

LOS DELITOS DE TRAFICO DE INFLUENCIAS

*Discurso leído el día 10 de Noviembre de 1995,
en el acto de recepción como Académico de Número, por el*
EXCMO. SR. D. FRANCISCO GOYENA DE LA MATA,

y contestación del

EXCMO. SR. D. JOSE MARIA LUZON CUESTA



MURCIA
1995

LOS DELITOS DE TRAFICO DE INFLUENCIAS

LOS DELITOS DE TRAFICO DE INFLUENCIAS

*Discurso leído el día 10 de Noviembre de 1995,
en el acto de recepción como Académico de Número, por el*
EXCMO. SR. D. FRANCISCO GOYENA DE LA MATA,

y contestación del

EXCMO. SR. D. JOSE MARIA LUZON CUESTA



MURCIA
1995

Copyright © 1995, by Francisco Goyena de la Mata
Depósito Legal: MU-1.598-1995
Printed in Spain - Impreso en España
por EL TALLER. Ingramur, S.L.
C/. Escultor Roque López, 3 y 5
Tlf. y fax: 24 45 99 – 30008 MURCIA

ÍNDICE

PRESENTACIÓN.....	9
INTRODUCCIÓN.....	11
PROBLEMÁTICA PENAL.....	17
GÉNESIS DE LOS NUEVOS PRECEPTOS.....	19
DELITOS DE TRAFICO DE INFLUENCIAS.....	27
A) CONCEPTO.....	32
B) BIEN JURIDICO PROTEGIDO.....	33
C) ELEMENTOS SUBJETIVOS.....	34
D) NÚCLEO DEL TIPO.....	38
E) CULPABILIDAD.....	43
F) PARTICIPACIÓN.....	43
G) GRADO DE DESARROLLO.....	44
H) PROBLEMÁTICA CONCURSAL.....	45
I) PENALIDAD.....	47
J) RESPONSABILIDAD CIVIL.....	48
CONCLUSIONES.....	49

Excmo. Sr. Presidente
Excmos. e Ilmos. Señores
Señoras y Señores:

Sirvan estas primeras palabras para constatar mi extrañeza y mi agradecimiento.

Desde mi llegada a esta tierra he procurado asistir a la lectura de los discursos de recepción de nuevos académicos por la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia; y siempre me había admirado la gran personalidad de los mismos y su altura científica.

Me considero, pese a mis años y al cargo que ostento, un Fiscal de a pie, un miembro más del Ministerio Fiscal, sin otros méritos que mi vieja vocación y entrega al trabajo diario. De ahí mi extrañeza cuando, sobre las diez de la noche del 11 de noviembre pasado, mi buen amigo y compañero Ángel de Alba me llamó por teléfono y, sin más, me dió la enhorabuena. Rápidamente repasé los últimos acontecimientos familiares y personales y no encontré razón alguna para tal felicitación.

Tanto fue así que pensé se debía a que una alumna suya, familiar en casa, había aprobado un ejercicio de oposiciones; por lo que le respondí que la enhorabuena era para él. Tras un diálogo de sordos, se aclaró la cuestión y resultó que me habían designado académico. No me senté..., porque ya lo estaba.

Al cabo de un rato, mi estado cambió de la extrañeza al agradecimiento hacia todos aquellos que con tanta benevolencia me habían calificado.

No tardé mucho en darme cuenta de la responsabilidad que había contraído, pues la designación me imponía la obligación de estudio y

de dedicación a la Academia, a lo que me comprometí íntimamente y ahora ratifico en público y, como acto inicial, comencé a pensar en el tema de esta intervención.

Se me sugirió el tema del tráfico de influencias por el que ya sentía curiosidad, y lo acepté con gusto. Me propuse ser original si bien, pronto, sufrí una decepción, pues casi todo lo que se me ocurría ya lo habían dicho otros. Aunque, por otro lado, tuve también la satisfacción de ser coincidente con autores más prestigiosos.

Pido perdón a todos, pues no voy a exponer el tema de forma periódica, con referencias a los recientes ejemplos, sino tratándolo desde un punto de vista puramente jurídico y práctico.

Ya solamente me resta dejar constancia de mi agradecimiento a cuantos miembros de esta Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia me propusieron para integrarme en la misma sin méritos suficientes. A mi familia en general, que me ha procurado el tiempo y reposo suficiente para preparar este trabajo y, en particular: A mi esposa, Blanca, que en todo momento me animó a ello: a mis hijos, que han sido los mejores críticos del mismo, proporcionándome a la vez ideas y bibliografía; a mi hija Marina, por los nuevos trucos del ordenador que me ha enseñado. A la Cátedra de Derecho Penal de nuestra Universidad, que me proporcionó textos. A mi Teniente Fiscal, Esteban Martínez-Abarca, que me dió el visto bueno. Y a todos ustedes por la paciencia que van a demostrar escuchándome.

INTRODUCCIÓN

Señala GARCÍA DE ENTERRÍA, en la presentación del trabajo de ALFONSO SABÁN¹, «la corrupción está hoy en la primera línea de la preocupación pública».

Pese a que, actualmente, el problema parece haberse agudizado y raro es el día en que algún medio de comunicación social no nos anuncia un posible supuesto de corrupción, tales conductas no son exclusivas de estos tiempos. Todo depende del concepto que se tenga de «*corrupción*», o de «*tráfico de influencias*» como, en expresión más genérica y extensiva, se denomina últimamente; así, en palabras de MUÑOZ CONDE, «el tráfico de influencias es una lacra que durante mucho tiempo ha conculcado y aún hoy conculca la rectitud y, sobre todo, la imparcialidad de la actuación administrativa».

Por «*corrupción*» se entiende todo vicio o abuso introducido en las cosas no materiales, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua. Entre nosotros, en términos coloquiales, se utiliza también la expresión «*corruptela*», con una significación de menor entidad; si bien en el diccionario equivale a mala costumbre o abuso, especialmente referida a la que se introduce contra la ley.

Esta actividad es, consciente o inconscientemente, innata a la condición humana. El hombre siempre ha precisado —o creído precisar— la colaboración de otros para lograr determinados fines, incluso para aquéllos a los que tiene derecho, y, a medida que éstos son más elevados o difíciles de alcanzar, recurre a medios más complejos y superiores.

1. Alfonso Sabán Godoy. «*El marco jurídico de la corrupción*». Civitas 1991.

¿Qué otra cosa son las ofrendas a los dioses para obtener un beneficio —el *votum* romano—, los regalos a los señores feudales que hacían sus vasallos, etc..? En nuestra literatura picaresca encontramos numerosos ejemplos de tales conductas, que reflejan las costumbres de la época. El amiguismo y la recomendación constituyen casi una práctica social derivada de nuestra concepción patrimonialista y familiar de la sociedad tradicional que es extensiva a toda la humanidad².

Lo que ocurre es que hay que distinguir entre la mera recomendación, que a nada obliga ni precisa compensación, de aquellos comportamientos extremos que implican deslealtad al orden social y que alarman a la Administración y a los ciudadanos.

Del propio concepto semántico se deduce que «*corrupción*» equivale a vicio de cosas inmateriales, por las que debemos entender derechos, o abuso contrario a la ley, como norma que debe regir en toda sociedad

A medida que el Estado moderno se consolida, las normas que los ciudadanos formulan en sus Parlamentos, y los controles que recíprocamente ejercen los distintos poderes democráticos, hacen que la arbitrariedad del poderoso se vea limitada y los abusos por parte de autoridades, funcionarios y particulares sean mejor detectados y, en su caso, sancionados.

En este sentido, nuestro legislador, en su deseo de mantener pura a la Administración, ha proliferado una multitud de preceptos a lo largo del Código Penal, carentes de sistemática, sin un único bien protegido como denominador común de todos ellos, mezclando conductas propias de los funcionarios con otras aplicables sólo a los particulares, creando un grave confusiónismo a los prácticos a la hora de aplicar la norma más correcta.

No cabe duda de que existe *corrupción*, en su acepción de abuso o deslealtad, en las esferas familiar, mercantil, laboral, etc.. Pero no nos vamos a ocupar de ellas por tener sus repercusiones en el campo privado, ajeno al Derecho Público.

