

Determinados abusos en el ejercicio de la función pública (Proyecto de 1980)

MARIA DOLORES FERNANDEZ RODRIGUEZ,
*Profesora Adjunta de Derecho penal
en la Universidad de Murcia*

Los artículos 464 y 465 del Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980 recogen, entre «los abusos en el ejercicio de la función pública» (sección 2.^a del capítulo IV del título X, «Delitos contra la Administración pública»), los «abusos contra la honestidad» tipificados en los artículos 383 y 384 del vigente texto punitivo.

El análisis y valoración de las modificaciones introducidas en este proyecto y su alcance es el objeto de estas notas.

En la regulación actual la ubicación de las figuras dentro «De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos» y el epígrafe del capítulo VII que los contiene, «De los abusos contra la honestidad», iluminan ya los bienes jurídicos que en ellas se protegen: los deberes del servicio y la honestidad entendida como libertad sexual al igual que sucede en los abusos deshonestos del título IX. Un interés público y un interés individual son objeto de tutela jurídico-penal. El primero es el que tiene la Administración en que su gestión se lleve a cabo con la máxima corrección y que se traduce en la obligación que todos los funcionarios tienen de cumplir escrupulosamente los deberes del servicio. El interés individual corresponde al derecho que tiene toda persona a manifestarse libremente y sin coacciones en el desarrollo de su vida sexual (1).

En el proyecto, la colocación sistemática de los preceptos entre los «abusos en el ejercicio de la función pública» adelanta únicamente el primero de estos bienes jurídicos y es la remisión a las penas del artículo 205 (que corresponde en el proyecto al estupro de prevalimiento), estipulada en el párrafo segundo del artículo 464, la que especifica la naturaleza de la solicitud y con ella la del segundo de los intereses amparados.

(1) Vid. M.^a D. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los abusos contra la honestidad*, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 5, 1978, págs. 53 y ss.

Esta modificación no plantea problemas a la hora de delimitar el contenido sustancial de estas figuras ya que, incluso haciendo abstracción de la aludida remisión punitiva, un estudio histórico de los tipos iluminaría su pluriobjetividad. Si hacemos alusión a ella es, simplemente, para poner de relieve que si bien la nueva ubicación dentro «De los delitos contra la Administración pública» es plausible, por el contrario, la eliminación de la rúbrica que precisaba su esencia empaña su interpretación —siquiera sea gramatical— en una primera lectura.

Sin duda, la reforma más importante, común a ambos preceptos es la que afecta a la misma configuración de los delitos. Los «abusos contra la honestidad» se configuran en los artículos 383 y 384 del Código penal en vigor como delitos de mera actividad. En ellos la acción se colma y el delito se consuma con el mero hecho de solicitar ya que no exigen los tipos efectos posteriores. Es el desvalor del requerimiento efectuado en las circunstancias especificadas lo que origina la respuesta punitiva (2). Idénticos supuestos de consumación formal se contemplan asimismo en los artículos 464 y 465 del Proyecto de Código penal, pero en ellos adquiere también relieve la consumación material o agotamiento del delito al fundamentar las modalidades agravadas de los últimos párrafos de dichos preceptos. La evaluación de tal novedad se hará en el estudio de los tipos.

Otra modificación compartida por todas las figuras de los artículos 464 y 465 es la sustitución, en la referencia al sujeto pasivo del delito, del término «mujer» por el de «persona». Y es encomiable esta variación porque con ella se pone fin a la injusta discriminación sexual —ya denunciada por la doctrina (3)— que supone la actual exigencia biológica que permite que queden impunes los supuestos en que el destinatario de la solicitud es un varón.

El artículo 464 del Proyecto de Código penal precisa: «Será castigado con la pena de inhabilitación especial por tiempo de seis a diez años el funcionario público que solicitare a una persona que para sí misma o para su cónyuge, ascendiente, descendiente, hermano o afín en los mismos grados, tenga pretensiones pendientes de la resolución de aquél, o acerca de los cuales debiere evacuar informe o elevar consulta a su superior. Si la persona solicitada fuere menor de dieciocho años y hubiere accedido a la solicitud, se le impondrán además, las penas señaladas en el artículo 205».

