



Los delitos de tráfico de influencias (Situación actual y propuestas de reforma en la lucha contra la corrupción)

José Muñoz Lorente
Universidad Carlos III de Madrid
jose.munoz@uc3m.es

Resumen

El autor realiza un estudio sistemático y en profundidad de los delitos de tráfico de influencias y venta de influencias en el Código Penal español, especialmente tras las reformas operadas en el año 2010, poniendo de relieve sus carencias en la lucha contra la corrupción y proponiendo diversas mejoras de cara a una futura –y previsible- reforma de los mismos.

Palabras clave

Tráfico de influencias, venta de influencias, corrupción, reforma penal, cohecho, prevaricación, impunidad, responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Crimes of traffic of influences -and of influence peddling- (Current situation and proposals for reform in the fight against corruption)

Abstract

The author provides a systematic and exhaustive study of the crimes of traffic of influences and influences peddling in the spanish Penal Code, especially after the reforms introduced in 2010, highlighting its shortcomings in the fight against corruption and suggesting various improvements for a future -and predictable- reform thereof.

Keywords

Traffic of influences, influences peddling, corruption, criminal reform, bribery, prevarication, impunity, criminal liability of legal persons.

1. Introducción, breve reseña histórica, última y próxima reforma

Los delitos de tráfico de influencias se encuentran contenidos en los arts. 428 a 430 del CP, incluidos entre los “Delitos contra la Administración Pública”, que es la rúbrica del Título XIX del Libro II del Código Penal (en adelante CP) en el que están ubicados.

Los referidos preceptos se vieron afectados por la promulgación de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de Reforma del Código Penal, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 23 de diciembre de 2010. No obstante, es necesario precisar cómo, tras esa reforma, la estructura típica de estos delitos se mantuvo inalterada; la reforma operada sólo se limitó a aumentar las penas de prisión –en consonancia con lo que se hizo en otros delitos relacionados también con la corrupción como, por ejemplo, el cohecho- y a introducir en el art. 430 la novedosa responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando el delito se lleve a cabo en nombre y en provecho de una persona jurídica. Sin embargo, llamó poderosamente la atención que la reforma no se ocupase de solventar o solucionar los problemas interpretativos que planteaban los tipos y que, por su poca claridad, siguen dejando fuera del ámbito típico determinadas conductas que, no obstante, a mi juicio, y al contrario de lo que opina la Doctrina y Jurisprudencia mayoritarias, deberían –y pueden- ser constitutivas de delito dándole a los tipos una mayor operatividad práctica; aspecto sobre el que se volverá después.

Estos delitos de “tráfico de influencias” no pertenecen al denominado “núcleo tradicional” del Derecho Penal; ni tampoco al que podríamos denominar como “núcleo histórico” de los delitos de corrupción¹ –constituido fundamentalmente por la prevaricación, el cohecho y la malversación de caudales públicos-, sino que son relativamente modernos². Su antecedente más inmediato se encuentra en la Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo, que los introdujo por primera vez en nuestro Ordenamiento penal para dar respuesta punitiva a determinados escándalos de corrupción política que, en la época inmediatamente anterior a su originaria introducción, habían salido a la luz en los medios de comunicación (concretamente me refiero al denominado *Caso Juan Guerra*, prototipo de conducta incardinable actualmente en los artículos 429 y 430 CP³). En definitiva, un ejemplo más lo que se

¹ Aunque respecto al concepto de ésta, y como señala De la Mata Barranco (2004: 3 ss.), no existe un concepto unívoco o unitario.

² Esencialmente porque, como señala Romero de Tejada (2010: 67), “hasta principios de los noventa se consideraba que estas conductas [tráfico de influencias] podían ser objeto de sanción en otras ramas del ordenamiento jurídico, respetando el principio de intervención mínima del Derecho Penal”; Aun respetando la opinión técnico-jurídica del citado autor, y dudando de la existencia –con anterioridad a los años 90- de otras vías jurídicas para hacer frente al fenómeno –sin necesidad de la intervención penal-, a mi parecer, el hecho de que esta clase de delitos no estuviese tipificada obedecía a dos factores fundamentales: el primero a que desde épocas inmemoriales, y especialmente durante el franquismo, las conductas de tráfico de influencias estaban totalmente aceptadas, e incluso institucionalizadas, en la actuación de las Administraciones Públicas –al respecto, en mayor extensión véase Fernández Roca (2012); y, en segundo lugar, a que tales hechos no eran conocidos ni asumidos por la generalidad de la ciudadanía hasta que no fueron objeto de tratamiento por los medios de comunicación a finales de los años 80 del siglo pasado, tal y como seguidamente se expondrá en el texto.

³ Dependiendo de la conducta realizada (“venta de influencias” y/o “tráfico de influencias en sentido estricto” cfr. *infra*) y del concurso de leyes o de delitos que se sostenga que existe entre la prevaricación y los distintos delitos de tráfico de influencias; algo que indudablemente deriva de la concepción que se tenga en relación al bien jurídico protegido por cada uno de los referidos tipos penales (sobre esta cuestión también cfr. *infra*). Respecto de este conocido caso, véase la STS de 24 de junio de 2004, conforme a la cual se acabó condenando como partícipe en un delito de prevaricación al inducir o influir en un Alcalde para lograr, y conseguir, la recalificación de unos terrenos. No fue condenado por tráfico de influencias porque en la época en que se llevaron a cabo los hechos, el tráfico de influencias no era todavía constitutivo de delito y, en virtud del principio de

ha venido en denominar como “legislación a golpe de titular periodístico”. Se trata pues, de delitos, cuya introducción estuvo claramente encaminada a calmar – aunque sólo fuese momentáneamente- los ánimos de la ciudadanía y, como no, la conciencia de los políticos siempre dispuestos, aunque sólo sea nominal y demagógicamente, a luchar contra la corrupción⁴; no en vano, su introducción en el CP se llevó a cabo con el acuerdo unánime de todos los grupos políticos⁵, intentando con ello restaurar una cierta estética o imagen de actuación común en contra de la corrupción que, es innegable, siempre ofrece unos buenos réditos políticos y electorales con independencia de su posterior efectividad que, por decirlo de forma llana, poco o nada importa; o, hasta incluso, en lo más íntimo de la mente de esos políticos quizás esté la esperanza de que las reformas no sean efectivas, si es que esperaron o pensaron algo al redactar los preceptos, lo que, como hace años e irónicamente dijese Engisch (1967: 118), “no siempre puede sostenerse [que los políticos piensan algo antes de redactar un precepto] cuando es un parlamentario quien aprueba una ley”.

No obstante, no son sólo los parlamentarios los causantes de esa situación – aunque no les falta culpa- sino, como señala Álvarez García (2011: 76), también el Ministerio de Justicia que “lleva muchos años demostrando, cada vez que se le presenta la ocasión, que no saben preparar textos legislativos y que desconocen los rudimentos mismos del oficio de Legislador; pero tampoco les importa mucho, pues de otra forma, se supone, habrían puesto remedio al hecho mil veces denunciado”; añadiendo en tono totalmente irónico cómo “Ciertamente el Gobierno no ha encontrado un gran colaborador en esa tarea en nuestras cámaras legislativas, véase en ese sentido el agotador trabajo normativo desplegado por nuestros senadores que no fueron capaces de introducir, a su paso por el Senado, ni una sola enmienda a uno de los textos penales más importantes de los últimos treinta años [reforma del CP de 2010]. Con este plantel de legisladores no es extraño –lo anormal sería lo contrario- que Las Cortes den a luz, paran, textos tan espantosos”.

Recientemente se ha anunciado –desde mi punto de vista de manera claramente populista- una nueva reforma de los delitos de corrupción que, de momento, no sabemos si afectará, y cómo lo hará, a los delitos de tráfico de influencias. Y no me estoy refiriendo a la macroreforma del CP que se pretende llevar a cabo a través del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2012 –que se ocupa mínimamente de los delitos de corrupción⁶, demostrando con ello la poca importancia que se les daba a tales delitos a finales de 2012-, sino a la reforma anunciada por el Presidente del Gobierno –D. Mariano Rajoy- en su discurso del pasado día 20 de febrero de 2013 durante el debate sobre el estado de la Nación.

Parece que en pocos días o pocos meses (esto es, desde finales de 2012, fecha del Anteproyecto de Reforma del Código Penal, hasta febrero de 2013) la

irretroactividad no favorable, no fue posible la aplicación de tales tipos aunque el Tribunal consideró que sí hubo tráfico de influencias.

⁴ En este mismo sentido poniendo de relieve cómo la “rentabilidad política en ocasiones alimentada por dosis de demagogia también se encuentra a menudo en la base de campañas anti-corrupción”, véase Asúa Batarrita (1997: 16).

⁵ Poniendo de relieve este hecho por lo extraño del mismo, véase Berdugo Gómez de la Torre (1994: 205).

⁶ Concretamente, sólo de la malversación y, además, cuando lo hace, y como ha señalado expresamente el Consejo General del Poder Judicial, “ha creado un galimatías en el que resulta imposible otorgar coherencia a la integración del Anteproyecto con las disposiciones vigentes que se mantienen inalteradas”. Véase Informe al Anteproyecto de la Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal (2013: 236). No obstante, en sentido contrario, y valorando positivamente tal reforma de la malversación, véase el Voto particular que formulan los vocales D. Antonio Dorado Picón y D^a Concepción Espejel Jorquera, y al que se adhieren los vocales D. Fernando de Rosa Torner y D. Claro José Fernández-Carnicero (2013: 19).

corrupción política ha pasado a ser “Un problema que alarma a los ciudadanos y afecta a la imagen de España... Toda corrupción es insoportable... Cualquier corrupción... Un país que se respete, debe perseguirla tan pronto como aparezca”⁷; dicho en otros términos, parece que a finales de 2012 la corrupción ni preocupaba, ni alarmaba a los españoles, ni tan siquiera había aparecido –o al menos así quedó reflejado en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal que, como se ha señalado se olvidó de los preceptos relativos a la corrupción y de su eventual reforma- y unos meses después sí: apareció esa corrupción como por arte de magia. Será que la gran mayoría de los casos de corrupción a los que estamos asistiendo en estos días por las informaciones de los medios de comunicación surgieron después de que se presentase el Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2012 y antes del debate del estado de la Nación; ante esto, tengo que decir, empleando una terminología muy de moda en esta época, que “no me consta” que eso sea así. Pero, con independencia del “populismo punitivo” que cabe deducir de las palabras transcritas –y que, para los penalistas no constituye ninguna novedad ya que este hecho viene siendo denunciado desde hace tiempo⁸- las reformas anunciadas por el Presidente del Gobierno –apelando a un amplio acuerdo con el resto de los grupos políticos- en el ámbito penal se concretarían –de forma muy genérica- en las siguientes: “Endurecimiento de las penas, agilización procesal de los casos de corrupción y aumento del plazo de prescripción de este tipo de delitos. Propongo una reforma del Código Penal para endurecer las penas previstas para estos delitos” (Discurso del Presidente del Gobierno, 2013: 32).

Ante estas palabras y/o propuestas, y aun a fuerza de ser reiterativo, no cabe sino recordar que meses antes, el propio Gobierno presentó un Anteproyecto de Reforma del Código Penal que no contemplaba ninguna de esas medidas⁹ y que, desde mi punto de vista –tanto el aumento del plazo de prescripción de los delitos de corrupción, como el aumento de las penas- deben ser recibidas de buen grado. Otra cosa es, claro está, como se concreten tales propuestas y, en este caso, permítaseme ser poco optimista, aun cuando la Vicepresidenta del Gobierno anunciase el pasado viernes 9 de marzo de 2013, tras el Consejo de Ministros, la creación de un grupo de trabajo –con representantes de los Ministerios de Hacienda y Justicia- para agilizar las reformas anticorrupción anunciadas por Rajoy en el debate del estado de la nación¹⁰.

En mi opinión, y respecto al ámbito penal, poco cabe esperar de ese grupo de trabajo porque, entre otras circunstancias, conviene recordar que todas las penas relativas a los delitos de corrupción ya fueron objeto de endurecimiento con la

⁷ Véase Discurso del Presidente del Gobierno (2013) –D. Mariano Rajoy- en el Debate sobre el estado de la Nación de 20 de febrero.

⁸ Desde hace ya tiempo, la doctrina penalista viene denunciando el recurso que hacen los políticos – sean del país que sean y tengan la ideología que tengan- al Derecho Penal para la solución de cualquier problema que preocupe a la ciudadanía por el rédito electoral que ello tiene, con independencia de la eficacia del recurso al Derecho Penal o de que éste sea o no eficaz. Respecto a esta cuestión, y sin ánimo exhaustivo, entre otros, véase Díez Ripollés (2008: 1 ss.), “La política legislativa penal iberoamericana a principios del siglo XXI”, Fernández Molina y Tarancón Gómez (2010: 1 ss.), Martínez Sánchez (2008: 183 ss.), Silva Sánchez (2009: 15) y Varona Gómez (2011: 1 ss.),

⁹ Ahora, unos pocos meses después, el propio Ministro de Justicia que presentó ese Anteproyecto en el que no se contemplaba un aumento de penas para los corruptos, ha realizado las siguientes declaraciones: ante “cualquiera que en cualquier momento se aproveche de la situación de poder que tiene un cargo público no para actuar en beneficio de los ciudadanos sino para beneficiarse él personalmente o beneficiar a terceros *el reproche va a ser severísimo... vamos a ser absolutamente intolerantes con la corrupción*” (el resaltado en cursivas es mío). Fuente: Diario *La Ley*, núm. 8039, Sección Hoy es Noticia, del 8 al 10 de marzo de 2013. Un viejo refrán castellano dice que “de sabios es rectificar”; pero otro también dice que “el movimiento se demuestra andando”.