Es unánime el sentir de que el Derecho Penal debe ser la última

2. Vives Antón señala que lo que se trata de combatir constituye «una práctica que nada tiene de moderna ni de recién inventada, pues es tan vieja como la misma humanidad». *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial*. Tirant lo Blanch. Valencia.

palabra, y que sólo debe acudir a él para castigar los supuestos más graves; aquéllos en que, por afectar a intereses generales, el prevalimiento de la función daña la confianza en las instituciones y afecta a los intereses de todos los ciudadanos; donde entra en juego la razón de su punición, actuando el Derecho Penal en su doble función de prevención y sanción.

Señala SUÁREZ MONTES³ que «buena parte de la actividad de la Administración no se encuentra en la actualidad suficientemente reglada para impedir el arbitrio y la excesiva discrecionalidad». «Durante la última década, junto a la indicada expansión de la actividad administrativa, se ha producido el grave fenómeno de que, bajo un mal entendido deseo de eficacia, no se han introducido los mecanismos necesarios de control y garantías de objetividad, a la vez que una sucesión de reformas han ido eliminando una buena parte de las que antes existían».

La falta de control o la disminución del mismo, la desidia o inoperancia de los órganos encargados de dicho control, por falta de interés o de medios efectivos, induce a los desaprensivos a buscar su enriquecimiento o el favorecimiento de amigos y familiares, desviando la finalidad para que fue concebida la actuación administrativa dirigida al bien general.

Así lo ha entendido nuestra Constitución, que nos da las pautas supremas de lo que debe ser una recta Administración, a la que impone, en su artículo 103, las siguientes funciones:

- 1.^a Servir con objetividad los intereses generales.
- 2.^a Realizar una actividad concorde con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación.
- 3.^a Sometimiento pleno a la ley y al Derecho, tanto por parte de la Administración Pública como de sus órganos.
- 4.^a Acceso de los funcionarios públicos de acuerdo con los principios de mérito y capacidad.
- 5.^a Implantación de un sistema de incompatibilidades y garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.

3. «Consideraciones político-criminales sobre el delito de Tráfico de Influencias», en *Homenaje a la Memoria del Profesor Don Juan del Rosal*.

Por su parte, el artículo 106 del mismo texto constitucional atribuye a los Tribunales de Justicia el control de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa.

Son estos principios los que nos pueden dar la clave del fin y de la fundamentación de toda norma sancionadora de comportamientos corruptos en su acepción general, cualesquiera que sean los términos del tipo sancionador, dada la vaguedad de los mismos.

De todas las condiciones que se imponen a la Administración, a nuestro entender, deben destacarse tres: *Legalidad, sistema de incompatibilidades y el control jurisdiccional*.

No es nuestra intención hacer una crítica de la situación actual de estas medidas correctoras; sólo queremos apuntar los medios encaminados a impedir abusos y evitar la actuación punitiva del Estado, para lo que deberán incrementarse las incompatibilidades de los funcionarios públicos durante y, sobre todo, después del desempeño, forzoso o voluntario, de su función; así como la erradicación de los actos administrativos no reglados, y la potenciación de los órganos del orden *contencioso-administrativo*, dotándolos de medios personales y materiales, con aumento de su número, y creación de procedimientos rápidos de ejecución inmediata, cercenando con ello, en este aspecto, los privilegios de la Administración.

Abundando en ello, ALFONSO SABÁN GODOY⁴ precisa unas inaplazables reformas, a saber:

- «1. Remoción de obstáculos jurídicos que impidan una adecuada fiscalización de motivos y fines de la actividad administrativa.
2. Revisión de todos los trámites procesales y supresión de aquellos que hacen depender el proceso de la voluntad de una de las partes.
3. Revisión, igualmente, de la ejecutividad y consagración de las facultades suspensivas para supuestos repetidos, así como de apariencia de razón.
4. La potestad sancionadora ha de ser de obligada utilización, excepto en los conflictos estrictamente personales entre agen-

4. Obra citada.

tes públicos, y los terceros afectados han de tener la facultad de personarse en estos litigios.

5. El Tribunal ha de disponer de cuantas facultades precise para la completa ejecución de sus sentencias, lo que constituye una exigencia de la propia Constitución (art. 117.3)».

Hasta aquí lo que pudiéramos llamar medidas preventivas en evitación de todo abuso de poder.

PROBLEMÁTICA PENAL

En su faceta punitiva, nuestro legislador, sensible a supuestos de corrupción, resolvió últimamente la cuestión por el sistema que HASSEMER, citado por IGNACIO BERDUGO⁵, denomina de «símbolo», consistente en promulgar leyes de compromiso o, dicho de otro modo, «leyes poco decisorias, pero que siempre tienen un núcleo central para satisfacer la necesidad de actuar».

En este aspecto, continúa, «se emplea el Derecho Penal ante situaciones socialmente críticas, en la conciencia de que la solución de la mismas excede en mucho al ordenamiento punitivo. En estos casos se está empleando el Derecho Penal con finalidad de exteriorizar el máximo interés por la erradicación de un conflicto; se está produciendo una huida al Derecho Penal que, cuando se lleva a cabo prescindiendo de otros medios de control social, acaba generando más problemas que los que se pretenden solucionar, en cuanto, además, viene acompañada de su inaplicación».

El problema radica en que la delincuencia en este campo ha evolucionado. Ya no se trata del funcionario aislado que se deja corromper por una dádiva o presente para la realización de un acto ilegal o simplemente ilícito; o que intente beneficiarse con una petición (caso del cohecho); o del que, por razones interesadas o egoístas, incluso de venganza, resuelve injustamente (supuesto de la prevaricación); o, de forma individual, trata de lucrarse participando en empresa, negocio o subasta.

5. «Anotaciones sobre el delito de Tráfico de influencias». *Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 1995.

Actualmente, desde hace unas décadas, este tipo de delincuencia ha progresado en sus técnicas y en sus fines. Lo que antes era un simple enriquecimiento, se ha convertido en ansia de poder, y el dinero contribuye a ello indudablemente. Pero ya no constituye sólo un fin, sino un medio que mueve a la creación de grupos de presión, económicos, políticos, o de ambas clases, implicando necesariamente otra forma de criminalidad, que supera la que se ha dado en llamar, a partir de SUTHERLAND, «*delincuencia de cuello blanco*», o «*withe-collar criminality*», y que precisa, para el logro de sus fines, una simbiosis entre el elemento económico y el político o funcional, con tal gravedad y trascendencia para la sociedad, que ha motivado la introducción de reformas en los Códigos Penales del mundo occidental.

Como apunta JOSÉ MARÍA PAZ⁶, «Es muy difícil combatir con éxito esta nueva delincuencia por sus propias características, ya que, entre la comisión del acto y sus efectos, media un espacio de tiempo; además, es muy frecuente que las entidades perjudicadas no denuncien los hechos y prefieran la vía civil».

La cuestión se agrava para juristas y legisladores por la complicación añadida de las oportunidades que brindan las relaciones internacionales. Piénsese en las uniones existentes entre partidos políticos afines de otros Estados, las facilidades de intercambio de valores en Bolsas extranjeras, la evasión de capitales, apertura de cuentas en bancos de otros países, etc.

Para atajar estas conductas los legisladores recurren, bien a dictar leyes penales especiales, o a modificaciones de sus Códigos Penales. Reformas que se suceden y solapan constantemente, ante la rapidez de los cambios sociales y el ingenio de los infractores para eludir el peso de la ley.

Surge así, en la criminología moderna, el llamado «*Tráfico de influencias*», que se origina en las relaciones entre el poder político y otros órganos de la economía pública, especialmente empresas públicas o sociedades interpuestas en las que aquel ejerce su influencia. El punto crítico de la cuestión se encuentra en la sumisión o dependencia funcional de los órganos de la economía pública respecto a los poderes partidistas de un gobierno.

6. «El Tráfico de Influencias y la Información Privilegiada». *La nueva delincuencia II*. Consejo General del Poder Judicial.

GÉNESIS DE LOS NUEVOS PRECEPTOS

En nuestro país, prescindiendo de antecedentes más remotos, a los que en su momento nos referiremos, y centrándonos en los más cercanos, lo primero que llama la atención es el deseo de los distintos Grupos Parlamentarios de llegar a una solución en estos temas.

