decreto 190/1996, de 9

² Ver art. 3.4 Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.

de febrero, en particular su título X en el que se regula la «Organización de los Centros Penitenciarios» (arts. 265 y ss.).

Está claro que los funcionarios que bien formen parte de los órganos colegiados del centro penitenciario –tales como el consejo de dirección (arts. 270 y ss.), la junta de tratamiento (arts. 272 y ss.), la comisión disciplinaria (276 y ss.) y la junta económico administrativa (arts. 278 y ss.)–, bien integren órganos unipersonales –como el director (art. 280), subdirectores (art. 281), administrador (art. 282) y el jefe de servicios (art. 283)– pueden ser sujetos activos del delito de solicitud en la medida en que asumen una función genérica en lo que respecta a la seguridad y control del interno, que es como ha de interpretarse el término «guarda» al que alude el precepto (Crespo Barquero, 2018).

Aun así, el análisis jurisprudencial demuestra que, en ocasiones, los tribunales no han exigido de forma rigurosa la asunción de tales funciones por parte del funcionario de prisiones para condenarlo como autor de un delito de solicitud. Así, por ejemplo, la STS 620/2019, de 12 de diciembre (que confirma la SAP Sevilla, sección 7ª, 1543/2019, de 18 de mayo) condena al funcionario que solicita favores sexuales a una interna sin que la sentencia haga referencia al cargo que el condenado ostentaba dentro del centro penitenciario, ni que el mismo le otorgase capacidad para incidir sobre el régimen de vida de la víctima. En sentido similar, la SAP Ávila, sección 1ª, 89/2017, de 25 de septiembre, condena a dos funcionarios sin que conste que estos tuvieran capacidad de influir en el régimen de vida de las internas a quienes solicitaron favores sexuales. Simplemente se afirma que uno de ellos era coordinador de servicios, lo que le permitiría moverse con libertad por el centro penitenciario y entrar en contacto con las internas. Por su parte, del otro condenado se indica que era jefe del área mixta de mantenimiento con acceso a la mayoría de las dependencias del centro penitenciario.

Por lo que respecta a los centros de protección de menores, es determinante lo establecido por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (cuya versión vigente es fruto de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio). De acuerdo con los arts. 12 y ss. de esta disposición, cuando se producen situaciones de riesgo o casos de desamparo de menores, es preciso que se realicen funciones de guarda o tutela con respecto a los mismos bien a través de entidades públicas o mediante hogares funcionales por la vía del acogimiento familiar. Las personas encargadas de desempeñar estas funciones y que tengan, por tanto, capacidad para incidir sobre la seguridad y control del menor en situación de riesgo o desamparo, serán susceptibles de ser sujetos activos del delito de solicitud.

En cuanto a los centros de reforma de menores, la normativa principal a tener en cuenta es la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (en adelante, LORPM), así como el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el reglamento de la misma. En tales disposiciones (concretamente el art. 45 LORPM y los arts. 8.1 y 9.1 del Reglamento) se establece que, con carácter general, la competencia administrativa para la ejecución de las medidas penales impuestas a menores la tienen las comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla, donde se ubique el juzgado de menores que haya dictado sentencia imponiendo la medida. La ejecución de las medidas, entre otras las privativas de libertad que son las que ahora interesan, depende de las entidades que, a tal efecto, designen las comunidades autónomas que en este sentido «podrán establecer convenios o acuerdos de colaboración necesarios con otras entidades, públicas o privadas sin ánimo de lucro» (Pozuelo Pérez, 2022). Las personas encargadas del control del menor dentro de tales

organismos, así como todas aquellas que puedan incidir de manera relevante en su vida durante la privación de libertad, podrán ser sujetos activos del delito de solicitud ahora analizado.