¹⁰ El País (2013), 8 de marzo.

reforma de 2010¹¹. Quizás fuese mucho más conveniente que en el seno de los partidos políticos comenzase a existir una verdadera cultura de la legalidad¹²; su actual inexistencia ha dado como fruto la situación en la que nos encontramos, muy difícil de solventar o atajar si no se produce una limpieza interna de los mismos desde sus estructuras jerárquicas más altas¹³. Lo contrario, por muchas reformas penales que se hagan, y como señala Álvarez García (2011: 77), va a significar “continuar en el clima de absoluta impunidad en el que estamos inmersos; y esto lo saben, lo sabemos, todos los que de una forma u otra “tenemos palabra” en la materia penal. Pues bien, el Gobierno no ha hecho nada, absolutamente nada, por modificar el presente estado de cosas”, ni yo creo que con esas futuras, mínimas y populistas reformas propuestas por el nuevo Gobierno en el ámbito penal se logre atajar el clima de impunidad.

2. La relación de los delitos de tráfico de influencias con otros delitos relativos a la corrupción. Su consideración como delitos “refugio”

Las conductas tipificadas en los delitos de tráfico de influencias suelen ser, generalmente, el escalón previo para la comisión de otros delitos más tradicionales y relacionados igualmente con la corrupción política y administrativa: la prevaricación y el cohecho; y, si se me permite la expresión, también pueden ser “*un refugio*” al que acudir cuando no sea posible probar la concurrencia de todos los elementos típicos de esos otros delitos de corrupción con mayor arraigo histórico¹⁴. Así, cuando no es posible probar la concurrencia de la dádiva propia y esencial del delito de cohecho, resulta viable y aceptable recurrir a estos delitos de tráfico de influencias¹⁵, siempre y cuando sea posible probar la influencia si existe una relación personal con el funcionario sobre el que se influye –extremo éste, por otra parte, bastante común en las dinámicas delictivas de la corrupción, especialmente cuando se trata de actuaciones continuadas o de tramas organizadas de corrupción-. De la misma forma, pueden ser de aplicación estos delitos cuando en la prevaricación no sea posible probar la “arbitrariedad” de la resolución requerida por el tipo penal del art. 404 CP pero, sin embargo, sea posible probar la existencia de una desviación de la legalidad en la resolución tomada por el funcionario público¹⁶; reitero, siempre y cuando, además, sea posible probar la influencia si existe una relación personal con el funcionario sobre el que se influye.

No obstante, no se puede obviar que estos delitos de tráfico de influencias tienen también notables problemas de prueba; algo, sin duda común a todos los delitos relativos a la corrupción¹⁷. No conviene pasar por alto que en esta clase de

¹¹ Eso sí, y como ya indicara Álvarez García (2011: 82-83), ese “aumento se caracterizó por disponer penas «blandas» en algunos casos, precisamente en aquellos que afectan a los intereses de la clase dominante”.

¹² Para lo que resulta primordial, como señala Asúa Batarrita (1997: 16), “la valoración de tales prácticas como un mal”; valoración que, sin duda alguna, los actuales partidos políticos no hacen, aunque, de cara a la galería den la imagen de lucha contra la corrupción. Dicho de otra forma, estéticamente la valoran como un mal pero, en la realidad, no es así.

¹³ Pero, claro, a lo mejor, quiénes tienen que realizar esa limpieza son los que más implicados están en casos de corrupción porque, como afirma Asúa Batarrita (1997: 17), siguiendo a García de Enterría, “puede afirmarse que en los sistemas democráticos los casos más serios de corrupción se presentan en los niveles altos y medios de la clase política con más frecuencia que en los niveles estrictamente burocráticos del funcionariado”.

¹⁴ Así, por ejemplo, calificando al tráfico de influencias como un delito residual del cohecho, véase Morales Prats y Rodríguez Puerta (2011: 1255).

¹⁵ En el mismo sentido, véase Muñoz Conde (2009: 959) y Alonso Pérez (2000: 246).

¹⁶ En este mismo sentido, véase Cugat Mauri (1997: 205).

¹⁷ En este sentido, y como señala De la Cuesta Arzamendi (2003: 6), la corrupción “pertenece a ese género de modalidades delictivas que presentan una alta cifra oscura, derivada no sólo de la extendida actitud de ocultación general, la cual viene a sumarse al evidente interés de las partes –unidas por

dinámicas delictivas las influencias se realizan siempre en el ámbito privado en el que no cabe esperar denuncias de los implicados, sobre todo cuando el funcionario influido “acepta” la influencia¹⁸, colabora con el influyente y, además, se da lugar a una resolución ajustada a Derecho; fundamentalmente en este último caso – resolución ajustada a Derecho- el descubrimiento y la prueba de la existencia del delito devienen prácticamente imposibles. Tanto es así que, una inmensa mayoría de procedimientos iniciados por delito de tráfico de influencias, finalmente acaban en sobreseimiento por falta de pruebas¹⁹.

Con independencia del debate sobre si las conductas abarcadas por los delitos de tráfico de influencias deben ser o no punibles, dado que determinados sectores doctrinales criticaron –y siguen criticando- su introducción al considerar que se solapan con tradicionales delitos de corrupción como la prevaricación y el cohecho²⁰, lo cierto es que estos nuevos delitos de tráfico de influencias vinieron a colmar una laguna existente en nuestro Ordenamiento penal –aunque sea sólo como delitos “refugio”- y, en consecuencia, no cabe hablar de ningún tipo de solapamiento y, en todo caso, si éste existiera, el CP dispone de mecanismos para solucionarlo como es el concurso de leyes y/o delitos; salvo, claro está, que se quiera ser condescendiente con esta clase de corrupción. Por encima de los delitos de tráfico de influencias se encuentran otros más graves como el cohecho y la prevaricación –con los que algunos, de forma incorrecta, señalan que se solapan- y, por debajo, lo meramente inmoral que, aunque digno de reproche social, no ha de ser objeto de persecución penal.

3. Estructura de la tipificación: “tráfico de influencias en sentido estricto” y “venta de influencias”

En esencia, y aunque existan tres preceptos penales que tipifican las conductas de tráfico de influencias, éstas se pueden dividir en dos grupos: por un lado, el que podríamos denominar como “tráfico de influencias en sentido estricto” (arts. 428 y 429 CP), y por otro, el ofrecimiento o la aceptación para llevar a cabo un tráfico de influencias o “venta de influencias” (art. 430 CP). Adopto esa denominación porque, a mi entender, es la que mejor refleja las conductas delictivas previstas, aunque en el ámbito jurisprudencial y doctrinal se utilicen otras denominaciones²¹. Con independencia de cuál sea su denominación, lo cierto es que a la hora de analizar estos delitos, unánimemente se distingue entre, por un

cierta «relación de confianza o incluso de buena fe» en esos «negocios recíprocos»– de conservar el acuerdo de manera reservada, sino también de los múltiples obstáculos que se alzan contra su adecuada investigación y prueba”. En parecidos términos, refiriéndose directamente a “cifra negra” y estimándola en el cohecho cercana al 90%, véase, De la Mata Barranco (2009: 225); también, véase al mismo autor (2004: 7), refiriéndose a la corrupción como “práctica extendida –no se sabe en qué medida”.

¹⁸ En igual sentido Cugat (1997: 196).

¹⁹ De forma idéntica refiriéndose a los “importantes inconvenientes probatorios y también serias dificultades de llegar a una efectiva sentencia de condena; lo que viene demostrado, por ejemplo, por la propia experiencia española, en donde se contienen poquísimas decisiones jurisprudenciales para tales delitos”, véase Mannes (2000).

²⁰ En mayor extensión, con importante bibliografía, sobre dichos sectores doctrinales críticos con la introducción de estos delitos, y a la vez, tremendamente tolerantes con la corrupción, véase Martínez Galindo (2005: 37).

²¹ Así, por ejemplo, la SAP de Palencia 2/2003, Sección 1ª, de 16 de junio, distingue entre tráfico de influencias “propio”, para referirse a los arts. 428 y 429, e “impropio” para referirse a la venta de influencias del art. 430; en la doctrina utilizando una denominación distinta, véase Cugat (1997: 169 y 237 ss.), quien califica la conducta del art. 430 CP como tráfico de influencias en sentido estricto, por responder más fielmente a la literalidad del *nomen iuris*, mientras que califica las conductas de los arts. 428 y 429 como “ejercicio de influencias”.

lado, las conductas descritas en los arts. 428 y 429, y, por el otro, las contenidas en el art. 430 por ser sustancialmente diversas.

La conducta de tráfico de influencias en sentido estricto, tal y como la hemos denominado aquí, consiste en, aprovechándose de determinadas relaciones con un funcionario o autoridad, influir o intentar influir en él a fin de obtener una resolución que reporte un beneficio económico directo o indirecto a quien influye o a un tercero. Cuando la conducta se lleva a cabo por un funcionario público (art. 428 CP²²), esto es, cuando el influyente es un funcionario público, la pena es sensiblemente superior que cuando el influyente es un particular (art. 429 CP²³).

Por su parte, la otra conducta conminada con pena, esta vez en el art. 430 CP, que se podría denominar como “venta de influencias”, consiste en ofrecerse para influir sobre un funcionario, previa solicitud de dádivas o promesas o cualquier otra remuneración, o bien, aceptar el ofrecimiento o promesa para llevar a cabo las influencias sobre un funcionario²⁴.

4. Bienes jurídicos protegidos

Es necesario precisar que me refiero a “bienes jurídicos” protegidos –y no a bien jurídico protegido– porque, en consonancia con la división que se ha hecho en el epígrafe anterior entre delitos de tráfico de influencias en sentido estricto y “venta de influencias”, los bienes jurídicos protegidos son diversos aunque todos los preceptos se encuentren recogidos en un mismo capítulo del Código.

Respecto a los arts. 428 y 429 CP (tráfico de influencias en sentido estricto) se sostiene unánimemente que el bien jurídico protegido coincide o, cuando menos, resulta muy similar al protegido en el delito de cohecho: el correcto funcionamiento de la Administración Pública en su faceta de imparcialidad, objetividad y transparencia en el ejercicio de la función pública²⁵. Sin embargo, no conviene olvidar, como ya en su día apuntara Cugat Mauri (1997: 106 ss.), que en la raíz de todos esos principios está también *el de igualdad*²⁶, algo que resultará muy

²² El tenor literal del art. 428 CP es el siguiente: “El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a dos años, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. Si obtuviere el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior”.

²³ El tenor literal del art. 429 CP es el siguiente: “El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido. Si obtuviere el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior”.

²⁴ El tenor literal del primer párrafo del art. 430 CP es el siguiente: “Los que ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con pena de prisión de seis meses a un año”. En el segundo y tercer párrafo se recoge la responsabilidad penal de las personas jurídicas que lleven a cabo cualquiera de las conductas descritas en los tres preceptos anteriores.

²⁵ Así, entre otros, Arroyo Zapatero *et al.* (2007: 903), Cugat Mauri (1997: 104 ss.), Díaz-Maroto y Villarejo (2009: 3), Martínez Arrieta (2007: 3132 y ss.), Martínez Galindo (2005: 46), Morales Prats y Rodríguez Puerta (2011: 1253); Muñoz Conde (2009: 957); Romero de Tejada (2010: 67-68). Queda, por tanto desechado el usual bien jurídico al que solía referirse la doctrina española e italiana para esta clase de delitos: la tutela de la buena imagen de la Administraciones Públicas o de su dignidad y prestigio; al respecto, véase De la Mata Barranco (2009: 248).

²⁶ También, conectando la corrupción con el principio de igualdad, véase Asúa Batarrita (1997: 19) quien señala expresamente cómo “la corrupción modifica sobre todo las reglas del juego, *la «igualdad*

importante, como veremos, a la hora de interpretar si determinadas conductas están o no incardinadas en los tipos penales; esto es, en definitiva, la protección de la libre formación de la voluntad del funcionario evitando la interferencia de intereses particulares –tratando a todos los ciudadanos por igual²⁷- y la desviación del mismo de los intereses generales como consecuencia de las influencias de individuos o grupos de presión²⁸. La diferencia con el cohecho estriba en que, en el tráfico de influencias la imparcialidad se ve lesionada a través de mecanismos o elementos distintos a las dádivas o promesas (más concretamente, a través de las relaciones personales con un funcionario) y, en consecuencia, los tipos de tráfico de influencias, como ya se señaló, no se superponen –ni son innecesarios- sino que se complementan porque en la dinámica delictiva de la corrupción uno abarca lo que el otro no abarca. Más concretamente, en el tráfico de influencias en sentido estricto lo que se intenta tutelar es el cumplimiento de la *obligación de dirigirse a la Administración para formular las peticiones a través de los cauces adecuados y lícitos sin interferir ilícitamente –y sin la presencia de dádivas o promesas propias del cohecho- en la toma de decisiones*²⁹.