Con ese objetivo, en el Pleno del Congreso de los Diputados del día 15 de marzo de 1988 se aprobó la creación de una «Comisión de Investigación sobre Incompatibilidades y Tráfico de Influencias», que no tuvo consecuencias legislativas.

Insistiendo en la cuestión, el Grupo «Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya» presentó ante la Mesa del Congreso, en 12 de enero de 1990, una Proposición de Ley encaminada a la inclusión de un nuevo artículo del Código Penal, dentro del Capítulo IV del Título VIII del Libro II, «De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos», numeral 368 bis, con la siguiente redacción:

«El funcionario público que en propio o ajeno beneficio, mediando o no recompensa, participación o dádiva, para sí o para persona interpuesta, suministrare a otro información privilegiada, de la que tenga conocimiento por razón de su oficio, para facilitar la ventajosa o más favorable consecución de cualquier negocio, o intercediera frente a cualquier clase de autoridad para el otorgamiento de concesión, contrato u operación mercantil, servicio o nombramiento, será castigado con la pena de arresto mayor y multa de 300.000 a 1.000.000 de pesetas, además de inhabilitación absoluta».

Se fundamentaba la propuesta, de una parte, en su inaplazable punición y, de otra, en el reproche social: «La regulación punitiva de los

vulgarmente conocidos como supuestos de tráfico de influencias y de utilización abusiva de la información privilegiada es inaplazable por la generalizada demanda del cuerpo social. Estos comportamientos, indudablemente delictivos, han suscitado el lógico reproche social, agravados por sus escandalosas y poco ejemplares consecuencias tanto para el buen sentir cívico, la economía y su justo orden, como para la propia imagen de las instituciones afectadas por la conducta desleal de los funcionarios públicos autores de estos abusos»⁷.

A su vez, el día 24 de iguales mes y año, el Grupo Parlamentario «Popular» presentó, ante el mismo órgano, una «Proposición de Ley Orgánica reguladora del Tráfico de influencias y del manejo de información privilegiada», señalando, en su justificación, tanto la necesidad y urgencia de que «el Derecho español contemple aquellas relaciones de influencia o presión recíprocos entre los poderes políticos y los centros de decisión económica», como «la institucionalización de diversas fórmulas de control, interno y externo, que prevengan y garanticen el funcionamiento independiente, así como la objetividad y eficacia en la gestión de los intereses públicos; estableciéndose al tiempo las formas de exigencia de las eventuales responsabilidades a que hubiere lugar, cuando el interés público ha sido burlado, o se han antepuesto a su consecución intereses particulares».

La Proposición se articuló de la forma siguiente:

Artículo 1.º **Concepto legal.**

1. «Se entiende por tráfico de influencias, a los efectos de esta Ley, aquella actividad de aproximación, inducción o persuasión, ante las Administraciones o Poderes Públicos, autoridades o funcionarios, o de intervención ilegítima en asuntos o negocios pertenecientes a la esfera pública, practicada con el fin de incidir en la formación de voluntad de los órganos administrativos a sus titulares y obtener de este modo beneficios patrimoniales para sí mismo o para terceros».
2. «Se considera manejo de información privilegiada, a los efectos de esta Ley, la utilización, por quien ostenta un alto cargo o lo ha ostentado en los dos años anteriores, de informaciones

7. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados de 25-1-1990.

o datos de los que haya tenido conocimiento en razón de su cargo con el fin de obtener un beneficio patrimonial para sí o para terceros».

Artículo 2.º Tipificación penal.

1. *«Quienes ejercieran tráfico de influencias o manejen información privilegiada y obtuvieran para sí o para terceros un beneficio patrimonial, serán castigados con la pena de arresto mayor y multa del tanto al duplo del valor del beneficio obtenido».*
2. *«Será tipo cualificado de este delito el hecho de que su autor ostente un alto cargo o lo haya ostentado en los dos años anteriores. A tales efectos, se consideran altos cargos:*
 - a) *Aquellos que resultaron elegidos en convocatoria a las Cortes Generales o Parlamentos autonómicos, así como a Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales.*
 - b) *Los miembros de órganos cuya provisión corresponda a las Cortes Generales o a los Parlamentos Autonómicos.*
 - c) *Los cargos de las Administraciones Públicas cuyo nombramiento exija la forma de Decreto, así como todos aquellos que se hallan comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley 25/1983, de 26 de diciembre.*

En este supuesto, la multa será del duplo al triplo del beneficio obtenido y se aplicará, en todo caso, la inhabilitación absoluta».

Artículo 3.º Extensión de la investigación.

1. *«A los efectos de incoación del proceso, se entenderá que existen indicios racionales de tráfico de influencias o manejo de información privilegiada cuando el alto cargo no justificare, al ser debidamente requerido, la procedencia de un incremento considerable de su patrimonio, posterior a la toma de posesión de su cargo y hasta el plazo de cuatro años desde que cesare en el mismo».*
2. *«Los Tribunales podrán extender la investigación de tales incrementos injustificados a los patrimonios del cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos o afines en los mismos grados del alto cargo».*

Artículo 4.º Obligación de declarar y Registro de Intereses.

1. *«Quienes sean elegidos o designados para desempeñar alguno de los altos cargos comprendidos en el número dos del artículo segundo, deberán efectuar una declaración jurada de actividades y de patrimonio. Ambas declaraciones se efectuarán dentro de los tres meses siguientes al de toma de posesión o cese, y al de modificación de las circunstancias de hecho».*
2. *«Tales declaraciones se practicarán según modelo que aprobarán las Mesas de cada Cámara, y el Ministerio u Organismo competente en los demás casos».*
3. *«La declaración de actividades incluirá la descripción de la actividad profesional anterior y especificará, en su caso, la pertenencia a Consejos de Administración o cualquier otra vinculación con empresas privadas, así como cualesquiera actividades que proporcionen o puedan proporcionar ingresos económicos».*
4. *«Las declaraciones se inscribirán en un Registro de Intereses, constituido en la Cámara correspondiente y en el Ministerio u Organismo competente en los demás casos».*
5. *«El contenido del Registro de Intereses tendrá carácter público, a excepción de lo que se refiera a bienes patrimoniales».*

Artículo 5.º Responsabilidad penal de los funcionarios públicos.

1. *«El funcionario público que, conocedor de una actividad que pudiera constituir delito de tráfico de influencias o manejo de información privilegiada, no lo denunciare, incurrirá en la pena de arresto mayor y suspensión».*
2. *«Si en el referido delito hubiere mediado beneficio para el funcionario, se le impondrá además la pena de multa del tanto al duplo e inhabilitación especial».*

Artículo 6.º Supuestos de Concurso y Comiso.

1. *«Si los hechos son susceptibles de ser calificados con arreglo a otros preceptos del Código Penal, lo serán por aquel que aplique mayor sanción al delito cometido».*
2. *«En todo caso, serán decomisados los beneficios obtenidos con ocasión de la comisión de tales delitos».*

Artículo 7.º Acción Pública.

1. *«La acción penal derivada de los anteriores delitos es pública. Todos los ciudadanos podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal».*
2. *«El Ministerio Fiscal ejercerá de oficio la acción penal, cuando tenga conocimiento de la comisión de alguno de los hechos contemplados en la presente Ley».*

Artículo 8.º Obligaciones de control.

1. *«Los Interventores de la Administración estarán obligados a reparar aquellos expedientes de gasto en los que presuman racionalmente que haya podido existir tráfico de influencias o manejo de información privilegiada, poniéndolo en conocimiento de inmediato de la Intervención General correspondiente».*
2. *«La Intervención General remitirá los expedientes con el reparo al Tribunal de Cuentas del Reino».*
3. *«El Tribunal de Cuentas, tras examinar el expediente pasará, en su caso, el correspondiente tanto de culpa al Ministerio Fiscal»⁸.*

Siguiendo las mismas directrices, el Grupo Parlamentario Catalán «Convergència i Unió» presentó, el 29 siguiente, su Proposición de Ley Orgánica por la que se introduce un nuevo Capítulo en el Código Penal para controlar el tráfico de influencias y el uso de informaciones privilegiadas, con el siguiente tenor:

CAPÍTULO XII BIS: *Del tráfico de influencias y uso indebido de informaciones privilegiadas.*

Artículo 404 bis a):

1. *«Toda persona que desarrollando acciones ilícitas ante las Administraciones Públicas o de intervención en asuntos o*

8. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados de 31-1-1990.*

negocios de naturaleza pública, hubiera obtenido un beneficio propio o ajeno, será castigada con la pena de arresto mayor y multa del tanto al duplo del valor del beneficio obtenido».