El estudio de las previsiones relativas a los centros de protección y reforma de menores demuestra que lo relevante, más que la pertenencia a un cuerpo reglamentado de funcionarios del sujeto activo es su efectiva participación en funciones públicas de guarda, tutela y control de menores ya sea por disposición inmediata de la ley, por elección o nombramiento de la autoridad competente (art. 24.2 CP). La mayor flexibilidad atribuida al concepto penal de funcionario en comparación con su correspondiente noción administrativa (Delgado Gil, 2008), resulta aquí sumamente operativa para lograr una eficaz protección del bien jurídico (Crespo Barquero, 2018).

La referencia a los funcionarios de centros de internamiento de extranjeros o cualquier otro centro de detención, o custodia, incluso de estancia temporal constituye una novedad introducida por la disposición final 4.18 de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, que responde a una reivindicación que ciertos sectores doctrinales llevaban realizando desde hace años (por todos, Delgado Gil, 2008). En este sentido, la anterior regulación dejaba fuera de la protección penal a ciertas personas en situación de vulnerabilidad similar a la de los internos en centros penitenciarios o de los menores en centros de protección o reforma. En lo que respecta a los primeros, y según dispone el art. 1.2 del Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros:

Son establecimientos públicos de carácter no penitenciario, dependientes del Ministerio del Interior, destinados a la custodia preventiva y cautelar de extranjeros para garantizar su expulsión, devolución o regreso por las causas y en los términos previstos en la legislación de extranjería, y de los extranjeros que, habiéndoseles sustituido la pena privativa de libertad por la medida de expulsión, el juez o tribunal competente así lo acuerde en aplicación de lo dispuesto por el artículo 89.6 del Código Penal.

Asimismo, y de acuerdo con el art. 3.1 de esta disposición, «las competencias de dirección, coordinación, gestión e inspección de los centros corresponden al Ministerio del Interior y serán ejercidas a través de la Dirección General de la Policía, que también será responsable de su seguridad y vigilancia». Por otro lado, y según el art. 3.3, estos centros dependen funcional y orgánicamente de la plantilla policial del lugar donde radiquen «sin perjuicio de la superior competencia de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras en su gestión y coordinación».

Por último, la regulación penal vigente incluye también al funcionario de «cualquier otro centro de detención, o custodia, incluso de estancia temporal». Dentro de estos se encuentran, entre otros, los agentes de policía y guardias civiles responsables de la guarda y custodia de los detenidos en las comisarías y otras dependencias (tal y como se desprende de los arts. 492 y ss. LECrim y del art. 5.3 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad). Se podría plantear la posibilidad de incluir a los agentes de policía y de la guardia civil encargados de la guarda y custodia de penados y detenidos durante sus traslados (por ejemplo, de un centro penitenciario a otro, de un centro penitenciario a un juzgado, de una dependencia policial a un juzgado, etc.). A este respecto, la Orden INT/2573/2015, de 30 de noviembre, del Ministerio del interior, determina las especificaciones técnicas que deben reunir los vehículos destinados a la conducción de detenidos, presos y penados. Habría que determinar si estos vehículos, en los que las personas mencionadas están privadas de libertad de forma temporal, se podrían

considerar englobados en la categoría de «centro» a la que se refiere el tenor del precepto penal analizado.

En cualquier caso, habrá que estar a la evolución de la jurisprudencia para que se pueda determinar con mayor exactitud quienes pueden ser sujetos activos de los distintos centros de privación de libertad ya que, hasta la fecha, solo se han dictado pronunciamientos con relación a funcionarios de centros penitenciarios. La condición de sujeto pasivo se reserva a la persona que esté bajo la guardia del funcionario, así como algunos de sus allegados. Por su parte, la conducta típica consiste en solicitar favores sexuales en el sentido ya apuntado respecto de la otra modalidad de solicitud.