En cuanto al bien jurídico protegido por el art. 430 (“venta de influencias”), y al contrario de lo que ocurre con los otros dos preceptos, lo cierto es que no existe esa clara unanimidad al considerar que propiamente no nos encontramos ante un delito de tráfico de influencias o ante un verdadero delito de corrupción puesto que no es necesaria la presencia de ningún servidor público para su comisión; es más, debido a la configuración de este delito hay quienes consideran que es muy difícil, por no decir imposible, determinar el interés tutelado³⁰; e incluso, expresamente, por parte de Díaz-Maroto y Villarejo (2009: 5), se propugna su derogación al considerar que el interés que subyace al mismo no resulta merecedor de tutela penal.

En efecto, en el delito en cuestión no se pone en evidencia, no se lesiona o no se intenta lesionar el correcto funcionamiento de la Administración Pública porque lo que se incrimina no es el ejercicio de la influencia sobre un funcionario público, sino alardear de poseer el poder de influenciar³¹ o, sin alardear de él –es decir, sin iniciar el sujeto el *iter criminis*- asumir que se tiene ese poder (así, concretamente, en el caso de que alguien se dirija al particular ofreciéndole la dádiva o regalo porque es conocedor de que tiene unas especiales relaciones con un funcionario, por ejemplo, familiares). Parece, por tanto, que la incriminación de esta serie de conductas no responde a otra cosa que a *la tutela del prestigio y buen nombre de la Administración*³² o, si se quiere, *el bien jurídico protegido no es más*

de oportunidades», al generar una desigualdad oculta y los mecanismos perversos para su desarrollo” (el resaltado en cursivas es mío).

²⁷ También, aunque en referencia al cohecho, vinculando la idea de imparcialidad –entendida como ausencia de interferencia en la toma de decisiones públicas- y su vinculación con el principio de igualdad al, en sus palabras, “*garantizar la ausencia de arbitrariedad y la desigualdad de tratamiento entre los sujetos destinatarios de los servicios*” públicos, véase De la Mata Barranco (2009: 251) (el restado en cursivas es mío). De la misma manera, refiriéndose genéricamente a la corrupción e indicando cómo, en general, la misma supone “una lesión sistemática de las expectativas de tratamiento igual”, véase Asúa Batarrita (1997: 16).

²⁸ A este respecto, y sobre las estrechas relaciones existentes entre la práctica del denominado *lobby* o grupo de presión y los delitos de tráfico de influencias, véase Díaz-Maroto y Villarejo (2009).

²⁹ En estos mismos términos, véase Cugat Mauri (1997: 190), Díaz-Maroto y Villarejo (2009: 3), Morales Prats y Rodríguez Puerta (2011: 1253-1254). En la jurisprudencia, entre otras, véanse SSTs 1534/1997, de 10 de marzo, 1335/2001, de 19 de julio, 335/2006, de 24 de marzo; también, SAP a Coruña, 50/2002, Sección 6ª, de 26 de diciembre; Auto AP Girona, 216/2005, de 19 de abril.

³⁰ Así, Díaz-Maroto y Villarejo (2009: 4); Morales Prats y Rodríguez Puerta (2011: 1263).

³¹ Así Martínez Arrieta (2007: 3142).

³² Así Arroyo Zapatero (2007: 906), Berdugo (1994: 209), Morales Prats y Rodríguez Puerta (2011: 1268), Muñoz Conde (2009: 960-961), Romero de Tejada (2010: 70). También Díaz-Maroto y Villarejo (2010: 4), quien, no obstante, por entenderlo etéreo y difícilmente aprehensible, lo considera

que la imagen o buen nombre de la Administración³³; imagen o buen nombre que pueden verse lesionados cuando alguien manifiesta que tiene poder de influencia sobre algún funcionario de aquélla y realiza una oferta para la “venta” de tal influencia –o, sin realizar esa oferta acepta dádiva- mostrando cómo la Administración tiene en su seno funcionarios influenciables y que, en consecuencia, no actúan de forma acorde con los principios de objetividad, imparcialidad e igualdad. No obstante, para la Jurisprudencia, el bien jurídico protegido en el art. 430 es el mismo que en los delitos de tráfico de influencias en sentido estricto (imparcialidad y objetividad en el ejercicio de la Administración pública), si bien se hace notar el alejamiento de la lesión de ese bien jurídico al especificar que no se trata nada más que de *actos preparatorios, elevados a la categoría de delito, de los tipos de tráfico de influencias en sentido estricto*³⁴. Esta consideración como actos preparatorios elevados a la categoría de delito, y por consiguiente, la asunción de idéntico bien jurídico protegido en todos los tipos, no resulta en absoluto de recibo.

Tal consideración, por un lado, resta operatividad al art. 430 CP al no poder ser aplicado en el caso de que, tras la dádiva, efectivamente se lleven a cabo o ejerzan las influencias sobre un funcionario; en este caso habría un concurso de leyes entre el art. 429 y 430 que, en esencia, se resolvería a través del principio de consunción contenido en el art. 8 CP, a favor de la aplicación única del art. 429. Pero, por otro lado, el mantenimiento de que el bien jurídico es idéntico en los tres tipos –y que el art. 430 son sólo actos preparatorios elevados a la categoría de delito- conduciría a tratar de manera igualitaria casos que en absoluto lo son y, en definitiva, no se abarcaría el total desvalor de la conducta. Dicho en otros términos, no se puede tratar de la misma forma a quien –al ejercer las influencias a favor de un tercero- se lucra, que a aquel otro que no lo hace, esto es, ejerce las influencias de manera “altruista” porque, por ejemplo, las ejerce a favor de un amigo. El hecho de considerar que el art. 430 protege un bien jurídico distinto al que protegen los arts. 428 y 429 ofrece la posibilidad de que, en los casos en que “se venda” la influencia, se pueda realizar un concurso ideal-medial –para abarcar el total desvalor de la conducta- dado que los bienes jurídicos serían distintos y con ello no se vulneraría el principio *non bis in idem* que, en definitiva, es el que preside el art. 8 CP. En otros términos, no se trataría de forma igualitaria a aquello que es desigual porque, como se ha señalado, no es lo mismo ejercer unas influencias de forma “altruista” que ejercerlas de manera lucrativa. El hecho de que se cobre por ejercer las influencias, sin duda alguna, tiene que tener algún tipo de relevancia penal. Y esta sólo se puede conseguir a través del concurso ideal-medial para lo cual es necesario mantener que el art. 430 protege un bien jurídico distinto a los otros dos preceptos.

absolutamente rechazable y de ahí que, como se haya visto con anterioridad, este autor propugne la derogación del art. 430.

³³ Críticamente sobre esta concepción del bien jurídico cuando un funcionario está inmerso en un caso de corrupción porque es un bien jurídico de “dudosa legitimación desde las concepciones actuales del Derecho Penal, al ofrecer una visión autoritaria de la Administración”, véase De la Mata Barranco (2009: 248); no obstante, conviene recordar que en el caso del art. 430 CP el sujeto activo del mismo no es un funcionario, sino un particular por lo que, en mi opinión, podríamos desechar esa visión autoritaria de la Administración que se denuncia.

³⁴ Así, entre otras, véase SSTS 1335/2001, de 19 de junio y 335/2006, de 24 de marzo. En la doctrina, sosteniendo esta misma idea, López Barja de Quiroga (1997: 4049).

5. Los tipos delictivos.

Influir sobre funcionario o autoridad. Tráfico de influencias en sentido estricto (arts. 428 y 429 CP)

Los arts. 428 y 429 recogen una estructura idéntica. Sólo se diferencian en cuanto al sujeto activo y la pena a imponer. Por tanto, se analizarán conjuntamente. Los dos preceptos responden a la clásica combinación de un tipo especial impropio llevado a cabo por un funcionario o autoridad (art. 428) y su correlativo tipo común que puede ser llevado a cabo por cualquier ciudadano (art. 429).

Sujeto activo y sujeto objeto de la influencia. La criticable impunidad del funcionario que se deja influir o “acepta” la influencia

Sujeto activo del delito –esto es, el que ejerce influencia- puede serlo cualquier persona: autoridad, funcionario público o particular. Si bien, la pena varía dependiendo de si el autor es un funcionario o autoridad o, por el contrario, es un particular.

En el primer caso –sujeto activo funcionario o autoridad-, la pena se encuentra prevista en el art. 428 y, en el segundo caso –sujeto activo particular-, en el art. 429. En ambos supuestos la pena de prisión y multa es idéntica: prisión de 6 meses a 2 años y multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido; la única variación estriba en que al funcionario o autoridad, además, se le impondrá la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de 3 a 6 años; y, de la misma manera, en ambos preceptos se prevé que si se obtuviere el beneficio económico perseguido –agotamiento del delito-, las penas se impondrán en su mitad superior.

Es preciso hacer notar cómo la pena privativa de libertad ha sido objeto de una reciente modificación operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de Reforma del Código Penal, que, en ambos preceptos –y no así en el art. 430-, ha elevado el límite superior de dicha pena privativa de libertad de 1 a 2 años; hecho este que, al contrario de lo que pudiera pensarse, no garantiza en ningún caso el ingreso en prisión del “influyente” condenado si es la primera vez que delinque debido a la aplicación de la *cuasi* automática suspensión condicional de las penas de prisión inferiores a 2 años conforme a lo establecido en el art. 80 del CP. Pero, aún en el caso de no ser condenado por primera vez, y no siendo reo habitual, puede que el condenado no ingrese tampoco en prisión debido a que el art. 88 CP permite la sustitución de las penas de prisión inferiores a 2 años por multa o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad. En definitiva, el aumento de la pena privativa de libertad muestra que nuestros legisladores se han guiado más por una finalidad simbólica –o si se quiere estética o hasta incluso electoralista y/o populista en el sentido de mostrar a la ciudadanía que están a favor de la lucha contra la corrupción, aunque en realidad no sea así- que por una auténtica voluntad de que en estos supuestos haya una efectiva ejecución de la pena privativa de libertad – esto es, que el “influyente” ingrese en prisión- y exista un verdadero efecto preventivo general en este ámbito de la corrupción.

El sujeto objeto de la influencia –que no sujeto pasivo del delito- siempre ha de ser un funcionario o autoridad en sentido amplio³⁵; esto es, no se contempla, al

³⁵ El concepto de autoridad o funcionario público aparece expresamente definido en el art. 24 CP que extiende el concepto de tales a todas aquellas personas –tengan la vinculación que tengan con las Administraciones Públicas- que participen “en el ejercicio de funciones públicas”. Esto es, el concepto

menos de momento, el tráfico de influencias en el ámbito privado dado que la reciente introducción -por la Ley Orgánica 5/2010, de Reforma del Código Penal- del denominado delito de “corrupción entre particulares”, en el art. 286 bis CP, sólo contempla el que podríamos denominar como “cohecho entre privados” ya que exige la presencia de dádiva o favor para que la conducta se considere ilícita.

Es importante resaltar que *la conducta del funcionario sobre el que se influye y que, además, se deja influir (esto es, accede a lo que se le pide), resulta totalmente impune porque no aparece contemplada en la tipicidad de los preceptos de referencia* que sólo consideran punible la figura del que influye o intenta influir. La conducta del funcionario que se deja influir sólo será punible si es constitutiva de cualquier otro delito -prevaricación, nombramientos ilegales, fraudes, etc.- y conforme a este otro delito -no en virtud de haber “aceptado” la influencia-; pero si la conducta del funcionario que se deja influir es totalmente ajustada a Derecho o constitutiva de una simple desviación administrativa, esto es, no calificable como prevaricación, entonces dicha conducta será penalmente impune -por ejemplo, agilizar un expediente para la concesión de una licencia legal vulnerando con ello el principio de igualdad entre los administrados del que también ha de hacerse gala dentro de la Administración y que forma parte del bien jurídico protegido en el delito; sobre ello se volverá al analizar cómo ha de entenderse el concepto de “resolución” al que se refieren los arts. 428 y 429 y si dentro de los mismos entran las resoluciones ajustadas a Derecho-; de la misma forma la conducta del funcionario que se deja influir será impune si no ha adoptado resolución alguna porque, por ejemplo, ha sido descubierto antes de dictar la resolución; no obstante, eso no significa que al funcionario que se deja influir no se le pueda imponer una sanción disciplinaria en el ámbito administrativo (críticamente sobre lo que se denomina “falta de simetría entre la sanción que corresponde al que influye y la falta de sanción al que se deja influir [que] «enturbia» considerablemente la interpretación lógica que ha de darse a estos delitos”, véase AAP Girona, Sección 3ª, núm. 442/2005, de 28 de julio y AAP Madrid, Sección 7ª, núm. 939/2007, de 29 de octubre³⁶).

83

En este orden de cosas, no se entiende muy bien por qué el denominado cohecho pasivo resulta punible y, sin embargo, el que podríamos denominar como “tráfico de influencias pasivo” no lo es, cuando ambos delitos poseen la misma estructura y la única diferencia estriba en que en uno la voluntad del funcionario se “doblega” a través de dádivas y, en el otro, a través de una serie de relaciones personales con el funcionario; en cualquier caso, en ambos el funcionario accede a ese “doblegamiento” -vulnerando el principio de imparcialidad y objetividad- y, no obstante, en uno la conducta es punible y en el otro no.