2. *«Incurrirá en la misma pena establecida en el número 1 de este artículo la autoridad pública, sea electiva o no, que utilizando informaciones o datos procedentes del ejercicio de su cargo hubiera obtenido un beneficio propio o ajeno».*
3. *«La autoridad pública, sea electiva o no, que cometiera alguno de los delitos expresados en este artículo será castigada también con la pena de inhabilitación especial».*

Artículo 404 bis b):

«Los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos regulados en este Título serán de aplicación a las autoridades públicas, sean electivas o no»⁹.

La ponencia designada al efecto emitió informe otorgando al Proyecto de Ley naturaleza orgánica, ya que se comprende en los supuestos del artículo 81.1 de la Constitución, por afectar a los derechos fundamentales reconocidos en su artículo 25; separa ambos ilícitos, cambiando el epígrafe del Capítulo IV del Título VII, que pasa a denominarse *«De la revelación de los secretos e informaciones y de la información privilegiada y su uso indebido»*; perfila el artículo 390 dentro del cohecho; e introduce el Capítulo XIII del Título VII del Libro II del Código Penal con la rúbrica *«Del tráfico de influencias»*, tal como se recoge en el texto hoy vigente, que fue aprobado por la Comisión, al ser rechazadas las enmiendas presentadas por *Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya*, siendo aprobado por el Pleno en sesión celebrada el 13 de diciembre de 1990.

Tras su paso por el Senado, el texto quedó aprobado definitivamente el 21 de marzo de 1991 y sancionado el día 22; se publicó el día 27 en el Boletín Oficial del Estado, y entró en vigor el día siguiente, con el contenido, de todos conocido, que se expone a continuación:

9. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados de 6-2-1990.*

Artículo 367:

«El funcionario público o autoridad que revelare los secretos o cualquier información de que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados será castigado con las penas de suspensión y multa de 100.000 a 200.000 pesetas».

«Si de la revelación a que se refiere el párrafo anterior resultare grave daño para la causa pública o para tercero, las penas serán las de prisión menor e inhabilitación especial».

«Si se tratare de secretos de un particular, las penas serán las de arresto mayor, suspensión y multa de 100.000 a 500.000 pesetas».

Artículo 368:

«El funcionario público o autoridad que, haciendo uso de un secreto de que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo o de una información privilegiada, obtuviere un beneficio económico para sí o tercero, será castigado con las penas de inhabilitación especial y multa del importe del valor del beneficio obtenido o facilitado. Si resultare grave daño para la causa pública o para tercero, las penas serán las de prisión menor e inhabilitación especial».

«A los efectos de este artículo, se entiende por información privilegiada toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón del oficio o cargo público y que no haya sido notificada, publicada o divulgada».

Artículo 390:

«El funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente, será castigado con las penas de arresto mayor y multa del tanto al triplo del valor de la dádiva o regalo, sin que pueda ser inferior a cien mil pesetas».

Por su parte el nuevo **Capítulo XIII**, bajo la rúbrica *«Del Tráfico de influencias»* comprende los tres siguientes artículos:

Artículo 404 bis a):

«El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario o autoridad prevaleándose 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 y consiguiera una resolución, obteniendo por ello un beneficio económico para sí, directa o indirectamente, o para tercero, será castigado con las penas de arresto mayor, inhabilitación especial y multa por el importe del valor del beneficio obtenido».

Artículo 404 bis b):

«El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaleándose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad y consiguiera una resolución, obteniendo por ello un beneficio económico para sí, directa o indirectamente, o para tercero, será castigado con las penas de arresto mayor y multa por el importe del valor del beneficio obtenido».

Artículo 404 bis c):

«Los que, ofreciendo hacer uso de influencias cerca de las autoridades o funcionarios públicos, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de arresto mayor».

«Si los hechos a que se refiere el párrafo anterior fueren realizados por profesional titulado, se impondrá además, como accesoria, la pena de inhabilitación especial».

«En cualquiera de los supuestos a que se refiere este artículo, la autoridad judicial podrá imponer también la suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, organización o despacho y la clausura de sus dependencias abiertas al público por tiempo de seis meses a tres años».

Ciñéndonos exclusivamente al tema de nuestra exposición, nos referiremos a los

DELITOS DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS

La lectura de los delitos transcritos nos sugieren unos primeros comentarios antes de entrar en el estudio de los preceptos en concreto:

- 1.º Si la conducta que se sanciona es calificada de grave, si la deslealtad que supone por parte de la autoridad, funcionario o particular tiene tan importantes repercusiones para la confianza que debemos tener en la Administración, nos parecen ridículas las penas que se señalan: *Arresto mayor*, de difícil ejemplaridad dada la escasa duración de la privación de libertad, susceptible de ser sometida a remisión condicional. *Suspensión o inhabilitación especial*, que no absoluta, e inferior, creemos, a la que podría imponerse en un expediente disciplinario, que llevaría consigo posiblemente la separación del cuerpo o del servicio. Y *multa*, que en el texto definitivo degrada el doble e incluso el triple que se recogía en las Proposiciones, reduciéndola al tanto del valor del beneficio. Como señalaba BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE¹⁰ «bastante de carácter simbólico y de huida al Derecho Penal tuvo la reforma del Código Penal de 1991».
- 2.º La interconexión que existe en los textos punitivos de tráfico de influencias y uso de información privilegiada, como se desprende de su discusión conjunta en el seno de las Cortes, no se compagina con su regulación en capítulos distintos¹¹.

10. Obra citada.

11. Por el Partido Popular se propuso una enmienda al texto del dictamen de la Comisión «para incardinar la reforma en un nuevo Título, que será el XV del Libro II del Código Penal, que llevará por título «Del Tráfico de influencias y utilización de

- 3.º Se mantiene la confusión entre los delitos cometidos por funcionarios públicos y los ejecutados por particulares, cuando ambos tipos se hallan incardinados bajo la rúbrica específica de «*Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos*».

Como no podía ser menos, el Proyecto de nuevo Código Penal, aprobado por el Congreso de los Diputados cuando estamos redactando estas líneas, reproduce el texto actual aunque con ligeras correcciones de redacción; si bien impone penas superiores, decreta el comiso de las dádivas, lo que estimamos correcto al igual que su colocación en un capítulo independiente, dentro del Título que ya se denomina «*Delitos contra la Administración Pública*», castiga la tentativa del tráfico de influencias y reforma el ofrecimiento de influencias mediante precio, suprimiendo el segundo párrafo referente al profesional titulado¹².

Retomando el derecho positivo actual, la doctrina se pregunta si era necesaria la introducción de estos nuevos tipos, que pueden producir

información privilegiada». *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados del día 22-3-1990.

12. *Artículo 406.*— «El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaleándose 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 y consiguiera una resolución, obteniendo por ello directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año, multa del tanto al duplo del beneficio obtenido, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. La tentativa será punible».

Artículo 407.— «El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaleándose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad y consiguiera una resolución, obteniendo por ello, directa o indirectamente, un beneficio económico para sí o para un tercero, será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año, y multa del tanto al duplo del beneficio obtenido. La tentativa será punible».

Artículo 408.— «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 la pena de prisión de seis meses a un año».

«En cualquiera de los supuestos a que se refiere este artículo la autoridad judicial podrá imponer también la suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, organización o despacho y la clausura de sus dependencias abiertas al público por tiempo de seis meses a tres años».

Artículo 409.— «En todos los casos previstos en este Capítulo, y en el anterior, las dádivas, presentes o regalos caerán en comiso».— *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de Diputados del 26-6-1995.

confusión y plantear graves problemas, al entrar en colisión con otros preceptos del Código.