El párrafo primero asume el contenido del vigente artículo 383 que únicamente se ha visto retocado por la ampliación, ya ponderada, del ámbito de sujetos pasivos y por una reducción, de doce a diez años, del tiempo máximo de la pena prevista de inhabilitación especial.

(2) En otras circunstancias o sin la cualidad personal del sujeto activo la conducta sería atípica. Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los abusos contra la honestidad*, cit., pág. 56.

(3) Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los abusos contra la honestidad*, cit., pág. 68.

Se mantiene el censurado y excesivo casuismo en la fijación del parentesco que debe existir entre la persona solicitada y la que tiene cuestiones pendientes de resolución por parte del funcionario, a pesar de que —como ya apuntó Quintano Ripollés (4)— deja fuera del tipo eventualidades no menos eficaces e inmorales en las que el vínculo con el sujeto pasivo es afectivo y no parental.

Hay que resaltar la curiosa coincidencia de que las únicas tres enmiendas que a este precepto se presentaron en el Congreso de los Diputados y que firmaron los Grupos Parlamentarios Socialista, Comunista y Centrista, se limiten exclusivamente a esta cuestión y concuerden, asimismo, en la propuesta de adición de un párrafo que amplíe el ámbito de posibles relaciones a personas allegadas afectivamente al sujeto pasivo, pero con el que no tienen ningún tipo de parentesco (5).

Todas estas puntualizaciones que desde un punto de vista técnico tienen razón de ser hechas, pierden su sentido en la práctica al ser este primer párrafo rechazable en su totalidad.

Actualmente los «abusos contra la honestidad» aparecen configurados como delitos mixtos ya que a la vez que se lesiona uno de los intereses protegidos se pone en peligro el otro. Son delitos de lesión porque el interés de la Administración en que su gestión se lleve a cabo escrupulosamente se vulnera efectivamente con el quebrantamiento de los deberes del servicio que la solicitud tipificada significa. Son delitos de peligro en cuanto la mera solicitud, al ser formulada por un funcionario público a mujer que se encuentra en la situación de dependencia tipificada, conlleva una carga intimidante que favorece la posible lesión a la libertad sexual de la solicitada, puesto que el requerimiento es apto para desencadenar

(4) Cfr. A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho penal*, II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1963, págs. 561 y s.

(5) El *Grupo Parlamentario Socialista* del Congreso, en la Enmienda núm. 650, propone la adición, tras la expresión “en los mismos grados”, del párrafo “u otra persona con la que tenga una relación de afectividad análoga”. La base de esta enmienda es “considerar este tipo de relaciones del mismo carácter que las contempladas por el proyecto”, incorporación propugnada también en la Enmienda núm. 651 presentada al art. 465.

La anexión defendida por el *Grupo Parlamentario Comunista* del Congreso en la Enmienda núm. 1.186 es prácticamente idéntica: “o persona con quien mantenga estrechos vínculos afectivos”. Semejante, aunque más explícita, es la motivación: “Parece conveniente —razona este Grupo Parlamentario— aumentar el círculo de posibles relaciones a aquellas personas que, aunque no tengan una relación parental (en sentido legal) con el solicitado, sí mantengan unos vínculos afectivos que en determinados momentos pueden ser más estrechos que los derivados por el parentesco”.

La Enmienda núm. 1.382, presentada por el *Grupo Parlamentario Centrista* del Congreso, incide en el mismo criterio y añade al círculo parental la referencia a “persona íntimamente allegada”. Esta adición —argumenta— “soluciona los problemas derivados de relaciones tales como noviazgo, amistad íntima o relaciones amorosas estables y continuadas”.

el efecto lesivo. «Precisamente por la especial situación de la víctima que mediatiza su libertad sexual, la frontera de la tutela penal se adelanta a la tentativa proporcionando mayor protección a quien es más vulnerable» (6). Ahora bien, la anticipación de la barrera punitiva en la protección de la libertad sexual es precisamente —como ya puse de relieve en otro trabajo (7)— la causa de que la operatividad de los actuales preceptos sea nula. La extraordinaria dificultad probatoria de estas infracciones, derivada de su peculiar naturaleza, ha sido el motivo de que estos delitos no hayan tenido reflejo jurisprudencial durante más de siglo y medio de tipificación legal (8).