La ausencia de pena para el funcionario que se deja influir o accede a la influencia ha sido duramente criticada -así véase Morales Prats y Rodríguez Puerta (2011: 1254-1255), para quienes las “dos partes” del acuerdo deben ser merecedoras de pena al igual que en el cohecho- e, incluso, se ha intentado ofrecer una solución dogmática para evitar la impunidad -así, a través de la figura de la cooperación necesaria del influido (el funcionario) en el tráfico de influencias del art. 429 CP: si el funcionario no se deja influir no hay tráfico de influencias- al no contemplarse un tipo similar al cohecho pasivo -aceptación de la dádiva por el funcionario- que aquí se concretaría en la aceptación de la influencia; en definitiva, se trataría de los casos más frecuentes de tráfico de influencias -“acuerdo de

de funcionario público a efectos penales es mucho más amplio que el concepto administrativo. En mayor extensión sobre esta cuestión, por todos, véase Olaizola Fuentes (1997: 77 ss.).

³⁶ Con idénticas palabras respecto de la “falta de simetría” y en tono ciertamente crítico, véase Morales Prats y Rodríguez Puerta (2011: 1254).



voluntades”- en los que influyente e influido están de acuerdo o en los que el influido accede a lo requerido por el influyente de acuerdo con el ascendente que éste tiene sobre aquél. Carencia de pena para el funcionario que se deja influir que –a pesar de haber sido objeto de denuncia por la doctrina-, como se puede observar, no ha querido solventar la reciente reforma penal efectuada por la Ley Orgánica 5/2010 que, en el ámbito del tráfico de influencias, sólo ha pretendido llevar a cabo una reforma puramente estética; reforma estética que, frente a la ciudadanía, da la imagen de lucha contra la corrupción al aumentar las penas privativas de libertad (que, como se ha señalado con anterioridad, no garantizan el ingreso en prisión o cumplimiento de la pena privativa de libertad); ciudadanía que, por cierto, no sabe que la conducta del funcionario que se deja influir es impune y, si lo sabe, no entiende por qué ha de ser así si, por la especial peligrosidad que presenta el abuso y prevalimiento de las relaciones especificadas en el tipo, el legislador ha optado por criminalizar al máximo el recurso a las mismas –así, también Cugat Mauri (1997: 271)-. En consecuencia, resulta necesario establecer expresamente en la tipicidad de los arts. 428 y 429 la responsabilidad penal del funcionario que se deja influir, con independencia de la posibilidad de responder por la comisión de cualquier otro delito posterior –por ejemplo, por prevaricación-³⁷.

No es necesario que la influencia se dirija directamente al funcionario que ha de dictar la resolución, sino que el tipo admite el denominado tráfico de influencias “en cadena”, esto es, influir sobre un funcionario o particular para que éste a su vez influya en el funcionario que finalmente ha de dictar la resolución. Como señala Díaz-Maroto y Villarejo (2009: 3), esta es una de las manifestaciones más frecuentes de la corrupción política y administrativa. Todos los miembros de “la cadena” pueden ser considerados autores del delito³⁸. En este sentido, es necesario de nuevo hacer notar cómo resulta ciertamente curioso que todos los funcionarios intervinientes en la cadena respondan penalmente como autores por el delito de tráfico de influencias y, sin embargo, no lo haga el funcionario que finalmente ha de dictar la resolución y que se deja influir por los demás; esto es, el último eslabón de la cadena.

Obviamente, nunca puede ser condenado el funcionario que no se deja influir y denuncia el hecho –como tampoco lo es en el cohecho pasivo-, caso, por lo demás, extraño en la práctica de estas dinámicas delictivas del tráfico de influencias por las especiales relaciones personales entre influyente e influido que se encuentran en la base de estos delitos y que hacen que el funcionario no sea propenso a denunciar las influencias a las que se está viendo sometido.

En este sentido conviene cuestionarse si el funcionario que no se deja influir –esto es, no acepta la influencia- y no denuncia, tendría algún tipo de responsabilidad penal por no denunciar; cuestión que, por ejemplo, también podría extenderse al caso de otros tipos penales con los que el tráfico de influencias guarda estrecha relación; en ese caso me estoy refiriendo al cohecho activo que no es aceptado por el funcionario pero tampoco denunciado por éste: particular que ofrece dádiva a un funcionario y éste no la acepta ni denuncia. Serían supuestos prácticamente idénticos y a los que habría de aplicarse la misma solución.

No obstante, en el caso del tráfico de influencias, y antes de contestar a la cuestión planteada, me gustaría llamar la atención sobre un hecho que resulta altamente significativo: nótese que si el funcionario acepta la influencia no se le

³⁷ En el mismo sentido, Morales Prats y Rodríguez Puerta (2011: 1256).

³⁸ En este mismo sentido, por todos, Cugat Mauri (1997: 271 ss.), especificando que todos son considerados autores y no cooperadores necesarios puesto que todos ellos realizan actos ejecutivos consistentes en influir.

impondría pena conforme a los arts. 428 o 429, y si no la acepta y no denuncia ¿sería posible imponerle alguna pena? La respuesta, indiciariamente, habría de ser negativa con el fin de evitar la incongruencia de no imponerle pena cuando acepta la influencia, e imponerle pena cuando no la acepta y no denuncia. No obstante, y antes de llegar a esa conclusión que, reitero, es meramente indiciaria, resulta posible plantear algunas hipótesis antes de responder de forma totalmente contundente a la cuestión planteada.

La primera hipótesis a manejar sería si esa omisión de denuncia podría ser constitutiva de otro delito contra la Administración Pública. Más concretamente el contenido en el art. 408 CP: omisión por funcionario del deber de perseguir delitos. En este sentido, la respuesta ha de ser negativa. Desde hace ya tiempo la Jurisprudencia mantiene que sujeto activo de este delito sólo puede serlo el funcionario público o autoridad que tenga entre sus atribuciones legales el promover la persecución de los delitos y de sus responsables, encuadrándose en esta categoría los funcionarios integrados en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad con competencias en esta materia, el Ministerio Fiscal y los órganos jurisdiccionales³⁹. Sería pues, lo que se denomina como omisión pura de garante, esto es, que no puede ser cometida, ni por todos los ciudadanos, ni por todos los funcionarios, sino sólo por algunos de estos últimos: aquellos que tengan atribuida expresamente dicha obligación por norma legal. Si bien, la propia Jurisprudencia amplía ese círculo de potenciales sujetos activos a otra clase de funcionarios que tienen el deber específico de denunciar determinados delitos, como sucede, por ejemplo, con los Inspectores de Hacienda respecto de los delitos fiscales⁴⁰, y aunque no lo diga expresamente la Jurisprudencia, en mi opinión, a otros casos similares⁴¹. Pero, lo cierto, es que no es un deber propio de todos los funcionarios promover la persecución de delitos de los que tengan conocimiento por razón de su cargo. Es más, el Estatuto Básico del Empleado Público⁴², ni siquiera de forma genérica⁴³, obliga a los empleados públicos a denunciar cualquier delito del que tengan conocimiento por razón de su cargo. En consecuencia, no es posible aplicar el art. 408 al funcionario que no acepta la influencia y, no obstante, no procede a su denuncia, salvo claro está en aquéllos casos en que el funcionario sobre el que se ejerce la influencia –por pertenecer a la Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, a la Fiscalía, etc.– tenga por su cargo obligación de perseguir los delitos de los que tenga noticia. A igual conclusión habría que llegar en el caso del cohecho en el que el funcionario no acepta la dádiva ni denuncia, salvo que, como se ha dicho, sea de los

³⁹ Así, por todos, véase ATS, de 10 de octubre de 2006, en donde los querellados eran dos Ministros que, como consecuencia de tal interpretación, no fueron condenados por no denunciar los hechos porque mediante este Auto la querrela quedó sobreesida.

⁴⁰ *Ibid.*, ATS de 10 de octubre de 2006.

⁴¹ Así, de forma general, al caso de cualquier funcionario encargado de tramitar cualquier expediente sancionador administrativo que estima que existen indicios de delito (entre los que se incluyen, por ejemplo, los Inspectores de Hacienda a los que como hemos visto se refiere expresamente la Jurisprudencia). En este supuesto, el principio de prejudicialidad penal o preferencia penal en el enjuiciamiento y sanción de los hechos –derivado a su vez del principio constitucional *non bis in idem*– le obliga de forma general a paralizar el procedimiento administrativo y pasar el tanto de culpa a la jurisdicción penal. Este principio, de forma rudimentaria y genérica, se encuentra plasmado en el art. 133 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y más desarrollado en los arts. 5 y 7 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora de la Administración. Estas normas, en defecto de otras más específicas por razón de la materia, resultan ser de aplicación general a todas las actuaciones sancionadoras llevadas a cabo por las Administraciones Públicas. En mayor extensión sobre esta cuestión, véase Muñoz Lorente (2001: 17 ss.).

⁴² Ley 7/2007, de 12 de abril.

⁴³ Véanse los arts. 52 ss. del mismo.

obligados a su persecución (por ejemplo, un miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que intenta ser sobornado y no acepta el soborno).

La segunda hipótesis pasaría por plantear si nos encontraríamos ante un delito de encubrimiento del art. 451.3º.b) CP. No es baladí recurrir a esta hipótesis porque, como veremos en el epígrafe siguiente, el mero ejercicio de la influencia – aunque el funcionario “no la acepte”- ya constituye un delito consumado porque el legislador ha elevado la tentativa a la categoría de delito. Hay que desechar también este tipo de responsabilidad porque el referido precepto parte de la base de que el procedimiento contra el culpable ya está iniciado y, además, exige que el funcionario obre “con abuso de funciones públicas”; abuso de funciones públicas que, en mi opinión, implica la realización de una conducta activa y, en consecuencia, no puede ser equiparado –en el sentido del art. 11 CP- al hecho de omitir una denuncia⁴⁴.

La tercera hipótesis, rechazable desde el principio, pasaría por plantear la aplicación del art. 450 CP, esto es, la omisión general de promover la persecución de “determinados delitos”; la razón fundamental estribaría en que el tráfico de influencias no está entre los delitos a que se refiere expresamente el precepto.

En mi opinión, sólo quedaría una última hipótesis, irrisoria, por lo demás: la de acudir a la multa –entre 25 y 250 pesetas- establecida en los arts. 259 y 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por omitir la denuncia de delitos públicos de los que se haya tenido conocimiento por razón del cargo, expresamente aplicable a los funcionarios públicos⁴⁵. Salvo dicha sanción –que además, como dice expresamente el art. 262, es una sanción disciplinaria- el funcionario no denunciante de la influencia no aceptada, no tendría ningún otro tipo de responsabilidad.

Conducta delictiva

La acción delictiva consiste en influir sobre un funcionario o autoridad pública con la finalidad de conseguir una resolución que reporte algún beneficio económico –directo o indirecto- a alguien, bien al que influye, bien a un tercero. No es necesario para la consumación del delito que dicha influencia tenga sus frutos, es decir, no es necesario que el funcionario se vea afectado en el proceso motivador, ni que emita una resolución en el sentido pretendido por el influyente, ni, por supuesto, que haya un beneficio económico real y efectivo (si este último existe, se considera como *agotamiento del delito* y da lugar a la imposición de las penas en su mitad superior, tal y como se establece expresamente en los tipos); *para que el delito se consuma basta con que la influencia sea idónea para conseguir la resolución y el beneficio económico*.

En otros términos, nos encontramos ante un delito de mera actividad en el que existe un adelantamiento de las barreras punitivas a momentos previos a la lesión del bien jurídico, elevando la mera tentativa a la categoría de delito consumado. En este sentido, el delito se encuentra consumado aunque el funcionario rechace la influencia y denuncie los hechos o, aun no denunciándolos,

⁴⁴ Curiosamente, el art. 93.3 del Estatuto Básico del Empleado Público establece que “incurrirán en responsabilidad [disciplinaria] los funcionarios públicos o personal laboral que encubrieren las faltas consumadas muy graves o graves, cuando de dichos actos se derive daño grave para la Administración o los ciudadanos”; no dice nada del encubrimiento de delitos.

⁴⁵ El precepto señala expresamente: “Los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio fiscal, al Tribunal competente, al Juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio, si se tratare de un delito flagrante... Si el que hubiese incurrido en la omisión fuere empleado público, se pondrá además, en conocimiento de su superior inmediato para los efectos a que hubiere lugar en el orden administrativo”.

no proceda a llevar a cabo la resolución que se le pide; esto es, algo similar a lo que ocurre en el cohecho activo: el mero ofrecimiento de la dádiva hace que el delito se consume.

La influencia no consiste en otra cosa que en “la sugestión, inclinación, invitación o instigación que una persona lleva a cabo sobre otra para alterar el proceso motivador de ésta” (así, expresamente, SSTS 1312/1994, de 24 de junio; 1493/1999, de 21 de diciembre; 480/2004, de 7 de abril). En definitiva, la influencia no es otra cosa que una especie de inducción para hacer nacer en el funcionario la voluntad de llevar a cabo –o incluso de omitir– una determinada conducta (respecto a las denominadas “resoluciones omisivas”, y su inclusión en el tipo de tráfico de influencias, véase *infra*).