Asimismo y de forma similar a como sucede con respecto a dicha modalidad del art. 443.1 CP, según la opinión doctrinal y jurisprudencial mayoritaria y a pesar de que no exista mención legal expresa al efecto, es necesario que el funcionario abuse de la relación que tiene con la persona solicitada y condicione su posible intervención en el seno de dicha relación al rechazo o aceptación de su propuesta por parte de la misma (Altés Martí, 1995; Rodríguez López y Sobrino Martínez, 2008; Delgado Gil, 2008 y Crespo Barquero, 2018). Otro sector doctrinal minoritario (Núñez Fernández, 2013) rechaza esta tesis dado que esas exigencias no se incluyen en el tipo penal. Lo cierto es que hay sentencias que condenan por la mera solicitud no condicionada y sin exigir si quiera que el funcionario tuviera capacidad de influir en el régimen de vida del interno: así, la STS 620/2019, de 12 de diciembre (que confirma la SAP Sevilla, sección 7ª, 1543/2019, de 18 de mayo) y la SAP Ávila, sección 1ª, 89/2017, de 25 de septiembre. No obstante, en la mayoría de las sentencias condenatorias dictadas hasta la fecha sí que se dan las referidas circunstancias: capacidad del funcionario de influir en el régimen de vida del interno y que el mismo condicione su actuación como empleado público a la respuesta que reciba del interno (SAP Madrid, sección 15ª, 69/2022, de 4 de febrero; SAP Madrid, sección 3ª, 315/2013, de 25 de junio; SAP Palma de Mallorca 41/2013, de 18 de abril; STS 995/2011, de 6 de octubre –que casa la SAP de Madrid, sección 23ª, de 3 de diciembre–; STS 1002/2010, de 10 de noviembre –que casa la SAP Álava, sección 2ª, de 15 de diciembre de 2009–; y, SAP Pontevedra, sección 4ª, 32/2009, de 25 de junio).

El razonamiento para justificar esta interpretación restrictiva del tipo es similar al que se empleaba para hacer lo propio respecto de la modalidad prevista en el art. 443.1 CP. Así, Crespo Barquero considera que esta exégesis evita convertir a la solicitud en un delito de sospecha que permita criminalizar cualquier solicitud sexual de un funcionario de prisiones hacia una persona privada de libertad. Según este autor, la ausencia de estas exigencias en la aplicación del tipo «podría conducir a la negación de derechos fundamentales tales como la intimidad y el desarrollo de la personalidad por vía de la mera presunción de “prejuicio” del prestigio de la Administración, convirtiendo la función pública en una suerte de sacerdocio» (Crespo Barquero, 2018). Frente a este planteamiento (Núñez Fernández, 2013), se pueden alegar, por un lado, razones de estricta legalidad penal que, a efectos de condena, no permiten requerir elementos no exigidos por el tipo penal. Por otro lado, la ausencia de estas exigencias obedece a la naturaleza del delito como tipo de peligro abstracto: se prohíbe la solicitud sexual en determinadas circunstancias porque ello hace peligrar el correcto funcionamiento de la función pública y la libertad sexual del administrado. Además, frente a lo que sucede con respecto al tipo del art. 443.1 CP, la cuestión atañe a personas privadas de libertad que se encuentran en una situación de evidente vulnerabilidad frente a quienes son responsables de su guarda. Por este motivo, resultan exigibles mayores garantías incluso para el debido desempeño de quien de forma tan intensa y relevante puede incidir en la vida de estas personas, sobre todo si se trata de quienes cumplen condena en un centro penitenciario.

Asimismo, los funcionarios de prisiones cuentan con la posibilidad de desarrollar con libertad esas facetas de su personalidad en otros contextos sin que su renuncia a hacerlo en su ámbito profesional resulte en modo alguno excesiva ni implique convertirlos en sacerdotes.