¿Por qué se ha reproducido, pues, en este primer párrafo la actual configuración en idénticos términos de constatada ineficacia? ¿Acaso el nuevo párrafo añadido supone una tan trascendental mejora que puede paliar semejante torpeza legislativa? Veamos:

Recordemos que el segundo y último párrafo de este artículo 464 dispone que «si la persona solicitada fuere menor de dieciocho años y hubiere accedido a la solicitud, se le impondrán, además, las penas señaladas en el artículo 205». Ya hemos señalado que es ésta la novedad de mayor alcance introducida en el Proyecto de Código penal relativa a los actualmente denominados «abusos contra la honestidad». Contempla el supuesto en el que el delito se agota con la consecución de los fines perseguidos por el autor con su acción; es decir, la obtención de la actividad sexual requerida. Se prevén para esta hipótesis, con carácter complementario, las penas señaladas en el artículo 205 que en el Proyecto de Código penal corresponden al delito de estupro de prevalimiento.

Con esta remisión se limita el contenido de la solicitud a la de yacimiento carnal en contra del criterio doctrinal mayoritario que le otorga un mayor alcance, comprensivo tanto de los requerimientos dirigidos al ayuntamiento carnal como de los encaminados a cualquier otra acción de naturaleza sexual.

El criterio restrictivo no tiene —como ya puso de relieve Ferrer Sama (9)— suficiente apoyo. El Código de 1822 equiparaba a efectos punitivos la solicitud y la seducción. A partir del Código de 1848 la conducta que persiste en el tipo es la de «solicitar». Entendiendo que el término «seducir» equivale a yacer, sostiene Puig Peña que

(6) Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los abusos contra la honestidad*, cit., pág. 61.

(7) Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los abusos contra la honestidad*, cit., págs. 72 y s.

(8) Al tratar los delitos de «abusos contra la honestidad» tres sentencias del Tribunal Supremo se citan fundamentalmente: Sentencia de 15 de junio de 1923, Sentencia de 19 de noviembre de 1956 y Sentencia de 1 de julio de 1963. En mi trabajo, ya citado, *Los abusos contra la honestidad*, págs. 70 y ss., he puesto de relieve cómo ninguno de estos fallos de nuestro más alto Tribunal recae exactamente sobre la conducta típica, es decir, la mera solicitud de favores sexuales.

(9) Cfr. A. FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, IV, Estades, Madrid 1956, pág. 57.

la expresión «solicitar» debe ser interpretada en idéntico sentido, o sea, en el de requerir yacimiento (10). Ahora bien, el hecho de que el Código de 1822 hiciera referencia al que «seduzca o solicite» no obliga, ni siquiera en la interpretación de aquel texto, a llegar a tal conclusión, pues «seducir» significa, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, «engañar con arte y maña» y aunque es cierto que usualmente se utiliza referido a actividades sexuales no necesariamente a la específica de la cópula carnal.

Otro de los argumentos esgrimidos por autores como Rodríguez Devesa y Muñoz Conde para defender la tesis de que «solicitar» supone en estas figuras delictivas proponer exclusivamente el acceso carnal es que los actuales artículos 383 y 384 aluden exclusivamente a la mujer como sujeto pasivo de los delitos en ellos descritos (11). Que la redacción actual de los tipos limite su estimación a los supuestos en que el destinatario de la solicitud sea una mujer, no abona, según mi criterio, ya expuesto en otra ocasión (12), la interpretación restrictiva, pues el hecho de que se solicite a una mujer no implica forzosamente que el requerimiento sea precisamente yacer, es más, ello sería imposible cuando el funcionario solicitante no fuera varón. Pero es que, además, es éste un argumento que decae automáticamente en la redacción de los artículos 464 y 465 del Proyecto, pues en ella, como ya subrayamos, se alude como sujeto pasivo del delito a «una persona» en vez de «a una mujer».