No obstante, para que esa “instigación”, “invitación” o “sugestión”, esto es, para que la influencia revista la idoneidad necesaria para ser típica, se requiere que el sujeto activo, además, se prevalega o aproveche de unas determinadas circunstancias. Así, en el caso de que el sujeto activo sea funcionario o autoridad pública se requiere que se prevalega del ejercicio de las facultades de su cargo o de su relación personal o jerárquica con el funcionario objeto de la influencia o con otro; y, en el caso de que sea un particular el sujeto activo o influyente, que se prevalega de una relación personal con ese funcionario o con otro (por ejemplo, ser familiar de otro funcionario); entre las relaciones personales, como señala la Jurisprudencia, se incluyen las de parentesco, afectividad, amistad o, *incluso, compañerismo político* (así STS 1493/1999, de 21 de diciembre, *Caso Roldán*).

En definitiva, no se trata de otra cosa que de un influjo psíquico, una especie de predominio, fuerza o “chantaje moral” sobre el funcionario con el aprovechamiento de la relación que se tiene con él; predominio o “chantaje moral” que sólo se puede llevar a cabo por quien tenga cierta ascendencia sobre el funcionario objeto de la influencia basada en alguna de las relaciones especificadas⁴⁶. En otros términos, la influencia no es más que una presión psicológica o fuerza moral hacia el funcionario amparada en alguna de las relaciones que se tienen con él; presión psicológica o “chantaje moral” que no existiría si no se tuviesen esas relaciones a que alude el tipo penal; esto es, esa presión psicológica o “chantaje moral” no existiría si quien lleva a cabo el intento de influir es un ciudadano común sin vinculación alguna con el funcionario porque aquella presión o intento de influencia carece de la idoneidad suficiente como para que pueda ser efectiva y afecte al proceso motivacional del funcionario.

De no existir el prevalimiento de las relaciones o situaciones especificadas en el tipo, se entiende que la influencia no tiene ninguna posibilidad de afectar al proceso motivador del funcionario. Como ya señalase Cugat Mauri (1997: 197), el legislador *no ha querido incriminar el mero ejercicio de la presión psicológica sobre el funcionario por parte de cualquier ciudadano anónimo*, sino sólo aquella presión psicológica que proviene, se ampara, aprovecha o abusa de la especial relación que se tiene con el funcionario porque esas relaciones son las que suponen un incremento del riesgo de que el funcionario acceda a la petición del influyente dado que éste se encuentra mediatizado por tales relaciones.

⁴⁶ No obstante, y a mi modo de entender de manera ciertamente exagerada, Morales Prats y Rodríguez Puerta (2011: 1254) estiman que esa influencia ha de constituir una amenaza o una coacción. Así, señalan expresamente: “las necesidades de tutela del bien jurídico... sólo quedan suficientemente colmadas con la incriminación del que ejerce influencias en aquellos supuestos en los que la influencia se torna en una amenaza o coacción, pero no en los demás casos”.

Precisamente, esa ausencia de prevalimiento es lo que permite también excluir del tipo las meras sugerencias, recomendaciones o insinuaciones sutiles realizadas por quien tenga alguna relación personal con el funcionario o, al menos, así lo ha mantenido la Jurisprudencia (SSTS de 10 de marzo de 1998 y 480/2004, de 7 de abril). De la misma manera, resulta común en la Doctrina aludir a las denominadas “recomendaciones” y excluirlas expresamente del ámbito típico del tráfico de influencias por muy inmorales y rechazables que sean -así, por todos, véase Díaz-Maroto y Villarejo (2009: 3), con numerosa bibliografía al respecto-. Sin embargo, *a mi entender, no cabe excluir tan a la ligera esta clase de conductas del ámbito típico de los delitos de tráfico de influencias salvo que se quiera ser enormemente condescendiente con este tipo de corruptelas, por lo demás, muy habituales.*

En efecto, no se me oculta, aunque no se diga expresamente, que la razón principal de la exclusión de esas “recomendaciones personales” del ámbito típico estriba, precisamente, y sin lugar a dudas, *en la habitualidad con que se llevan a cabo y, sobre todo, en el arraigo y aceptación –si se quiere fatalista- que existe en el colectivo social sobre esta serie de prácticas de recomendar a una persona.*

A pesar de ello, estas conducta no pueden quedar excluidas de los tipos sin analizar previamente las relaciones existentes entre influyente –“recomendador”- e influido y, sobre todo, si existe prevalimiento de la relación personal por parte de quien hace la recomendación. Obsérvese que una recomendación, por sutil que sea –o hasta incluso puede ser tácita-, y dependiendo de quién provenga, puede ser considerada por el funcionario, no ya como una mera sugerencia, sugestión o inducción, sino como una total y cabal influencia, por no decir, una orden. Así, piénsese en un superior jerárquico –por ejemplo, el Ministro- que hace saber o informa a otro funcionario de su Ministerio –de quien depende la decisión- que una de sus hijas se ha presentado a un determinado puesto sin decirle, ni siquiera insinuarle, nada más. ¿No existe en este caso un prevalimiento del cargo incardinable en el art. 428 por mucho que suponga una mera recomendación siquiera tácita? En consecuencia, reitero, no cabe excluir tan a la ligera de los tipos esas meras recomendaciones, sino examinar la existencia de prevalimiento, esto es, la capacidad que pueda tener esa recomendación para “doblegar” la voluntad del funcionario y que éste no actúe de acuerdo con los principios de objetividad, imparcialidad, correcto funcionamiento de la Administración y, también, igualdad que es la base de todos esos otros principios. La insinuación del Ministro de que su hija se ha presentado a un determinado puesto cumple con todos los requisitos para ser considerada como un tráfico de influencias, incluido el requisito de generar un beneficio económico, en este caso, para un tercero: la hija.

El delito se consuma desde el momento en que se ejerce la influencia. Ya se señaló que se trata de un delito de mera actividad en el que se adelantan las barreras punitivas. Además, para la consumación no es necesario que la resolución perseguida se consiga puesto que la estructura típica adelanta la consumación a la mera solicitud⁴⁷. Esto es, no es necesario que la influencia haya sido efectiva y/o haya conseguido “doblegar” la voluntad del funcionario. En este sentido, se puede decir que el precepto eleva a la categoría de delito consumado las meras tentativas de influencia prevaleándose de las circunstancias descritas sin que sea necesario que el sujeto influido acceda a llevar a cabo lo que se le pide; en otros términos, para que se consuma el delito no es necesario un “acuerdo de voluntades” entre influyente e influido (aunque ese “acuerdo de voluntades” suele ser lo habitual en estas dinámicas delictivas debido a las relaciones entre influyente e influido).

⁴⁷ Así, también, Cugat Mauri (1997: 173) y Díaz-Maroto y Villarejo (2009: 3).

El tipo estaría consumado aun en el hipotético –y poco probable- caso de que el funcionario objeto de la influencia no accediese a la misma y denunciase la presión a la que estaba siendo sometido. No se me oculta que estos casos de denuncia son poco probables, sobre todo, cuando las relaciones en las que se ampara el influyente son familiares o amistosas e, incluso de compañerismo político; no obstante, sí es más factible que esas denuncias tengan lugar cuando lo que existe es una relación jerárquica entre el funcionario influyente y el influido que pudiera colocar a éste en una situación de, mal denominado, *mobbing o acoso laboral*; y digo mal denominado porque, en realidad, sería una situación de *bossing* en la medida en el que el influyente abusase de la situación jerárquica superior. No obstante, y en caso de existir denuncia, nos encontraríamos con un problema adicional: la dificultad de prueba de la presión a la que el funcionario jerárquicamente inferior estaba siendo sometido.

Como se ha señalado, para la consumación del delito no se precisa que se obtenga la resolución pero sí la finalidad de obtenerla; la resolución –evidentemente beneficiosa en un sentido económico- sería el ánimo tendencial del sujeto activo, no el resultado típico –así, también, Díaz-Maroto y Villarejo (2009: 4), con profusas citas jurisprudenciales en el mismo sentido). Tanto si se dicta la resolución como si no, este elemento normativo del tipo plantea varias dudas en cuanto a su interpretación: así, respecto del concepto de resolución, esto es, qué ha de entenderse por tal; y, además, si ésta ha de ser ilegal, arbitraria, injusta, prevaricadora o si, por el contrario también se aplica el tipo cuando la resolución perseguida sea totalmente ajustada a Derecho; dudas que se planteaban ya con anterioridad a la reforma de 2010, que podrían haber sido despejadas al promulgar la Ley Orgánica 5/2010 y que, sin embargo, no se han querido solucionar; fundamentalmente para no darle una mayor operatividad práctica al precepto, a pesar de las grandilocuentes declaraciones de todos los grupos políticos a favor de la lucha contra la corrupción; como ya antes señalé, y ahora reitero, hay un viejo refrán castellano que dice que “el movimiento se demuestra andando” y, en este caso, como en tantos otros, no se ha demostrado ningún movimiento; eso sí, palabras muchas, pero palabras vacías.

Respecto al concepto de resolución, es en el ámbito de la prevaricación donde más se ha tratado esta cuestión y, *dicho concepto, se ha intentado trasladar siempre al ámbito del delito de tráfico de influencias*. Tanto la Doctrina, como la Jurisprudencia se han pronunciado constantemente en el sentido de entender que “resolución” es todo acto de la Administración Pública de *carácter decisorio que afecte al ámbito de los derechos de los administrados sin necesidad de que ponga fin a un procedimiento administrativo*. Se excluyen, por tanto, del concepto de resolución los actos de trámite sin contenido decisorio, los informes, consultas, circulares y dictámenes, aunque se incluyen las órdenes verbales⁴⁸.

En el delito de tráfico de influencias es posible admitir ese mismo concepto de resolución –derivado de la prevaricación- y en mi opinión, ampliarlo, por ejemplo, a los informes⁴⁹ dado que, si se observa, el precepto no requiere que se dicte una resolución *sino que se persiga la misma*. Y, un buen elemento para conseguir una resolución que favorezca económicamente es influir sobre el funcionario encargado de realizar un informe para que éste sea favorable, sobre todo cuando el informe es

⁴⁸ Así, por todos, véase Córdoba Roda (2004: 1905-1906).

⁴⁹ Así, hace años, entendiéndolo y proponiendo *de lege ferenda* que en un futuro *el concepto de resolución podría verse ampliado a los informes*, véase, Cugat Mauri (1997: 209-210). Y no le faltaba razón a esta autora porque el tiempo ha venido a dársela. Así, y como se verá seguidamente en el texto, con la última reforma del CP, expresamente se han introducido tales informes como forma de prevaricación en algunas prevaricaciones específicas, aunque no en la genérica del art. 404 CP.

vinculante o, cuando menos, decisivo para obtener una resolución adecuada a los intereses perseguidos por el influyente⁵⁰. La reforma de 2010 ha perdido la oportunidad de aclarar e incluir expresamente en el ámbito típico –de la prevaricación y del tráfico de influencias- los informes como, curiosamente, sí lo ha hecho en otros preceptos: arts. 320 y 329, prevaricación urbanística y prevaricación medioambiental respectivamente. ¿Olvido del legislador? ¿Desidia del mismo? ¿Puro desinterés? o, por el contrario, ¿se ha tratado de un olvido consciente por parte del legislador? Yo, personalmente, me inclino por responder afirmativamente a esta última cuestión, a pesar de las grandilocuentes palabras de todos los políticos en contra de la corrupción.

Pero, de la misma manera, la reforma de 2010 ha perdido también la oportunidad de incluir en el tipo, dentro del concepto de resolución, las que podríamos denominar como “resoluciones omisivas”, esto es, cuando las influencias se utilizan para obtener la pasividad de un funcionario en un determinado asunto; pasividad que, naturalmente, podría resultar beneficiosa para el influyente o para un tercero: por ejemplo, que mediante la influencia se paralice un procedimiento sancionador administrativo para conseguir que, por el transcurso del tiempo, la sanción prescriba y, en consecuencia, no haya que pagar una determinada multa (en este caso, tal y como exige el tipo penal, nos encontraríamos ante un beneficio económico indirecto para el influyente o un tercero que se ahorran el pago de la multa). Dado que, desde hace tiempo, la Jurisprudencia viene entendiendo que dentro del concepto de resolución en el delito de prevaricación también se encuentran contenidas las “resoluciones omisivas”⁵¹, a mi juicio, no existe ningún problema para admitir que las influencias dirigidas a la obtención de una “resolución omisiva” –y, naturalmente, económicamente beneficiosa- también se integren en el delito de tráfico de influencias⁵². Obsérvese, además, que este tipo de conductas omisivas, o que persiguen que el funcionario omita una determinada actuación, han sido expresamente incluidas con la reforma de 2010 en el delito de cohecho pasivo del art. 419: “retrasar injustificadamente el [acto] que debiera practicar”. Si, como dijimos, el tráfico de influencias es similar en estructura al cohecho –a excepción de la existencia de la dádiva- a mi juicio, y como derivación de una interpretación sistemática, con más razón es posible incluir esas “resoluciones omisivas” en el tráfico de influencias.