Es importante destacar, en último lugar, que el estudio de las resoluciones citadas revela que la posible actuación del funcionario para favorecer o perjudicar los intereses de la persona solicitada puede ser, en los casos en que se hace constar tal circunstancia, tanto lícita como ilícita. Por ejemplo, en la STS 1002/2010, de 10 de noviembre, el funcionario que solicita favores sexuales puede influir en la decisión de que la interna acceda o no a un determinado programa de actividades. Su actuación en este sentido podrá ser lícita o ilícita dependiendo de que la interna reúna o no los requisitos que se exigen para acceder a dicho programa. Por su parte, en la SAP de Madrid, sección 15ª, 69/2022, de 4 de febrero, el funcionario condiciona la aceptación de su solicitud sexual por parte de la interna a permitir a esta disfrutar de determinado tipo de alimentos y otros contenidos no autorizados por el centro, lo cual constituye una actuación ilícita. Me inclino, por tanto, al igual que hice respecto del tipo básico de solicitud, por la tesis que defiende tanto la licitud como la ilicitud de la potencial intervención del funcionario respecto de las pretensiones pendientes de la persona solicitada en contra, por tanto, del criterio de otros autores (por todos, Delgado Gil, 2008).

7. Cuestiones concursales

Con relación a las dos modalidades de solicitud sexual pueden surgir problemas de concursos de leyes y de delitos. Los problemas de concursos de leyes se pueden plantear respecto al delito de acoso sexual agravado del art. 184.2 CP y con los delitos de cohecho de los arts. 419 y 420 CP.

En lo que respecta al delito de acoso sexual agravado, hay que advertir que no existe una coincidencia plena entre este delito y las distintas modalidades de solicitud. Ambas figuras tienen elementos en común: el prevalimiento de una situación de superioridad y la solicitud de favores sexuales. No obstante, el acoso sexual exige además que la relación que une a los sujetos implicados en la que se produce la conducta sea continuada o habitual y que el comportamiento provoque en la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante. Esta es la razón por la cual el delito de solicitud es especial propio, porque no tiene en sentido estricto una figura común paralela, por mucho que algunas sentencias denominen la solicitud como el «acoso sexual específico limitado al funcionario» (SSTS 1004/1997, de 9 de julio y 2349/2019, de 10 de julio). En cualquier caso, si además de la solicitud de favores sexuales por parte del funcionario en determinados contextos que le confieren superioridad respecto del administrado (algo que sería suficiente para aplicar la modalidad de solicitud correspondiente), se produjeren las referidas circunstancias, habría que aplicar los tipos de solicitud sexual analizados en virtud del principio de especialidad ex art. 8.1ª CP (así, SSTS 1004/1997, de 9 de julio y 2349/2019, de 10 de julio; y la SAP Barcelona, Sección 6ª, 92/2023, de 2 de febrero). De acuerdo con esta corriente, el acaecimiento de tales circunstancias no exigidas por el tipo de solicitud habría de tenerse en cuenta, no obstante, a efectos de responsabilidad civil y también de individualización de pena para reflejar el «perjuicio añadido al desvalor del tipo específico» (SAP de Barcelona, Sección 6ª, 92/2023, de 2 de febrero).

Si bien la aplicación preferente del delito de solicitud parece correcta, no lo es, a mi modo de ver, la elección de la regla de la especialidad para resolver el problema concursal (Núñez Fernández, 2013). No se puede decir que el precepto de

la solicitud sea especial respecto del general del acoso sexual agravado ya que, como se ha demostrado, no tiene todos los elementos de este y alguno más. En este sentido, sería más adecuado optar por la regla de la alternatividad del art. 8.4ª CP cuya aplicación conduciría a la misma solución toda vez que la solicitud se castiga con penas más graves que el acoso sexual agravado.