En efecto, desde el artículo 198, en sede de los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes, en el Título II del Libro II, pasando por los delitos de prevaricación, cohecho, malversación, revelación de secretos, negociaciones prohibidas a los funcionarios, ubicados en el abanico que desarrolla el Título VII bajo la denominación común de «Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos», terminando con los de estafa y otros engaños y de apropiación indebida, por remisión expresa del artículo 403¹³, e incluso con los referentes a las maquinaciones para alterar el precio de las cosas, disponía el Código de suficientes instrumentos legales para la persecución y castigo de las conductas que nos ocupan, tan sólo con retocar alguno de los mencionados preceptos, evitando conflictos normativos.

«De ninguna manera –dice nuestro Tribunal Supremo¹⁴– supone que este nuevo delito haya venido a llenar un vacío inexistente respecto a la inducción o cooperación necesaria del delito de prevaricación».

La falta de sistemática aconsejaba su reagrupación y sistematización, lo cual implicaba una reestructuración general de todo el texto punitivo que, como vemos, no se hace en los Proyectos citados.

También podría haberse aprovechado la reforma para sustituir la rúbrica del Título por la de «*Delitos contra la Administración Pública*», como ya se hacía en el Anteproyecto de 1983, anterior a la reforma, que perfila mejor el bien jurídico protegido y sirve de denominador común a la naturaleza jurídica de este conjunto de figuras penales; lo que corrige, como hemos dicho, el nuevo Proyecto de Código Penal.

En el mismo sentido se expresa ENRIQUE CASAS BARQUERO¹⁵, quien añade que el Título debería dividirse en dos capítulos: Uno relativo a los delitos de los funcionarios contra la Administración

13. «El funcionario público que, abusando de su cargo, cometiere alguno de los delitos expresados en el capítulo IV, Secciones 2.ª y 4.ª, Título XIII de este Libro, incurrirá en las penas allí señaladas y además en la de inhabilitación especial».

14. Sentencia 24 de junio de 1994.

15. «Tráfico de Influencias», en *Estudios Penales en Memoria del Profesor Agustín Fernández-Albur*.

Pública, y el otro a los delitos de los particulares contra dicha Administración.

Desde la publicación de la reforma, la tipificación del *Tráfico de Influencias* que hace el legislador ha sufrido las críticas más adversas por parte de la doctrina.

Para SUÁREZ MONTES¹⁶ la reforma parece insuficiente; considera inadecuado el camino seguido por el legislador al tipificar el nuevo delito, y califica la figura de «atormentada, oscura e imprecisa».

Pero ha sido el texto del artículo 404 bis c) el auténtico pararrayos de las repulsas de los autores.

A diferencia de lo que plantean los otros dos artículos del capítulo, señala MUÑOZ CONDE¹⁷, el hecho que aquí se tipifica nada tiene que ver directamente con el ejercicio de la función pública. El ámbito en el que se puede dar este delito es completamente privado; añade: «El artículo 404 bis c) queda así como un tipo residual que no afecta a bien jurídico alguno»; y termina concluyendo que «evidentemente no es con tipos como éste como se va a acabar penalmente el problema del tráfico de influencias».

Por su parte, VIVES ANTÓN¹⁸ opina que la inclusión de este precepto en el Código Penal es la más problemática, tanto por lo que en él se castiga, como por la tipificación de lo que se castiga.

Con sentido más incisivo, SUÁREZ MONTES¹⁹, después de señalar la vaguedad de que adolece la descripción típica, que hace quedar mal parado el principio de legalidad, augura «un futuro *muy tranquilo* a esta nueva infracción de nuestro Código».

El propio diputado de *Izquierda Unida*, Señor CASTELLANO CARDALLIAGUET, al defender las enmiendas al Proyecto, presentadas por su Grupo, se expresaba diciendo: «dejar estos delitos en la forma en que están regulados en la proposición de ley, irán a englobar ese catálogo tan importante que tiene nuestro Código Penal de delitos de eficacia moral y de nula eficacia legal»²⁰.

16. Obra citada.

17. «*Derecho Penal*». Parte Especial.

18. «*Tratado de Derecho Penal*». Tirant lo Blanch. Valencia.

19. Obra citada.

20. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados del 7-11-1990.

En parecidos términos se expresa GABRIEL GARCÍA PLANAS²¹.

Y no puede decirse que la sociedad no demandara el castigo de estas conductas. Basta recordar las fundamentaciones de las propuestas de Ley de los distintos Grupos Parlamentarios y, con anterioridad, algunos autores que, como RODRÍGUEZ DEVESA²², ya lo habían instado, si bien no se supo aprovechar la oportunidad de la reforma o se quiso simplemente recoger la preocupación.

El nuevo Capítulo comprende tres variantes de una misma conducta:

- 1.^a «El *funcionario público* que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquiera otra situación derivada de su situación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad y consiguiera una resolución, obteniendo por ello un beneficio económico para sí directa o indirectamente o para tercero».
- 2.^a «El *particular* que realizase la misma conducta, si bien en este supuesto obviamente no puede prevalerse del cargo, quedando reducido su prevalimiento a sus relaciones personales con la autoridad o funcionario».
- 3.^a «El ofrecimiento de influencias mediante *precio*».

Los tres artículos pueden englobarse en dos grupos: El correspondiente a los bis a) y bis b), por una parte; y el bis c) con autonomía propia, por otra.

Los autores suelen tratarlos por separado. Nosotros, en cambio, preferimos estudiarlos conjuntamente, para no romper, en primer lugar, la unidad del capítulo y, para resaltar con mayor claridad, después, sus analogías y diferencias.

El comportamiento recogido en el primer supuesto es nuevo en nuestra legislación, igual que el segundo, que constituye una variante subjetiva del anterior; el tercero, sin embargo, ya había sido previsto en el Proyecto de Código Penal de 1980²³, queriendo algunos ver un ante-

21. «El nuevo delito de tráfico de influencias». Revista del Poder Judicial n.º 29.

22. «Derecho Penal Español». Parte Especial. 1973.

23. Artículo 473.— Los que ofreciendo hacer uso de influencias cerca de los funcionarios o encargados de servicios públicos, solicitaren de terceros dádivas o presentes o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de multa de doce

cedente del mismo en el Código Penal de 1928²⁴, si bien instalados ambos, con mayor rigor técnico, dentro de la figura del cohecho.

a) *CONCEPTO*

Los preceptos que tipifican las conductas recogidas en los artículos 404 bis a), b) y c), no nos dan una definición de lo que debe entenderse por tráfico de influencias. La palabra **tráfico** se utiliza en una acepción peyorativa, equivalente a las castizas «*álgio o granjería*» de soleira en nuestro Código Penal. Su significación real es la de negocio o empresa que, trasladada al precepto, lleva implícita una actividad ilegal, lo que, si bien en los dos primeros artículos podría ser un acto individual y aislado, en el tercero comporta una actuación compleja y de mayor permanencia, como cuando se habla de tráfico de armas, de blancas, de divisas, etc., pues no otra cosa se deriva de la expresión «*hechos realizados por un profesional*», cuando no de la «*suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, organización o despacho*».

En los supuestos que nos ocupan, el negocio va dirigido a la obtención de un beneficio abusando de las relaciones existentes entre elementos relacionados con el poder político o económico.

Tampoco hemos encontrado una definición de este delito en los autores que hemos consultado, quienes se limitan a compararlo con el delito de cohecho.

a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas en que puedan incurrir si alegasen falsamente que el provecho es en todo o en parte para el funcionario.

24. *Artículo 476.*— El que aparentando crédito, influencia o relaciones cerca de las autoridades, agentes de éstas o funcionarios públicos, recibiere o se hiciere prometer dinero u otras cosas como recompensa de su mediación o resolución favorable de un asunto que de aquellos dependa, será castigado con las penas de seis meses a tres años de prisión y multa de 1.000 a 10.000 pesetas.

Si el dinero o la cosa se reclamaren para corromper o con el pretexto de remunerar al funcionario público, la pena de prisión se impondrá en el grado máximo y la multa podrá elevarse a 15.000 pesetas.