El tipo no precisa ni exige expresamente que la resolución perseguida haya de ser ilegal, injusta, arbitraria o prevaricadora. Naturalmente, si lo perseguido es una resolución constitutiva de prevaricación, la conducta integra totalmente el tipo convirtiéndose, si se quiere, en unos actos preparatorios punibles del delito de prevaricación elevados a la categoría de delito; lo cual, plantea no pocos problemas en relación con la calificación de la conducta del influyente como inductor de una prevaricación y la pena a imponerle que –de ser calificado como tal inductor- es de menor entidad que la de autor de un delito de tráfico de influencias⁵³; cuestión sobre

⁵⁰ En el mismo sentido, véase Díaz-Maroto y Villarejo (2009: 3).

⁵¹ Así, entre otras, véase SSTS 784/1997, de 2 de julio y 674/1998, de 9 de junio; SAP Navarra, Sección 3ª, núm. 94/2005, de 28 de julio; SAP Málaga, Sección 7ª, núm. 87/2000, de 31 de octubre; SAP Palencia, núm. 4/2001, de 12 de marzo; también, a este respecto, véase Córdoba Roda (2004: 1908-1909).

⁵² Adoptando idéntico posicionamiento, véase Cugat Mauri (1997: 210) y García Arán (2010: 476). No obstante afirmando que no se integrarían en el tipo conductas tales como la ralentización de un expediente administrativo porque no integra el concepto de resolución al no tratarse de un acto decisorio, véase Díaz-Maroto y Villarejo (2009: 4).

⁵³ No obstante, y en relación con el cohecho, poniendo de relieve cómo diversos Tribunales se empezaron a plantear hace ya tiempo la posibilidad de realizar un concurso ideal entre el cohecho activo –esto es, el realizado por el particular- y su calificación como inductor o cooperador necesario en el delito que finalmente comete el funcionario retribuido –por ejemplo, prevaricación-, véase De la Mata

la que, por motivos de espacio, no me puedo detener, aunque resultaba necesario apuntarla para poner de relieve las incongruencias sistemáticas presentes en los delitos de corrupción.

Pero, de la misma manera, y al igual que se ha hecho interpretando y ampliando el concepto de resolución, a mi modo de entender, se incluirían en el tipo resoluciones que, apartándose de la legalidad, no pueden ser calificadas como prevaricación. En ésta, según la Jurisprudencia, no entra la mera ilegalidad, sino que se exige un plus: que esa ilegalidad sea notoria. El adjetivo “arbitrario” empleado en la descripción típica de la prevaricación es lo que lleva a afirmar que en la resolución se exija algo más que la mera ilegalidad: *que se trate de una ilegalidad patente y clamorosa*.

En el tráfico de influencias, sin embargo, no se exige que la resolución perseguida sea arbitraria, luego se puede decir que entrarían en el tipo resoluciones ilegales que no llegan al grado de la prevaricación, esto es, que no pueden ser calificadas de arbitrarias pero en las que existe una desviación de la legalidad⁵⁴. En este sentido, nos encontramos con un ámbito típico más amplio que en la prevaricación *que confirma al delito de tráfico de influencias un espacio autónomo y distinto de otros delitos de corrupción*, al contrario de lo que, como vimos, sostenían algunos sectores doctrinales al afirmar que el delito de tráfico de influencias se solapaba con otros tradicionales delitos como el de prevaricación; sector doctrinal, por lo demás, bastante condescendiente con los delitos de corrupción y sus autores.

Pero, si vamos un paso más allá, aún podemos atribuir al tráfico de influencias un ámbito típico más amplio. Así, se puede decir que *también se integrarían en el tipo la persecución de resoluciones totalmente ajustadas a Derecho*, esto es, legales, siempre y cuando para su consecución el sujeto activo se aproveche de sus relaciones con el funcionario y no respete los cauces establecidos de manera objetiva y común para obtener esa resolución. Nótese que para la consumación del tipo ni siquiera es necesario que se adopte una resolución sino que, como se ha señalado con anterioridad, el tipo se consume con el mero ejercicio de la influencia o, incluso, aquella resolución, como se dijo, puede ser omisiva.

No obstante, es preciso reconocer que *la mayoría de la Doctrina excluye del delito de tráfico de influencias las influencias para lograr resoluciones adecuadas a Derecho* porque se entiende que no se vulnera el bien jurídico protegido⁵⁵. En efecto, este sector doctrinal considera que, si la resolución pretendida es justa, no se lesiona el principio de imparcialidad o de objetividad; la persecución de una resolución justa implicaría que no existiese imputación objetiva al no entrar aquélla en el ámbito de protección de la norma⁵⁶. En este sentido, señala Cugat Mauri (1997: 110), que en base a criterios de imputación objetiva hay que fundamentar la atipicidad de aquellas decisiones tomadas bajo influencia, y por tanto con interés privado, a las que igualmente se hubiera llegado de no existir la influencia puesto que, en tales casos, la influencia o interés no es responsable del resultado.

Barranco (2004: 205 ss.). Estimando la posibilidad de tal concurso de delitos entre prevaricación y tráfico de influencias “de forma semejante a lo que ocurre en el cohecho”, véase Morales Prats y Rodríguez Puerta (2011: 1256); de la misma forma, aludiendo al concurso de delitos entre prevaricación y tráfico de influencias, véase Díaz-Maroto y Villarejo (2009: 4).

⁵⁴ En el mismo sentido Cugat Mauri (1997: 213), refiriéndose a “supuestos en los que la infracción del ordenamiento jurídico es menor” que en la prevaricación; también, especificando cómo no es necesario que la resolución perseguida sea “injusta, en el sentido de los tipos de prevaricación” porque, si no siempre habría un concurso de delitos con esta última, bastando con que la resolución perseguida sea “parcial o no del todo imparcial”, véase Díaz-Maroto y Villarejo (2009: 4).

⁵⁵ Así, Cugat Mauri (1997: 211); Martínez Galindo (2005: 38), Olaizola Nogales (2006: 384).

⁵⁶ Así, Cugat Mauri (1997: 212).

Esta interpretación, a mi entender, resulta ciertamente sorprendente⁵⁷ y poco acertada si la comparamos, por ejemplo, con el delito de cohecho –de similar estructura al tráfico de influencias y con idéntico bien jurídico protegido- en donde la pretensión de una resolución justa también integra el delito (véase, art. 420, el denominado cohecho pasivo impropio; denominado impropio, precisamente, porque la actuación que ha de llevar a cabo el funcionario no es ilícita, *sino que se trata de un acto propio de su cargo, esto es, recibe la dádiva para que realice un acto lícito*). Es más, la pretensión o resolución justa también integra el delito si la dádiva, recompensa o favor se entrega con posterioridad como recompensa o premio sin que previamente haya mediado una solicitud o acuerdo previo que haya inducido o determinado al funcionario a cometer el cohecho dictando una resolución lícita (véase el art. 421 CP, en el que se tipifica el denominado *cohecho subsiguiente*) aun cuando la resolución del funcionario haya sido justa o ajustada a Derecho. En todos esos supuestos de cohecho –pasivo impropio y subsiguiente- habría que mantener, al igual que en el tráfico de influencias, que no existe lesión del bien jurídico protegido, esto es, que el principio de imparcialidad u objetividad no resulta vulnerado dado que la resolución es justa y, en consecuencia, afirmar que no existe delito puesto que no hay bien jurídico que proteger⁵⁸; naturalmente, otra opción sería afirmar que el bien jurídico protegido por esos preceptos no es el correcto funcionamiento de la Administración pública en su faceta de objetividad e imparcialidad, sino en otra faceta: la del principio de igualdad⁵⁹; cuestión que veremos a continuación porque, de ser así, será ese principio de igualdad el que se vería afectado al perseguir mediante dádivas o influencias una resolución justa.

Para continuar con el hilo y desarrollar esa cuestión, conviene no olvidar que el delito de tráfico de influencias se diferencia del de cohecho únicamente en el aspecto de la dádiva. En el tráfico de influencias la dádiva no existe y es “reemplazada” por la influencia o, mejor dicho, por las especiales relaciones personales con el funcionario influido. Por tanto, realizando una interpretación sistemática e integradora se puede decir que, al igual que ocurre en el cohecho –fundamentalmente en el impropio del art. 420- en el tráfico de influencias, aunque la resolución perseguida –y eventualmente obtenida- sea justa, si es posible probar la existencia de una influencia y su prevalimiento, también estaremos ante una conducta delictiva. Y esta misma parece ser la opinión expresada por el Tribunal Supremo cuando afirma que “Debe advertirse que la resolución conseguida no tiene que ser forzosamente injusta y aún menos delictiva, por lo que no es obstáculo para que se impute tráfico de influencias” (así, véase STS 2025/2001, de 29 de octubre).

⁵⁷ Sobre todo, partiendo de una conceptualización del bien jurídico como la que parte la citada autora –tal y como se vio *supra* en el epígrafe referente al bien jurídico protegido- que incluía el principio de igualdad de los ciudadanos como parte integrante e importante del bien jurídico protegido.

⁵⁸ En parecidos términos en relación al cohecho, indicando cómo la concepción habitual que se sostiene respecto al bien jurídico protegido –normal funcionamiento de la Administración Pública: imparcialidad, objetividad, etc.- no permite explicar la punición de esta clase de conductas –ni siquiera el cohecho activo-, véase De la Mata Barranco (2009: 249-250).

⁵⁹ Tal y como señala –en relación al cohecho impropio y al cohecho subsiguiente- De la Mata Barranco (2009: 254) al entender que, en estos casos, la fundamentación de la prohibición no estaría en la vulneración del principio de imparcialidad –que no existiría al realizar el funcionario un acto legal o propio de su cargo- ni en el enriquecimiento en sí del propio funcionario, “sino *por la quiebra del principio de igualdad* que puede deducirse de ella si se entiende que el funcionario, sin perjudicar intereses concretos, afecta a los de todos obteniendo una ventaja económica vetada a quien no está en su situación” (el resaltado con cursivas es mío). No obstante, llama poderosamente la atención que en páginas posteriores (258-259) el propio autor proponga la despenalización del cohecho impropio: “cuando no se pretende acto ilícito alguno o cuando el que se pretende, aun siéndolo, no es delictivo [en estos casos] la intervención penal se antoja demasiado anticipada por la mera presunción de una posible futura actuación delictiva que, si no lo es, no se acierta a ver por qué ha de sancionarse”; postura esta última que me parece excesivamente tolerante y condescendiente con el fenómeno de la corrupción.

Pero, antes de continuar con la argumentación, veamos algún ejemplo de tráfico de influencias para conseguir una resolución justa:

Alcalde que agiliza la concesión de una licencia de apertura de un determinado negocio innovador –licencia lícita por cumplir con los requisitos exigidos- porque se lo solicita un amigo. A su vez, deja que el resto de licencias solicitadas para negocios similares sigan su curso normal haciendo que su amigo pueda abrir antes el negocio y obtener, al menos durante un tiempo, y como consecuencia de la novedad, toda la clientela lo que, naturalmente, le supondrá un notable beneficio económico. Conducta: prevalimiento de relación de amistad + resolución justa + beneficio económico.

¿No debería este ejemplo constituir un delito de tráfico de influencias?⁶⁰ Es evidente que si lo analizamos desde el punto de vista del principio de imparcialidad no debería constituirlo porque dicho principio –como hemos visto que afirmaba un sector doctrinal- no resulta vulnerado en la medida en que la resolución –concesión de la licencia- ha sido lícita y, además, se habría llegado a la concesión de la licencia aunque no hubiese existido la influencia, pero, naturalmente, más tarde y en igualdad de condiciones con el resto de los solicitantes. No obstante, esa misma habría de ser la respuesta si, en lugar de ejercerse la influencia, lo que concurre es una dádiva (es decir, si nos situamos en el ámbito del cohecho): no hay vulneración del principio de imparcialidad; se habría llegado a la concesión de la licencia, aun sin dádiva, aunque más tarde. En ambos casos habría una agilización de algo que habría de llegar y que era justo que llegase; en un caso la agilización es producto de la influencia y en el otro de la dádiva sin que la imparcialidad, objetividad y actuación conforme a Derecho de la Administración se pueda poner en entredicho.

93

En realidad, lo que existe en estos casos, y en consecuencia han de ser considerados delictivos y punibles, es una lesión del principio de igualdad de los ciudadanos ante la Administración que, junto a la imparcialidad y objetividad, también forma parte del bien jurídico protegido, tanto por el cohecho, como por el tráfico de influencias⁶¹. Naturalmente, y como ya se señaló, aunque sean punibles, no se me oculta la enorme dificultad de probar este tipo de conductas o prácticas en las que existe el “acuerdo de voluntades” y la resolución es totalmente ajustada a Derecho.

Por último, y aunque en los preceptos se alude a un beneficio económico, lo cierto es que no es elemento central del tipo objetivo, sino del tipo subjetivo. Esto es, aparece configurado como la finalidad delictiva. Por tanto, no es necesaria su obtención para la consumación del tipo, sino que basta con la mera persecución del mismo; es más, los propios tipos penales, y en relación con la determinación de la cuantía de la multa, aluden a que ésta se ha de imponer en atención al “beneficio perseguido u obtenido”⁶². Si realmente se da ese beneficio económico, entonces la pena se incrementa e impone en su mitad superior –como expresamente también establecen los tipos en su inciso final- porque el efectivo beneficio económico es considerado como agotamiento del delito y no como resultado del mismo.