Con respecto a los tipos de cohecho de los arts. 419 y 420 CP, también se pueden dar problemas de concursos de leyes respecto de las dos modalidades de solicitud analizadas. Analicemos primero lo relativo a la modalidad de solicitud del art. 443.1 CP. Supongamos que el funcionario o autoridad realiza la solicitud sexual y, a cambio de la aceptación del sujeto pasivo, se compromete a realizar: a) un acto contrario a los deberes inherentes de su cargo o a retrasar o no efectuar los que debiera llevar cabo; o, b) un acto propio de su cargo. En ambos casos se estaría produciendo la venialidad de la función pública, en este caso por favores sexuales, la cual es característica del cohecho (Delgado Gil, 2008), de manera que los hechos podrían subsumirse tanto en el tipo de solicitud del art. 443.1 CP, como en los de cohecho pasivo propio (art. 419 –opción a–), o impropio (art. 420 –opción b–). Si la solicitud sexual se produce sin que existan pretensiones del solicitado o de sus parientes pendientes de resolución por parte del funcionario o acerca de las cuales deba evacuar informe o elevar consulta a su superior, habría que optar por aplicar el tipo de cohecho que correspondiera. En caso contrario, habría que aplicar el delito de solicitud (Núñez Fernández, 2013; SAP Cantabria, Sección 2ª, 14/2003, de 18 de julio; STS 930/1998, de 2 de julio; y, SAP Málaga, Sección 8ª, 556/2011, de 8 de noviembre).

La solución con respecto a la modalidad del art. 443.2 y 3 CP es más compleja. Supongamos que un funcionario de prisiones solicita sexualmente a una persona sujeta a su guarda y, a cambio de la aceptación del sujeto pasivo, se compromete a realizar: a) un acto contrario a los deberes inherentes de su cargo o a retrasar o no efectuar los que debiera llevar cabo; o, b) un acto propio de su cargo. Los hechos podrían subsumirse en tanto en el tipo de solicitud mencionado como en los referidos de cohecho. A falta de un criterio más claro para resolver este concurso, la regla de la alternatividad del art. 8. 4ª CP conduciría a aplicar los tipos de cohecho que tienen previstas penas más graves.

En lo que concierne al concurso de delitos, el de solicitud puede concurrir con otros delitos contra la libertad sexual previstos en el título VIII del libro II. En la práctica ello sucede cuando además de la solicitud sexual, se produce un contacto sexual sin consentimiento entre el funcionario y el sujeto pasivo de la solicitud. En estos casos, el art. 444 CP establece que las penas previstas para los delitos de solicitud «se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos contra la libertad sexual efectivamente cometidos». Esta regla concursal se traduce en la apreciación del concurso real entre el delito de solicitud y el delito contra la libertad sexual que implica el contacto sexual sin consentimiento.

Antes de la reforma de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, este comportamiento podría calificarse como de abuso sexual en los casos en que no mediase violencia ni intimidación para conseguir el contacto sexual (STS 620/2019, de 12 de diciembre –que confirma la SAP Sevilla, Sección 7ª, 1543/2019, de 18 de mayo–; SAP Murcia, Sección 3ª, 664/2016, de 14 de diciembre) y de agresión sexual cuando se hubiesen empleado tales medios comisivos (STS 716/2013, de 1 de octubre –confirma la SAP Cáceres, Sección 2ª, 194/2012, de 25 de mayo–; SAP Madrid, Sección 3ª, 315/2013, de 25 de junio). En la actualidad, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, el contacto sexual sin consentimiento se califica en todo caso como agresión sexual independientemente

de los medios empleados. No obstante, con la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, que mantiene esa denominación de agresión sexual para calificar todo contacto sexual sin consentimiento, las penas a imponer son más graves si concurre violencia o intimidación o el contacto sexual se mantiene con una persona que tenga anulada su voluntad por cualquier causa.

Por otro lado, la solicitud sexual puede concurrir con otros delitos distintos también en régimen de concurso real. En este sentido, es posible que el funcionario lleve a cabo algún tipo de intervención respecto de las pretensiones pendientes de resolución que la persona solicitada tiene ante el mismo, por mucho que ello no sea necesario para consumar el delito de solicitud. Partiendo de la tesis en virtud de la cual tales intervenciones pueden ser tanto lícitas como ilícitas, en este último caso las mismas podrían ser constitutivas de infracciones penales que estarían en relación de concurso real del art. 73 CP con respecto al delito de solicitud. En este sentido, algunos autores (Altés Martí, 1995 y Mir Puig, 2021) ponen el ejemplo del funcionario que además de incurrir en un delito de solicitud dicta una resolución injusta a sabiendas y resulta responsable, en régimen de concurso real, de un delito de solicitud sexual y, además, de otro de prevaricación de los arts. 404 y ss. o de los arts. 446 y ss. CP, según los casos.