Artículo 477.— Los Abogados, Procuradores, mandatarios extrajudiciales, agentes de negocios o representantes de cualquier clase, que exigieren remuneración o recibieren de su cliente alguna dádiva con el pretexto de obtener resolución favorable de cualquier funcionario público, o de pagar costas, derechos o remuneraciones indebidas, o en cuantía mayor que la procedente, serán castigados con las penas de seis meses a dos años de prisión, inhabilitación especial de dos años a seis y multa de 1.000 a 15.000 pesetas.

Por nuestra parte proponemos definirlo como el abuso de las relaciones existentes con una autoridad o funcionario público, con el fin de obtener un provecho o ventaja, para sí o para un tercero.

Se trata, pues, de una figura compleja de abuso de poder y de enriquecimiento patrimonial injusto.

b) BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La necesidad de determinar cuál es el derecho atacado por el tráfico de influencias ha sido puesta de relieve por toda la doctrina ante la indeterminación de los tipos.

Los autores sostienen que lo que resulta afectado por estas conductas es la lealtad hacia la Administración, que se supone recta en el cumplimiento de sus fines dirigidos al bien común. Así VIVES y BOIX²⁵ consideran que el bien jurídico «vuelve a cifrarse en los servicios que han de prestar los poderes públicos».

MUÑOZ CONDE²⁶, quiere ver «un ataque a la libertad del funcionario o autoridad que tiene que adoptar, en el ejercicio de su cargo, una decisión». Y refiriéndose al artículo 404 bis c) apunta que «parece ser que lo único que puede protegerse con el castigo de esta conducta es el prestigio y buen nombre de la Administración».

Para GARCÍA PLANAS²⁷, este delito ataca al «*recto proceder de la Administración*», y atenta a los principios de «*Igualdad y de libre concurrencia*».

Por nuestra parte, consideramos que el interés protegido es doble: La deslealtad por parte de la autoridad y funcionarios públicos respecto al cumplimiento de sus deberes, en relación a los delitos por ellos cometidos; y el ataque a la confianza en la eficacia de la Administración, por parte de los particulares, en los delitos por ellos ejecutados; pues poco se puede confiar en una Administración que antepone los intereses particulares a los generales que le son propios.

En esta línea es aplicable la doctrina sentada por la Sala Segunda

25. Obra citada.

26. Obra citada.

27. Obra citada.

del Tribunal Supremo²⁸ en un supuesto de cohecho: «Como es sabido, el corruptor tiene una responsabilidad decisiva en el fenómeno criminológico de la corrupción del funcionario, y su conducta es una contribución esencial a la *conmoción de la confianza pública en el ejercicio recto y objetivo de la función pública*, provocada por esta especie de hechos punibles».

CASAS BARQUERO²⁹ distingue, igualmente, una duplicidad de valores jurídicos atacados: Uno, contenido en el artículo 404 bis a), que tutela el interés de la Administración Pública en la corrección, imparcialidad y buena reputación de su actuación y la de sus funcionarios, correlativo con el correspondiente a su buen funcionamiento. Y otro, incardinado en el artículo 404 bis b), que protege el normal desarrollo de las funciones públicas que el conjunto general de tales órganos estatales tiene encomendado.

Corroboraba estas posiciones la Propuesta de Anteproyecto de 1983, en sus artículos 372 y 374 que, al tipificar las conductas de nombramientos ilegales y prolongación de funciones, exigía que se realizaran «*en perjuicio para la función pública*».

c) ELEMENTOS SUBJETIVOS

Por lo que se refiere, en primer lugar, al **sujeto activo**, ya se ha señalado que es precisamente este extremo el elemento que distingue los delitos examinados.

En el primer precepto, art. 404 bis a), únicamente puede cometerlo el funcionario público, o el constituido en autoridad; en el precepto siguiente, 404 bis b), sólo los particulares; y el tercero, 404 bis c), al utilizar la expresión «Los que...», implica a cualquiera, particular o personal público, pero siempre con el carácter de particular, de modo que, si una autoridad o funcionario ofrecieren hacer uso de sus influencias, se entendería que lo hacen despojados de sus condiciones personales, sin perjuicio de las connotaciones influyentes en su culpabilidad.

Así lo entendió la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca que, en su sentencia de 19 de febrero de 1993, declaró:

28. Sentencia Sala 2.^a del T. S. de 11 de mayo de 1994.

29. Obra citada.

«En el delito de tráfico de influencias incriminado en el artículo 404 bis c) del Código Penal, a diferencia de lo que acontece en sus dos primeros apartados, la conducta tipificada ninguna relación guarda con el ejercicio de la función pública; su única referencia es como objeto de influencia, pero tanto el sujeto activo como aquel al que se dirige el ofrecimiento de la influencia son particulares».

La inclusión de un segundo párrafo en este último precepto, incrementándose la sanción con la pena de inhabilitación especial cuando el hecho haya sido cometido por «*profesional titulado*», unido a la posibilidad, que no necesidad, de suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, organismo o despacho, o la clausura de sus dependencias, no altera la condición de sujeto del delito; únicamente los cualifica.

El requisito de *profesional titulado* ha llamado la atención de la doctrina. Nos preguntamos si son necesarias conjuntamente, para la comisión del delito, las dos cualidades de *profesionalidad* y *titulación*. Así lo parece, dada la redacción del precepto.

Entendemos que se agrave la conducta del traficante de influencias cuando se realice profesionalmente; pero no comprendemos que tal profesional haya de ser titulado, máxime si no se especifica la clase de título que se exige. Podría llegarse al absurdo de no estar comprendido en el artículo el profesional no titulado, habitual y organizado con un despacho destinado a enriquecerse por sus reales o supuestas influencias con un órgano público, y ser de peor condición el mismo sujeto por tener el bachiller superior o la licenciatura en Historia del Arte.

El desatino es mayor si tenemos en cuenta que –en el delito que nos ocupa– se sanciona el simple ofrecimiento de hacer uso de influencias con independencia del resultado obtenido.

En todo caso, con acierto, el Proyecto de Nuevo Código Penal, aprobado recientemente por el Congreso, suprime la agravación de ser profesional titulado, aunque mantiene la suspensión o clausura de empresas, sociedades etc., sin que tenga, a nuestro entender, conexión con el tipo inicial.

En el supuesto de que el sujeto activo sea un *funcionario público*, habrá que estar al concepto que del mismo da el artículo 119 del propio Código Penal, ésto es, todo aquel que «por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de la autoridad competente participa en el ejercicio de las funciones públicas».

Por *autoridad*, según el mismo precepto, habrá de entenderse «el que, por sí solo o como individuo de alguna corporación o tribunal, tuviere mando o ejerciera jurisdicción propia».

Como señala ALEJANDRO DEL TORO³⁰, al comentar este artículo, el Código no pretende definir los conceptos de Autoridad y de funcionario público, sino establecer una regla interpretativa a la que hay que subordinar las exigencias de los preceptos del propio Código, que incluyen en su letra la condición de tales.

FERRER SAMA, ROYO-VILLANOVA, y conocidas sentencias del Tribunal Supremo, destacan igualmente esta exclusividad penal del artículo 119.

Las dificultades sobre la cualidad del sujeto activo del delito de tráfico de influencias y de todos aquellos en los que puede incidir este concepto se presentará en el actual Proyecto de nuevo Código Penal el día en que entre en vigor, pues, como hemos apuntado, no se define quiénes son autoridades o funcionarios públicos, rompiendo así nuestra secular tradición (artículo 135 del Código Penal de 1822; artículo 322 del de 1848, que inicia la redacción actual, que se recoge posteriormente en los de 1870, 1928, 1932, así como los de 1944 y 1963, que añaden el concepto de autoridad)³¹.

30. «*Comentarios al Código Penal*». Ariel. Barcelona 1972.