⁶⁰ A mi juicio, entiende que no constituiría delito Díaz-Maroto y Villarejo (2009: 4), cuando afirma que quedan fuera del tipo las influencias que se dirijan a la “aceleración o ralentización de expedientes”.

⁶¹ De esta forma, al asumir el principio de igualdad como bien jurídico protegido por el tráfico de influencias no hemos hecho otra cosa, que seguir las indicaciones de De La Mata Barranco (2009: 250-251) en el sentido de normativizar y sustituir en cada tipo penal relativo a la corrupción la genérica referencia al buen funcionamiento de la Administración Pública por otros referentes más concretos; en este caso, la igualdad de los ciudadanos ante la Administración.

⁶² Lo que, adicionalmente plantea el problema de cómo calcular la multa cuando el beneficio no ha sido obtenido, sino sólo perseguido y, además, no se sabe su cuantía.



El beneficio económico puede ser propio o de tercero. Esto es, no se tiene que tratar de un beneficio económico para quien ejerce la influencia y, además, como expresamente se señala en el tipo, puede ser directo o indirecto.

La “venta de influencias”

La denominada “venta de influencias” se encuentra contenida en el art. 430 cuya conducta resulta diversa de la tipificada en los artículos precedentes. Mientras que aquí la influencia, o mejor dicho la posibilidad de influenciar sobre un funcionario, *se ofrece, publicita y vende*, en el caso de los arts. 428 y 429 la influencia *se ejerce*.

Al contrario de lo que ha ocurrido con los otros dos preceptos, con la reforma de 2010, el art. 430 no ha visto reformada la pena de prisión a imponer que, si antes era idéntica a la de los arts. 428 y 429, ahora se encuentra por debajo. Si bien, el precepto, se ha visto modificado en otros aspectos porque, ahora, también ha sido utilizado para introducir la novedosa responsabilidad penal de las personas jurídicas para esta clase de delitos.

Conducta delictiva

La conducta recogida en el precepto constituye un escalón anterior al ejercicio de las influencias sobre un funcionario y ello puede justificar que tenga una menor pena que las anteriores. Así, la conducta no consiste en otra cosa que en ofrecerse a ejercer influencias sobre un funcionario previo pago de una dádiva, promesa o cualquier tipo de remuneración o aceptar tales dádivas para influir en algún funcionario a fin de obtener una resolución económicamente beneficiosa.

Para su consumación, el tipo no requiere que realmente se tengan esas influencias o esa capacidad para influir –que, en principio, pueden ser puramente ficticias e inventadas-, ni, por supuesto, que se lleguen a ejercer, aun en el caso de que efectivamente se haya recibido una dádiva o promesa para ejercerlas.

En este orden de cosas, la Doctrina suele atribuir al tipo un ámbito muy restringido de actuación por dos razones fundamentales:

- La primera porque, si las influencias son ficticias o inventadas o no se piensan ejercer, se sostiene que nos encontramos ante un delito de estafa al que habría de aplicársele la agravante 6ª del art. 250 CP⁶³. En este sentido, se entiende que cuando la capacidad de influir es falsa o no se piensa ejercer, sólo se está atacando al patrimonio de la persona que paga la dádiva pero no al normal funcionamiento de la Administración Pública⁶⁴.
- La segunda porque, si las influencias son reales y se llegan a usar o intentar usar, el tipo aplicable sería el art. 429 y quien paga la dádiva o compra las influencias sería considerado inductor del mismo –así Díaz Maroto y Villarejo (2009: 5)- y, por tanto, merecedor de pena; cosa que no ocurriría de aplicar el art. 430 ya que quien compra las influencias,

⁶³ El tenor literal de dicha agravante es el siguiente: “Se cometa abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional”.

⁶⁴ Así, por todos, véase Díaz-Maroto y Villarejo (2009: 5), con bibliografía adicional. En este sentido, conviene recordar, que como ya se dijo y argumentó en el epígrafe relativo al estudio del bien jurídico, el art. 430 no protege el buen funcionamiento de la Administración, sino la imagen de esta; cfr. *supra*.

conforme a dicho precepto, no responde penalmente porque el propio tipo no le impone ninguna clase de pena.

En consecuencia, parece que el tipo sólo tendría operatividad si las influencias “vendidas” son ciertas pero no se llegan a ejercer; esto es, se trataría de un acto preparatorio del art. 429 elevado a la categoría de delito.

No obstante, algunas de esas consideraciones han de ser puestas en entredicho:

Así, por ejemplo, la afirmación de encontrarnos ante un delito de estafa agravado si las influencias “puestas a la venta” o “vendidas” son puramente ficticias o no se piensan ejercer. Bien es cierto que, de esta forma, la pena sería superior que la del art. 430, siempre y cuando, la cuantía de la dádiva fuese superior a 400 euros; pero, si fuese inferior, la pena a imponer al sujeto defraudador/vendedor de las influencias sería muy inferior a la del art. 430. Pero téngase en cuenta que, por mucho que las influencias sean puramente inventadas, además de un fraude al patrimonio, estaríamos igualmente ante una lesión del bien jurídico protegido por el art. 430 –la imagen, prestigio y buen nombre de la Administración- y, por tanto, lo más lógico sería aplicar un concurso ideal entre los dos delitos; esto es, no aplicar únicamente el de estafa que, hasta incluso, y como se ha señalado, podría ser sólo una mera falta. Por mucho que las influencias sean ficticias o inventadas, se está dando la imagen de que en el seno de la Administración pública existen funcionarios influenciados y que no actúan de manera acorde con los principios de imparcialidad, objetividad e igualdad; por tanto, y para abarcar el total desvalor de la conducta, procedería la realización de ese concurso de delitos. En este sentido, como señala alguna resolución judicial, el delito se consuma “siendo indiferente, además, que se disponga o se tengan esas repetidas influencias que pueden no existir, por lo que el delito habrá de entenderlo cometido por el simple hecho de alardear de aquellas para obtener alguna clase de beneficios” (así, por todas, SAP de Sevilla, Sección 1ª, de 29 de diciembre de 1999).

No se me oculta que el bien jurídico “imagen de la Administración” también resultaría lesionado si se hace alarde de las influencias sin exigir o aceptar una contraprestación económica. Es decir, si el sujeto se ofrece o acepta influir sobre un funcionario de manera totalmente gratuita. Sin embargo, dicha conducta resulta impune porque el art. 430 exige que exista un beneficio económico para quien eventualmente se atribuya la posibilidad de influir. La explicación, a mi modo de entender, se encuentra en que *la circunstancia de exigir o aceptar una dádiva para influir da mayor credibilidad al hecho de que realmente se poseen esas influencias y de que se piensan ejercer*. En este sentido, es evidente que el tipo está dirigido a criminalizar las conductas de los denominados “conseguidores” profesionalmente organizados –así, expresamente, Díaz-Maroto y Villarejo (2009: 3)-, esto es, los intermediarios que se ofrecen y enriquecen a base de ejercer influencias sobre determinados funcionarios, fundamentalmente en el ámbito de la contratación administrativa, obteniendo con ello sustanciosas comisiones⁶⁵. En este sentido, y como ya se señaló en el epígrafe referido al bien jurídico protegido –cfr. *supra*- el hecho de mantener –como aquí se hace- que el art. 430 protege un bien jurídico distinto al de los otros dos preceptos, posibilita imponer más pena a quien se lucra ejerciendo las influencias que a aquel otro que las ejerce sin lucrarse –si se quiere, de manera “altruista” por amistad, por ejemplo-. El mantenimiento de la protección

⁶⁵ En este sentido, refiriéndose a su aplicación también a “aquellas empresas o entidades que funcionan como intermediarios entre la Administración y empresas ofreciendo influencias reales o presuntas, por ejemplo, a través de ex altos cargos de la Administración”, véase Morales Prats y Rodríguez Puertas (2011: 1265).

de distintos bienes jurídicos hace que se pueda realizar un concurso ideal entre los arts. 429 y 430 –o, entre este último y la estafa– que abarcaría el total desvalor de la conducta y haría que no se trataran de forma idéntica al que se lucra con las influencias que al que no lo hace. Éste, sin duda, es merecedor de menos pena.

Sujetos intervinientes en el delito. Relativa impunidad del particular que paga para que se ejerzan las influencias a su favor

Los sujetos intervinientes en el delito sólo son siempre particulares; *en caso de ser un funcionario el que solicite o acepte dádiva para ejercer sus influencias sobre otro funcionario, estaríamos ante un delito de cohecho pasivo propio del art. 419 en la medida en que la solicitud o aceptación de la dádiva se hace para la consecución de un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo, cual es el influir sobre otro funcionario para que un tercero se beneficie económicamente.*

En consecuencia, *únicamente resulta punible conforme al art. 430 la conducta del particular que se ofrece a ejercer sus influencias sobre un funcionario público a cambio de una dádiva o promesa o acepta de otro una dádiva o promesa para llevar a cabo la influencia.*

No es punible la conducta de quien ofrece o hace efectiva la dádiva; esto es, no existe en el art. 430 una figura similar al denominado cohecho activo. Otra cosa es que quien paga la dádiva para obtener la influencia, y de llevarse finalmente a cabo el ejercicio de la influencia, pudiese ser considerado como un inductor del delito del art. 429⁶⁶ –no del art. 428 porque esas conductas, como se ha señalado, serían constitutivas de cohecho activo–. De ahí que se trate sólo de una impunidad relativa.

6. La reciente introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en algunos delitos de tráfico de influencias

La Ley Orgánica 5/2010, de Reforma del Código Penal, ha introducido en el párrafo segundo del art. 430 la responsabilidad penal de las personas jurídicas *en casi todos* los delitos de tráfico de influencias, pese a haberse incluido sólo en una de sus modalidades. Esto es, aunque por motivos de economía legislativa se haya introducido en el art. 430 (“venta de influencias”), es aplicable también a los supuestos del art. 429 (tráfico de influencias realizado por particular), pero no a los supuestos del art. 428 (tráfico de influencias realizado por funcionario).

Aunque del tenor literal del art. 430.2º párrafo se deduzca que también se puede aplicar la responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando es un funcionario el que ejerce la influencia sobre otro funcionario (así se refiere a “los delitos recogidos en este Capítulo”), lo cierto es que nunca se va a poder declarar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el supuesto del art. 428. La razón estriba en que si es un funcionario –en sentido amplio conforme a lo establecido en el art. 24.2 CP– el que ejerce la influencia, por definición, tal funcionario pertenece a alguna Administración Pública y, las Administraciones Públicas, como personas jurídicas que son, están expresamente excluidas de responsabilidad penal tal y como se establece en el art. 31 bis 5 CP⁶⁷. En consecuencia, la responsabilidad

⁶⁶ En el mismo sentido, Morales Prats y Rodríguez Puerta (2011: 1264).

⁶⁷ Precepto que, por cierto, también extendía esa exclusión de responsabilidad penal a los partidos políticos y sindicatos, sin que se supiesen muy bien las razones para su exclusión, aunque se intuían; a este respecto, ya me pronuncié críticamente en otro lugar sobre tal exclusión, así véase Muñoz Lorente (2007: 26 ss.). Críticas que parecen haber dado sus frutos porque, recientemente, y como consecuencia de la promulgación de la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre (BOE de 28 de

penal de las personas jurídicas sólo se podrá aplicar cuando quien ejerce la influencia pertenezca a alguna persona jurídica que no tenga carácter público, incluidos ahora los partidos políticos y sindicatos⁶⁸. Y, si quien ejerce la influencia sobre un funcionario es una persona física que actúa al servicio y en provecho de una persona jurídica privada, tanto la persona física como la jurídica cometerán el delito del art. 429.

Queda excluida, por tanto, la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los supuestos de tráfico de influencias de un organismo público sobre otro, *aun cuando el beneficiado económicamente sea el organismo público al que pertenece el influyente*⁶⁹. No obstante, seguirá subsistiendo la responsabilidad penal de la persona física –funcionario– perteneciente a ese organismo público que es el que materialmente lleva a cabo la influencia.

Para que pueda existir responsabilidad de la persona jurídica, es necesario, como expresamente señala el art. 31 bis 1 CP que la persona física actúe por cuenta y en provecho de la persona jurídica; esto es, para que pueda responder penalmente la persona jurídica es preciso que quien ejerce la influencia tenga la intención de obtener una resolución que beneficie a esa persona jurídica porque, si el beneficio perseguido es para la propia persona física, entonces no existirá responsabilidad penal de la persona jurídica a través de la cual actúa.

7. Conclusiones y propuestas de reforma

Después del pormenorizado examen de los delitos de tráfico de influencias, y a modo de conclusión, resulta conveniente de cara a una futura –y parece que próxima e inminente⁷⁰– reforma de todos los delitos relacionados con la corrupción, proponer algunas modificaciones concretas en relación con los delitos aquí estudiados y que, en el texto, sólo han sido apuntadas al hilo de las interpretaciones que se han propuesto para solventar las deficiencias de los tipos.

En mi opinión, la reforma penal no ha de quedarse –como apuntó el Presidente del Gobierno en su Discurso del Debate sobre el estado de la Nación del pasado mes de febrero de 2013⁷¹– en un mero “endurecimiento de las penas, agilización procesal en casos de corrupción y aumento del plazo de prescripción de este tipo de delitos”, sino que, por lo que respecta a los delitos de tráfico de influencias, ha de ir más allá.