En la práctica, se ha condenado por solicitud en concurso real con un delito contra la integridad moral al funcionario de prisiones que además de solicitar sexualmente a una interna, se introdujo en la ducha que estaba siendo utilizada por ella e hizo comentarios sobre sus atributos físicos (STS 620/2019, de 12 de diciembre –que confirma la SAP Sevilla, Sección 7ª, 1543/2019, de 18 de mayo–). También el funcionario de prisiones que solicitó sexualmente a una interna y además reveló a la prensa datos reservados sobre la misma los cuales conocía por razón de su cargo, fue condenado en régimen de concurso real por solicitud y por un delito de revelación de secretos del art. 417 CP (SAP Palma de Mallorca, Sección 1ª, 41/2013, de 18 de abril). Asimismo, la STS 930/1998, de 2 de julio, condenó no solo por solicitud y agresión sexual en régimen de concurso real, sino también por un delito de detención ilegal ya que los funcionarios condujeron a la víctima en un vehículo hasta un lugar apartado y la forzaron a permanecer en el mismo para llevar a cabo sus pretensiones sexuales. Las diferentes vías descritas para apreciar concurso real de delitos y/o concurso de leyes en relación con el delito analizado, dificulta, a mi modo de ver, la posibilidad de apreciar un concurso medial o ideal de delitos en relación con el mismo.

Por último, es preciso hacer una mención sobre la continuidad delictiva con relación al delito de solicitud sexual, ya que la jurisprudencia a este respecto resulta un tanto errática. Como ya se señaló, un número considerable de sentencias aprecian la existencia de un único delito continuado de solicitud cuando el funcionario lleva a cabo de forma reiterada el comportamiento de petición de favores sexuales a distintas personas (ver, entre otras, la SAP Murcia, Sección 3ª, 664/2016, de 14 de diciembre). Otras resoluciones, sin embargo, aprecian en estos casos la existencia de concurso real y condenan por tantos delitos de solicitud como personas que hubieran sido objeto de las peticiones (STS 716/2013, de 1 de octubre). Finalmente, en los casos de solicitud sexual reiterada y prolongada en el tiempo sobre un único sujeto pasivo, hay sentencias que condenan por un delito continuado (SAP Barcelona, Sección 6ª, 92/2023, de 2 de febrero), mientras que otras condenan por apreciar un único delito (STS 354/2019, de 10 de julio). Personalmente y por cuestión de estricta legalidad, no veo razón para aplicar la continuidad delictiva y no el concurso real de delitos cuando no hay identidad de sujeto pasivo respecto de las diferentes infracciones cometidas por el sujeto. Tampoco, y por el mismo motivo, soy partidario de apreciar la existencia de un único delito en los casos en los que la conducta se

reitera y se prolonga en el tiempo respecto de una misma persona. Ante semejante escenario fáctico lo que procede es aplicar el delito continuado como respuesta legalmente adecuada que, además, evita la desproporción punitiva que conllevaría apreciar el concurso real.