31. No me resisto a la tentación de transcribir el concepto de funcionario que dio el Código de 1822 por su virtuosismo y afán omnicompreensivo:

«*Artículo 135.*— Compréndese en la clase de funcionarios públicos todos los empleados de nombramiento de las Cortes o del Rey, aunque sean temporales, y los subalternos nombrados por ellos; los comisionados o encargados por el Gobierno o por alguno de sus agentes públicos en lo relativo a encargo o comisión; los diputados de Cortes o de provincia, los individuos de los ayuntamientos, los comisionados subalternos y demás oficiales públicos nombrados por estas corporaciones o por las diputaciones provinciales para el servicio público o municipal de las provincias o de los pueblos respectivos, incluso los profesores titulares de alguna ciencia o arte, dotados por el Gobierno o por la comunidad de las provincias o pueblos, bien con salario fijo, bien con otros emolumentos, obvenciones, franquicias o derechos. También se comprenden los prelados y cuantos ejerzan jurisdicción eclesiástica, los que ejerzan cura de almas o cualquier otra función pública por razón de dignidad, cargo o comisión eclesiástica que obtengan con renta, sueldo o emolumento para ello. Así mismo los jueces de hecho, los nombrados de oficio o judicialmente en clase de peritos, repartidores, contadores, administradores, depositarios, curadores, asesores, defensores, interventores, promotores fiscales y jueces árbitros por lo relativo al negocio en que lo sean, y los corredores de lonjas y cambios con título. Son también funcionarios públicos en lo relativo a sus oficios los curiales; a saber, los agentes fiscales, relatores,

Sin dejar de ser válido el concepto que da el Código actual (como hoy nos sirve el de «escalamiento» y otros, propios de textos pasados), al perder su exclusividad la interpretación penal habrá que acudir a la normativa administrativa y, en todo caso, investigar el mando, jurisdicción o participación en la función pública del autor del delito, así como sus deberes; y poner todo ello en relación con la finalidad específica del tipo penal en concreto, que en el tipo que nos ocupa será la jerarquía o facultades que se le atribuyen, para que pueda o no prevalecerse de ellas, influyendo en otra autoridad o funcionario.

El tipo, en su afán de abarcar todas las posibilidades, rompe el esquema al equiparar la relación jerárquica con cualquier otra de carácter personal, lo cual no empece que el autor del prevalimiento deba tener la condición de autoridad o funcionario, pues, en otro caso, entraríamos en el artículo siguiente, en el que se contempla la actuación de los particulares.

La discusión doctrinal en torno a si la autoridad es funcionario público, aunque resuelta, no afecta al precepto al equiparar el legislador la conducta de una y de otro.

La ausencia de referencia al agente de la *autoridad* se salva teniendo en cuenta que dicho agente tiene la consideración de funcionario público por nombramiento o por designación de la autoridad.

En lo referente al **sujeto pasivo**, GARCÍA PLANAS³² entiende que nunca lo será el funcionario público sobre el que se ejerce la influencia; en sentido contrario se pronuncia MUÑOZ CONDE³³, quien sostiene que el funcionario o autoridad sobre el que se ejerce la influencia puede ser no sólo sujeto pasivo, sino incluso denunciante de este delito.

Para nosotros la cuestión estriba en la distinción entre sujeto pasivo y perjudicado. El *perjudicado*, en sentido de afectado es sin duda, en estos delitos, la Administración pública. Es admisible que exista un perjudicado inmediato en cuanto el actuar ilícito del funcionario puede afectar intereses económicos, o simplemente morales, de alguna o algunas personas en concreto. La determinación del *sujeto pasivo* es

escribanos, cancilleres, registradores, alguaciles, porteros, oficiales y demás dependientes subalternos de los tribunales y juzgados, aunque sean nombrados por éstos, como también los procuradores y los agentes con título».

32. Obra citada.

33. Obra citada.

más delicada: Si el funcionario o la autoridad no se deja influir e impide la actuación ilegal o desleal, cabe pensar que resulte ser sujeto pasivo quien recibe la conducta injusta del autor; si, por el contrario, se deja seducir y resuelve o consigue que otro resuelva injustamente, deja de ser sujeto pasivo para incurrir en uno de los distintos delitos que pueden cometer los funcionarios en el ejercicio de sus funciones: prevaricación, cohecho, fraude, etc. En el mejor de los casos habrá de considerársele cooperador necesario del delito que nos ocupa.

Lo propio ocurre en relación con el artículo 404 bis c), respecto al cual, MUÑOZ CONDE³⁴ afirma: «Si otro particular llega a aceptar u ofrece para ello una remuneración, puede ser también castigado, pero como cooperador o inductor del delito previsto en el artículo 404 bis c) y no como autor en sentido estricto del mismo».

La cuestión se complica con la posible intervención de un tercer funcionario o autoridad y consiguiente posibilidad de un segundo sujeto pasivo del delito, que sería el que resuelve, al que se le podrá aplicar todo lo anteriormente dicho, es decir, si éste no accede a lo solicitado, su conducta quedaría impune; en otro caso cometería un delito de prevaricación, cohecho u otro. En ambos supuestos, el funcionario o autoridad intermediario o transmisor de la influencia pudiera ser encausado como coautor o cómplice del delito final, sea el de tráfico de influencias o de otro, dependiendo del resultado.

d) NÚCLEO DEL TIPO

La simple lectura de los artículos nos muestra la complejidad del mismo:

Se castiga al funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario o autoridad. *Influir* –sin llegar a los términos extremos que señala MUÑOZ CONDE³⁵ como de «verdadero ataque a la libertad del funcionario o autoridad», que se asemeja a la amenaza o a las coacciones– equivale para nosotros a la seducción, a ganarse la voluntad del funcionario o a doblegarla; aunque nunca por medios violentos, pues en tal caso nos encontraríamos con la figura del autor instrumental.

34. Obra citada.

35. Obra citada.

Como recuerda la Sala 2.^a del Tribunal Supremo³⁶, «el tipo objetivo del llamado delito de tráfico de influencias consiste en *influir*, es decir, la sugestión, inclinación, invitación o instigación, que una persona lleva a cabo sobre otra para alterar el proceso motivador de ésta, que ha de ser una autoridad o funcionario, respecto de una decisión a tomar en un asunto relativo a su cargo, abusando de una situación de superioridad, lo que un sector de la doctrina científica ha llamado ataque a la libertad del funcionario o autoridad que tiene que adoptar, en el ejercicio del cargo, una decisión, introduciendo en su motivación elementos ajenos a los intereses públicos, que debieran ser los únicos ingredientes de su análisis, previo a la decisión».

Por ello, no toda influencia está comprendida dentro del texto legal. La doctrina y la propia intención del legislador, según se desprende de la discusión del precepto en el seno de la Comisión parlamentaria³⁷, están conformes en que la mera recomendación, la simple sugerencia, no está recogida dentro del tipo.

Para su reprobación penal se precisa, según el propio artículo, que se ejercite con *prevalimiento* («prevaliéndose –preceptúa el artículo 404 bis a)– del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica»).

Prevalerse es tanto como abuso de poderes que se ostentan por razón de un cargo o función, coincidente con el significado que le da el Diccionario de la Lengua de «valerse o servirse de una cosa»; y estamos de acuerdo con MUÑOZ CONDE cuando considera el término *prevalerse* como el principal del tipo. Podemos decir que *influir prevaliéndose* equivale a un dolo duplicado que hace que la conducta sea más merecedora de sanción.

En consecuencia habrá que entender que si el sujeto influye en otro sin prevalerse no se cumple el tipo. Reconozco que tal situación se dará difícilmente, pues para influir se precisa cierta ascendencia, y así el precepto se ocupa de ampliar el contenido del prevalimiento al abuso del cargo, jerarquía o cualquier otro tipo de relaciones. Las dificultades se presentaran al juzgador en el terreno probatorio.

En todo caso, entendemos, habrá que excluir la influencia econó-

36. Sentencia Sala 2.^a T. S. de 24 de junio de 1994.

37. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 13-12-1990.

mica pues, en cuanto mediara precio o dádiva, nos encontraríamos con el techo superior del precepto, el delito de cohecho³⁸.

De ser así, estimamos que sería aplicable a dicho comportamiento de abuso, la doctrina relativa a la circunstancia agravante n.º 10 del artículo 10 (Prevalerse del carácter público que tenga el culpable), circunstancia, sin embargo, que no será apreciable en el supuesto que examinamos, por estar embebida en el tipo y, por su condición de personalísima, no será transmisible a los partícipes.

Avanzando en el desarrollo del tipo penal, el precepto exige que, mediante la conducta anterior (influencia con prevalimiento), se consiga una resolución, entendiendo por tal todo acto o acuerdo que afecte o produzca un cambio en los intereses generales, que deberá proceder de los que hemos denominado primero o segundo sujeto pasivo, lo que nos sitúa de inmediato frente a un posible delito de prevaricación y su problemática concursal, que posteriormente trataremos³⁹.