Es grave esta restricción del contenido de la solicitud porque deja fuera del tipo básico, y por ello impunes, demandas sexuales tanto o más reprochables que la de yacer.

En el supuesto agravado, por exigencias del tipo, el sujeto pasivo ha de ser menor de dieciocho años. Se supone que el legislador ha considerado coherente el mismo tope de edad que el del estupro de prevalimiento a cuyas penas se remite. Sin embargo, no creo que esté justificada tal hilación. En estas figuras, la edad del sujeto pasivo debe ser irrelevante porque lo que coarta la libertad sexual no es la falta de madurez o inexperiencia debida a los pocos años del sujeto pasivo, como sucede en el estupro, sino que el requerimiento típico de los «abusos contra la honestidad» atenta contra dicha libertad por la presión intimidante que tal solicitud conlleva al provenir de un funcionario público que, por su cargo, detenta poderes decisorios que afectan al sujeto pasivo. Y precisamente porque la persona solicitada es perfectamente consciente del al-

(10) Como ya tuve ocasión de poner de relieve (*Los abusos contra la honestidad*, cit., pág. 57, nota 25), la tesis restringida mantenida por este autor se basa en un error del penalista acerca de la fórmula alternativa de nuestro primer Texto punitivo.

(11) Cfr. J. M.^a RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte especial, 8.^a edición, Madrid 1980, pág. 1116; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, Parte especial, 2.^a edición, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1976, pág. 678.

(12) Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los abusos contra la honestidad*, cit., pág. 58.

cance de su decisión se verá obligada, por lo menos, a plantearse la alternativa de ejercer o no su derecho a la libertad sexual y, por tanto, de rechazar o acceder a la solicitud. Derecho que no dudaría en ejercitar sin tales condicionamientos.

Se admita o no esta tesis otra cuestión sorprende aún más la atención y es que en el tipo básico no se hace referencia a edad alguna. ¿Cómo se puede justificar tan grave incongruencia? Por una parte se considera que la libertad sexual es un bien jurídico que, en las situaciones tipificadas, puede peligrar a cualquier edad y por otra se estima que la lesión del mismo bien sólo es posible mientras el sujeto pasivo no rebasa la edad de dieciocho años. Es decir, se admite la idoneidad de la acción para hacer peligrar un bien jurídico, con una presunción —además— *iuris et de iure*, y cuando este peligro se llega a plasmar en un efectivo perjuicio —que pone de manifiesto que la presunción de peligro estaba justificada— el legislador inexplicablemente expulsa del ámbito de protección a los titulares del mismo bien jurídico o que sobrepasen un tope de edad inexistente en el tipo básico. Y es incuestionable que si las personas solicitadas mayores de dieciocho años pueden sentirse atacadas por una conducta que arriesga un bien jurídico del que son titulares, son susceptibles también de llegar a ser verdaderamente lesionadas por ella.

¿Qué solución podría arbitrarse entonces para evitar la impunidad de estos supuestos en los que la persona solicitada que accede a la petición del funcionario —que, como ya he señalado, por la obligada remisión al artículo 205 ha de ser de yacimiento— es mayor de dieciocho años?

En otro lugar (13) he mantenido la tesis de que la redacción actual de los artículos 383 y 384 permite apreciar en algunos supuestos el delito de violación. Naturalmente el planteamiento no era si una solicitud, del tenor de las tipificadas en dichos preceptos, cuando es explícitamente amenazadora y causa del yacimiento constituye el delito de violación intimidante, lo cual es evidente siempre que el mal con que se amenace sea grave y eficaz. Lo que se cuestionaba era si es posible apreciar violación por considerar que el requerimiento, al efectuarse por un funcionario respecto del cual la persona solicitada depende directa o indirectamente, genera la intimidación propia de la violación del artículo 429-1.º. Subrayaba allí que, sin pensar en supuestos límite, como sería la hipótesis en la que el sujeto activo fuera el juez de cuya decisión dependiera la libertad o incluso la vida de la persona solicitada o de sus parientes, no había que olvidar que «es reiterada jurisprudencia que la intimidación propia del delito de violación no precisa ser de naturaleza invencible, sino simplemente eficaz en la ocasión concreta».