Bibliografía

- Alejandro García, J. A. (1994). *El veneno de Dios: la inquisición en Sevilla ante el delito de solicitud en confesión*, Siglo XXI.
- Altés Martí, M. A. (1995). Solicitud sexual. Funcionario público y de prisiones. En V. Latorre Latorre (Coord.), *Mujer y Derecho Penal* (99-111). Tirant lo Blanch.
- Cámara Arroyo, S. (2023). Delitos contra la libertad sexual. En M. D. Serrano Tárraga (Coord.), *Derecho Penal, Parte Especial* (221-304). Tirant lo Blanch.
- Carmona Salgado, C. (1981). *Los delitos de abusos deshonestos*. Bosch Editor.
- Crespo Barquero, P. (2018). Art. 443. En A. del Moral García (Dir.), *Código Penal, Comentarios y jurisprudencia*, Tomo II (538-542). Comares.
- Delgado Gil, A. (2008). El delito de solicitud sexual. *Revista de Derecho y Proceso Penal*, (20), 61-78.
- Díez Ripollés, J. L. (1981). *El derecho penal ante el sexo (Límites, criterios de concreción y contenido del Derecho penal sexual)*. Bosch Editor.
- García Rivas, N. y Tarancón Gómez, P. (2021). Agresión y abusos sexuales. En F. J. Álvarez García (Dir.) y A. Ventura Püschel (Coord.), *Tratado de Derecho Penal español: parte especial (I). Delitos contra las personas* (1117-1204). Tirant lo Blanch.
- Gil Gil, A. (2015). La tipicidad. En A. Gil Gil, A., J. M. Lacruz López, M. Melendo Pardos y J. Núñez Fernández (Eds.), *Curso de Derecho Penal, Parte General* (215-241). Dykinson.
- González Cussac, J. L. (1996). La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995: la prevaricación. En J. L. González Cussac, (Dir.), *Los delitos de funcionarios públicos en el Código Penal de 1995* (11-50). Consejo General del Poder Judicial.
- González Rus, J. J. (1982). *La violación en el Código Penal español*. Universidad de Granada.
- Haliczer, S. (1998). *Sexualidad en el confesionario: un sacramento profanado*. Siglo XXI.
- Lacruz López, J. M. (2015). Conceptos básicos del Derecho Penal. En A. Gil Gil, A., J. M. Lacruz López, M. Melendo Pardos y J. Núñez Fernández (Eds.), *Curso de Derecho Penal, Parte General* (16-43). Dykinson.
- Meléndez Sánchez, F. (2023). Delitos contra la Administración Pública. En M. D. Serrano Tárraga (Coord.), *Derecho Penal, Parte Especial* (997-1088). Tirant lo Blanch.
- Mestre Delgado, E. (2021). Delitos contra la Administración Pública. En C. Lamarca Pérez (Dir.), *Delitos: la parte especial del Derecho Penal* (608-670). Dykinson.
- Mir Puig, C. (2000). *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*. Bosch Editor.
- Morales Prats, F. y Rodríguez Puerta, M. J. (2016). Delitos contra la Administración Pública. En G. Quintero Olivares (Dir.), *Comentarios al Código Penal español*, Tomo II (1265-1464). Thomson Reuters Aranzadi.
- Núñez Fernández, J. (2010). *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*. Congreso de los Diputados.
- Núñez Fernández, J. (2013). Solicitud sexual (arts. 443 y 444 CP). En F. J. Álvarez García (Dir.), *Tratado de derecho penal español parte especial. III, Delitos contra las administraciones pública y de justicia* (683-728). Tirant lo Blanch.

- Otero González, P. (2021). Acoso Sexual. En F. J. Álvarez García, F.J. (Dir.), *Tratado de derecho penal español parte especial (I), Delitos contra las personas* (1205-1237). Tirant lo Blanch.
- Pozuelo Pérez, L. (2022). Los centros de internamiento para menores infractores en España. En C. Escalante Barreto (Dir.), *Debates y aportes al sistema integral de derecho penal. Obra homenaje al profesor Jorge Arenas Salazar* (51-80). Universidad Nacional de Colombia, Instituto de Investigación Socio jurídica Gerardo Molina UNIJUS.
- Vizueta Fernández, J. (2015). Delitos contra la Administración pública, y 2. En J. M. Lacruz López y M. Melendo Pardos (Coords.), *Tutela penal de las administraciones públicas* (259-323). Dykinson.