Desde mi punto de vista, no es posible hacer ningún tipo de objeción a ese aumento de penas y de prescripción de los delitos, así como a la agilización procesal de los casos de corrupción; eso sí, en cuanto al aumento de penas, habrían de preverse penas que aseguren la entrada en prisión, tanto del corrupto o influenciado, como del corruptor o influenciador; y, además, penas idénticas tal y como ocurre en la actualidad con el cohecho pasivo y activo (y como también actualmente ocurre con los arts. 428 y 429). En este sentido, resulta totalmente imprescindible que en los delitos de tráfico de influencias, el funcionario público o autoridad que se deja influenciar también sea penado y no, como sucede en la

diciembre), los partidos políticos y los sindicatos han dejado de ser penalmente irresponsables. Otra cosa es que, algún día, alguno de ellos sea declarado responsable; extremo que yo personalmente dudo.

⁶⁸ Véase lo indicado en la nota anterior.

⁶⁹ Así, también, García Arán (2010: 477-478).

⁷⁰ Tal y como anunció el Presidente del Gobierno en su Discurso en el Debate sobre el estado de la Nación del mes de febrero de 2013; véase Discurso del Presidente del Gobierno (2013: 29 y ss.).

⁷¹ Discurso del Presidente del Gobierno (2013: 32).

actualidad: que sólo resulta punible la figura del influyente –ya sea particular, funcionario o autoridad.- Si, como se ha mantenido a lo largo de todo el estudio, el delito de tráfico de influencias en sentido estricto es similar –en cuanto a estructural del delito de cohecho –diferenciándose, únicamente, en que en aquél la dádiva o favor se encuentra sustituida por el ejercicio de la influencia- no se entiende muy bien por qué el funcionario que se deja influir –en definitiva, “corromper” en sentido amplio- no ha de tener ningún tipo de sanción.

En consonancia con lo anterior, para facilitar la aplicación e interpretación de los delitos de tráfico de influencias en sentido estricto se propone establecer una sistemática similar, por no decir idéntica, a la que, desde la reforma de 2010, existe para el cohecho. Esto es: tráfico de influencias activo y pasivo; tráfico de influencias propio e impropio y tráfico de influencias para obtener una acción u omisión por parte del funcionario influenciado. Con ello se solventaría no sólo el problema de la impunidad del funcionario que se deja influir, sino también los problemas relativos a la interpretación del concepto de resolución y si ésta ha de ser contraria a Derecho o, por el contrario, también entrarían las resoluciones ajustadas a Derecho –que, por supuesto, supongan algún tipo de ventaja patrimonial al influyente o a un tercero-, así como también, los problemas interpretativos relativos a si en los tipos entraría la búsqueda o consecución de “resoluciones omisivas” o la ralentización o agilización de expedientes o, por último, si la consecución de un informe favorable entraría en el tipo (tal y como ocurre en algunas prevaricaciones específicas). En definitiva, y tomando como base la redacción actual del tráfico de influencias y del cohecho, los tipos de los arts. 428 y 429 podrían quedar redactados de la siguiente manera⁷²:

Artículo 428:

1. “El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir *un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo o un acto propio de su cargo o para que no realice, retrase o agilice el acto que debiera practicar, siempre que cualquiera de esas acciones u omisiones pudiera* generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de..., multa del tanto al... del beneficio perseguido u obtenido e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de... Si obtuviere el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior”.
2. “*En las mismas penas incurrirá el funcionario público o autoridad que se hubiese dejado influenciar y hubiese accedido a cualquiera de las acciones u omisiones a las que se refiere el número anterior*”.

Artículo 429:

1. “El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir *alguna de las acciones u omisiones a las que se refiere el artículo anterior, siempre que cualquiera de ellas pudiera* generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de... y multa del tanto al... del beneficio perseguido u obtenido. Si obtuviere el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior” (penas de prisión y multa idénticas a las establecidas en el art. 428, tal y como ocurre en la actualidad).

⁷² Se destacan en cursiva las innovaciones que se introducen respecto de la actual regulación.

2. *“En las mismas penas, además de la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de..., incurrirá el funcionario público o autoridad que se hubiese dejado influenciar y hubiese accedido a cualquiera de las acciones u omisiones a las que se refiere el número anterior”.*

En cuanto al artículo 430, y para evitar los problemas que ahora mismo se plantean en relación con el concurso –de leyes o de delitos- con la estafa –si las influencias que se venden son ficticias o no se piensan ejercer-, así como para no tratar igualmente, a efectos de pena, al particular que se lucra ejerciendo la influencia, que a aquel otro que lo hace de manera “altruista”, debería quedar clara la posibilidad de un concurso de delitos con el art. 429 –o cualquier otro, por ejemplo, prevaricación- puesto que, como se señaló, el delito del art. 430 protege un bien jurídico diverso al del art. 429. De la misma manera, y puesto que como también se dijo, si es un funcionario el que “vende” las influencias a un particular, no nos encontraríamos ante un delito de tráfico de influencias, sino directamente ante un delito de cohecho propio (esto es, ante una dádiva recibida para realizar un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo entre los que están ejercer influencias sobre otro funcionario), sería conveniente que el tipo aludiese sólo al particular y no a “los que...”, como hace actualmente.

Y respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sería más adecuado que, además de establecer un número 2 en el art. 430 –o, crear un nuevo artículo 430 bis- dicha responsabilidad se refiriese sólo a las conductas realizadas por los particulares puesto que, como se señaló, si quien lleva a cabo las conductas es un funcionario o autoridad –en provecho o por cuenta de una Administración Pública-, no existe responsabilidad penal de las Administraciones Públicas. En este sentido, el precepto podría quedar redactado de la siguiente manera:

Artículo 430:

1. *“El particular, que ofreciéndose a realizar las conductas descritas en el art. 429.1, solicitare de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de prisión de..., sin perjuicio de las que le pudiesen corresponder por la comisión de cualquier otro delito, incluido el contenido en el artículo 429.1”.*

2. (o 430 bis) *“Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en los artículos 429.1 ó 430.1⁷³, se le impondrá la pena de multa de..., sin perjuicio de las que les pudiesen corresponder por la comisión de cualquier otro delito, incluido el contenido en el artículo 429.1”.*

“Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.

Con estas propuestas, además de realizar una adaptación sistemática de los delitos de tráfico de influencias adecuada al delito de cohecho –del que, reitero, sólo le diferencia la dádiva, sustituida por la influencia- se consiguen evitar especulaciones y discusiones sobre el contenido de los tipos, además de contribuir de una manera más efectiva a la lucha contra la corrupción.

⁷³ O 430 si se decide introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas en un artículo 430 bis.

Bibliografía

- ALONSO PÉREZ, F. (2000), *Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el nuevo Código Penal*, Dykinson, Madrid.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (2011), “La reforma de 2010 del Código penal”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Núm. 1, pp. 75-84.
- ARROYO ZAPATERO, L. et al. (2007), *Comentarios al Código Penal*, Iustel, Madrid.
- ASÚA BATARRITA, A. (1997), “La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político-criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria”, en ASÚA BATARRITA, A. (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, IVAP, Bilbao.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (1994), “Anotaciones sobre el delito de tráfico de influencias”, en ORTS BERENGUER, E. (dir.), *Delitos de los funcionarios públicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid.
- CÓRDOBA RODA, J. (2004), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Marcial Pons, Madrid.
- CUGAT MAURI, M. (1997), *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Cedecs, Barcelona.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (2003), “Iniciativas internacionales contra la corrupción”, *Eguzkilore*, Núm. 17, pp. 5-16.
- DE LA MATA BARRANCO, N.J. (2004), *La respuesta a la corrupción pública. Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella*, Comares, Granada.
- DE LA MATA BARRANCO, N.J. (2009), “¿Qué interés lesionan las conductas de corrupción?”, *Eguzkilore*, Núm. 23, pp. 245-259.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. (2009), “Sobre la práctica del lobby y los delitos de tráfico de influencias”, *Diario La Ley*, núm. 7286.
- DÍEZ RIPOLES, J.L. (2008), “La política legislativa penal iberoamericana a principios del siglo XXI”, *Política Criminal*, Núm. 5, pp. 1-37.
- DISCURSO DEL PRESIDENTE DEL GOBIERNO (2013) –D. MARIANO RAJOY- EN EL DEBATE SOBRE EL ESTADO DE LA NACIÓN DE 20 DE FEBRERO. Disponible en línea: http://estaticos.elmundo.es/documentos/2013/02/20/debate_estado_nacion_rajo_y.pdf. Revisado el 25 de febrero de 2013.
- EI PAÍS (2013), “La Moncloa no habla de Bárcenas pero acelera las reformas anticorrupción”. Disponible en línea: http://politica.elpais.com/politica/2013/03/08/actualidad/1362776001_145891.html. Revisado el 9 de marzo de 2013.
- ENGISCH, K. (1967), *Introducción al pensamiento jurídico*, Guadarrama, Madrid.
- FERNÁNDEZ MOLINA, E. y TARANCÓN GÓMEZ, P. (2010), “Populismo punitivo y delincuencia juvenil”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Núm. 12-08, pp 1-25. Disponible en línea: <http://criminet.ugr.es/recpc/12/recpc12-08.pdf>. Revisado el 3 de marzo de 2013.
- FERNÁNDEZ ROCA, F.J. (2012), “El tráfico de influencias en la España franquista: decisiones públicas, beneficios privados”, *América Latina en la Historia Económica*, Núm. 38, pp. 193-218.
- GARCÍA ARÁN, M. (2010), “Los delitos de tráfico de influencias”, en ÁLVAREZ GARCÍA J. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- INFORME AL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL (2013), de 16 de enero. Disponible en línea: http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes/Informe_al_Anteproyecto_de_Ley_Orga

- [nica por la que se modifica la Ley Organica 10 1995 de 23 de noviembre del Código Penal](#). Revisado el 15 de febrero de 2013.
- LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (1997), "Artículo 430", en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (dir.), *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo III, Trivium, Madrid.
- MANNES, V. (2000), "Bien jurídico y reforma de los delitos contra la Administración Pública", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Núm. 02-01, Disponible en línea: http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_02-01.html. Revisado el 21 de noviembre de 2012.
- MARTÍNEZ ARRIETA, A. (2007), "Delitos de tráfico de influencias", en CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Tomo IV, Bosch, Barcelona.
- MARTÍNEZ GALINDO, G. (2005), "El delito de tráfico de influencias en la Administración Local", *La Ley Penal*, Núm. 22, pp. 36-50.
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, M. (2008), "Populismo punitivo, mayorías y víctimas", *Revista de Derechos Fundamentales*, Núm. 2, pp. 183-199.
- MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M.J. (2011), "Delitos de tráfico de influencias", en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentarios al Código Penal español*, Tomo II, Aranzadi/Thomson Reuters, Pamplona.
- MUÑOZ CONDE, F. (2009), *Derecho Penal. Parte Especial*, 17ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia.
- MUÑOZ LORENTE, J. (2001), *La nueva configuración del principio non bis in idem. Las sanciones administrativas como límite a la intervención penal*, La Ley, Madrid.
- MUÑOZ LORENTE, J. (2007), "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Proyecto de Ley de 2007 de reforma del Código Penal de 1995", *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, Núm. 40, pp. 26-45.
- OLAIZOLA FUENTES, I. (1997), "Concepto de funcionario público a efectos penales", en ASÚA BATARRITA, A. (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, IVAP, Bilbao.
- OLAIZOLA NOGALES, I. (2006), "Los delitos contra la Administración pública", en MIR PUIG, S. y CORCOY BIDASOLO, M. (dirs.), *Nuevas tendencias en política criminal*, Reus, Madrid.
- ROMERO DE TEJADA, J.M. (2010), "El delito de tráfico de influencias en el ámbito de la Administración local", *Cuadernos de Derecho Local*, Núm. 24, pp. 65-74.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M. (2009), "El populismo punitivo", *Escritura Pública*, Núm. 55, p. 15.
- VARONA GÓMEZ, D. (2011), "Medios de comunicación y punitivismo", *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Núm. 1, pp. 1-34. Disponible en línea: http://www.indret.com/pdf/791_1.pdf. Revisado el 28 de febrero de 2013.
- VOTO PARTICULAR AL INFORME DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2013), DE 16 DE ENERO, QUE FORMULAN LOS VOCALES D. ANTONIO DORADO PICÓN y Dª CONCEPCIÓN ESPEJEL JORQUERA, Y AL QUE SE ADHIEREN LOS VOCALES D. FERNANDO DE ROSA TORNER Y D. CLARO JOSÉ FERNÁNDEZ-CARNICERO, de 16 de enero. Disponible en línea: [http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder Judicial/Consejo General del Poder Judicial/Actividad del CGPJ/Informes/Informe al Anteproyecto de Ley Organica por la que se modifica la Ley Organica 10 1995 de 23 de noviembre del Código Penal](http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes/Informe_al_Anteproyecto_de_Ley_Organica_por_la_que_se_modifica_la_Ley_Organica_10_1995_de_23_de_noviembre_del_Codigo_Penal). Revisado el 15 de febrero de 2013.