¿Se podría acudir a esta figura delictiva para corregir el impu-

(13) Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los abusos contra la honestidad*, cit., págs. 64 y s.

nismo determinado por la incorrecta configuración del tipo agravado del artículo 464?

Esta solución no es viable desde el momento en que el artículo 464-2.º es obligada la remisión a las penas del estupro de prevalimiento y con ella se veta la posibilidad de apreciar violación en los supuestos en que el sujeto pasivo es menor de dieciocho años. Y no pretendemos imitar la incongruencia legislativa que criticamos admitiendo la posibilidad de apreciar violación en los supuestos en los que el sujeto pasivo es mayor de dieciocho años, y rechazándola si no los ha cumplido.

El artículo 465 del Proyecto recoge supuestos cualificados en los que el sujeto activo es un funcionario penitenciario. Dispone este precepto: «El funcionario penitenciario que solicitare a una persona sujeta a su guarda será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial por tiempo de ocho a doce años. En las mismas penas incurrirá cuando la persona solicitada fuere cónyuge, ascendiente, descendiente, hermano o afín en los mismos grados de personas que tuviera bajo su guarda. Estas penas se impondrán en su mitad superior si aquélla fuere menor de dieciocho años y hubiere accedido a la solicitud».

Como en el artículo precedente se configura también un tipo básico, que corresponde al supuesto de consumación formal y que hoy se contempla en el artículo 384 del Código penal, y un tipo cualificado que implica el agotamiento del delito.

El tipo básico ha sufrido dos pequeñas modificaciones respecto al actual artículo 384: una que afecta a la pena que se agrava lentamente por el incremento de los límites mínimos de duración de las sanciones previstas y otra por la que se vuelve a incluir en la enumeración parental a los ascendientes de la persona solicitada (14).

El tipo agravado lo constituye, como sucede en el artículo 464, el supuesto de consumación material del delito. La agravación de las penas se lleva a cabo sobre las previstas en el tipo básico, estimulándose una elevación de las mismas en su mitad superior.

Son reproducibles con relación a este precepto las críticas dirigidas al artículo precedente, tanto las que se refieren a la reproducción del tipo básico en su inoperante configuración como las dirigidas al injustificable tope cronológico del tipo agravado.

¿A qué conclusión hemos de llegar después de este sucinto análisis de los tipos recogidos en los artículos 464 y 465 del Proyecto de Código penal de 1980? Lamentablemente hay que afirmar que el texto del Proyecto, haciendo excepción de la ampliación de los

(14) Ya GROIZARD y LANGLE habían denunciado la ausencia en el Código de 1870 de la referencia a la madre de la solicitada (Cfr. A. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código penal de 1870, concordado y comentado*. IV, Esteban Hermanos, Salamanca 1891, pág. 223; E. LANGLE RUBIO, *Código penal de 17 de junio de 1870*, Reus, Madrid 1915, página 445). El Código de 1928 corrigió tal omisión que volvió a patentizarse a partir del Código de 1932.

sujetos pasivos y del ámbito parental, es sensiblemente peor que el vigente, pues no sólo no consigue remediar la inoperatividad de los tipos actuales, sino que crea, además, como ya he subrayado, nuevas situaciones de injusticia material al incorporar los supuestos agravados. Nos encontramos, en mi opinión, ante otra de las previsibles torpezas legislativas deslizadas en el Derecho positivo español, en el supuesto de que ante nuestras Cámaras legislativas prospere, en la materia, la mediocre solución ofrecida por el Proyecto de Código penal de 1980.