En caso contrario, es decir, en el supuesto de que no se obtenga la resolución, se produciría la ruptura del *iter criminis*, lo que plantearía supuestos de ejecución incompleta: *tentativa*, *frustración*, e incluso *delito imposible*.

Entre ambos resultados, que haya o no resolución, se presentan varias hipótesis:

- Que la influencia se ejerza sobre el funcionario para que éste se abstenga y no resuelva, en cuyo caso entiendo que se daría el tipo, siempre que la no resolución produjera el beneficio económico que se pretende.
- Que el funcionario influenciado tenga pleno arbitrio para resolver lícitamente en uno o en otro sentido o, como plantea JOSÉ MARÍA PAZ⁴⁰, cuando la influencia va dirigida a la obtención de un acto justo. En tal supuesto, dice el mencionado autor, «realmente es difícil mantener que se ha abusado de la influencia si, finalmente, la resolución adoptada es correcta. Se trata-

38. Sentencia de la Secc. 1.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 19-2-1993.

39. La sentencia del T. S. de 11-5-94 entiende por *resolución* a los efectos de este delito: «Un acto administrativo o una decisión judicial, propia de la competencia del funcionario en el momento en el que se ejerce sobre él la influencia».

40. Obra citada.

rá de decisiones que se hubieran tomado de todas formas, con lo que puede fácilmente negarse la imputación objetiva respecto a la influencia ejercida». En todo caso, añadimos nosotros, con tal conducta no se ataca al bien jurídico protegido por no resultar lesionado el fin perseguido por la Administración.

Cosa distinta se produce en el delito de cohecho, es decir, cuando media dádiva, presente, ofrecimiento o promesa, supuesto del artículo 391 puesto en relación con el 390 del Código Penal vigente, sobre el que la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en sesión plenaria de 10 de mayo de 1954⁴¹, entendió que «una exclusión general de la punibilidad del ofrecimiento de una dádiva al funcionario, a cambio de un *hecho no prohibido por las leyes*, no resulta necesariamente del texto legal».

Pero el legislador va a más, con lo que se dificulta en grado sumo la punición de estas conductas. No es suficiente con que se haya obtenido una *resolución*, sino que exige que de ella se derive un *beneficio* económico para sí, directa o indirectamente, o para tercero.

De ello se desprende:

- 1.º Que para la consumación del delito, o para su agotamiento, es necesario lo que la doctrina llama doble resultado: La obtención de una resolución; y que, de ésta, se derive un beneficio para sí o para tercero.

Cabría pensar si la obtención de este segundo resultado constituye una condición *objetiva de punibilidad*, a lo que soy contrario, ya que este elemento del delito debe darse con anterioridad a la acción, ser permanente y su presencia o ausencia del tipo condicionan la punibilidad o bien excluyen la pena; cosa que no ocurre en el tráfico de influencias, en el que del logro o no de la resolución beneficiosa se derivará que el delito se consume o quede frustrado, pero nunca quedará impune.

- 2.º Que dicho beneficio sea *económico* y, por tanto, evaluable en dinero. ¿Quiere ello decir que resultaría atípica la obtención de un beneficio de otra naturaleza, como el logro de una distinción o de un título honorífico?

El término *económico* parece restringir el concepto «ánimo de

41. Citado en sentencia de 11 de mayo de 1994.

lucro», aplicable a los delitos contra la propiedad o, según las posturas modernas, contra el patrimonio, que sí comprendería los ejemplos apuntados.

La duda que se plantea respecto aquellos supuestos en los que el beneficio, en principio *no dinerario*, lleva aparejado un incremento patrimonial a corto o medio plazo, como ocurriría con la obtención de un cargo que supone la obtención eventual de unas dietas, un ascenso en la carrera que implica un aumento de sueldo, etc., debe resolverse en sentido positivo. A ello nos da pie la expresión del Código «*directa o indirectamente*», referida al beneficio económico.

El tipo del tercer precepto, el artículo 404 bis c), apartándose de los anteriores, se centra más en lo que se entiende por tráfico de influencias al sancionar la conducta de quien ofrece sus influencias por precio y a los que aceptaren tal proposición. No se exigen otros requisitos.

Se han querido ver en dicho precepto concomitancias con la estafa. Pero sus diferencias son evidentes, tanto en razón a los sujetos intervinientes, como por el bien ofendido y dolo específico.

Relacionando ambos delitos podemos distinguir los siguientes supuestos:

- a) El de quien, teniendo ostensiblemente influencias, aunque no las oferta expresamente, se aprovecha de esa creencia del sujeto pasivo y se lucra con ello. Es el supuesto que recoge la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1992, en la que un abogado, al que se supone muy bien relacionado, recibe una suma de dinero de una mujer confiada en que se logrará la libertad de su marido, lo que no está, obviamente, en manos de aquel.

Se trata de un comportamiento mendaz y engañoso que, unido al ánimo de lucro y al desplazamiento patrimonial, hace que los hechos sean calificados de estafa.

- b) El que aparenta tener influencias, realmente inexistentes, o el que obtiene un beneficio con el subterfugio de tener que abonar cantidades a funcionarios públicos.

En ambos casos el engaño estriba en que las influencias son supuestas, no reales. Aquí la estafa viene agravada por la imputación que se hace a la Administración, y el hecho viene recogido en la circunstancia 6.^a del artículo 529 del Código (Cuando la defraudación se produz-

ca traficando con supuestas influencias o con pretexto de remuneraciones a funcionarios públicos). Se trata de la «venta de humo» de que nos habla MANZINI⁴².

- c) Y, finalmente, el del que goza de influencias reales y las ofrece a terceros, solicitando cualquier remuneración.

Es la figura recogida en el artículo 404 bis c). Si, además, hace uso de tales influencias, nos encontraríamos en los supuestos de los artículos 404 bis a) o bis b), según los casos.

e) **CULPABILIDAD**

En relación al *grado de culpabilidad*, los autores son contestes en que éstos delitos sólo pueden cometerse por dolo directo; algunos apuntan también al dolo eventual. Con la excepción de GARCÍA PLANAS⁴³, que afirma que en este delito podría hablarse de supuestos de *error vencible de prohibición*, el resto de la doctrina señala, y ésta es también mi opinión, que los términos del precepto hacen difícil que la conducta se deba al desconocimiento de la ilicitud de la conducta, sobre todo tratándose de una autoridad o de un funcionario.

Así lo recoge también la citada sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1994, al reiterar que «En el delito de tráfico de influencias sólo cabe la culpabilidad dolosa, pues el verbo *influir* es especialmente significativo, unido a la expresión *prevaliéndose*.

f) **PARTICIPACIÓN**

Tampoco plantean graves problemas las cuestiones relativas a la participación de otras personas que, en todo caso, se resolverían aplicando las reglas generales.

La figura de la *complicidad* no es imaginable, teniendo en cuenta que la conducta debe tender a lograr una resolución; pues, careciendo del dominio de la acción, será nula su intervención para el logro del resultado apetecido con la influencia. Y si, por el contrario, su actua-

42. Citado por Cuello Calón en «Comentarios al Nuevo Código Penal Español». Bosch, Barcelona 1930.

43. Obra citada.

ción es relevante para dicho logro, nos encontraremos con la posición de *autor material*, bien del artículo 404 bis a), o del b), según su condición de autoridad, funcionario o particular.

Dada la redacción del artículo 17 del Código Penal creemos que tampoco es factible la responsabilidad en concepto de *encubridor*.

La conducta del funcionario o autoridad que no denuncia, o no pone en conocimiento de sus superiores, el acoso a que es sometido por otro, podrá ser sancionada disciplinariamente; pero penalmente, a la vista del artículo 338 bis, dado que los delitos de simple omisión sólo se castigan cuando estén previstos en la ley, dicha conducta resulta atípica e impune.

g) GRADO DE DESARROLLO

Mayor problemática plantea, en delitos tan complejos, el grado de desarrollo que pueden alcanzar en su ejecución.

Todo depende de la naturaleza que se les atribuya: Si se consideran como delitos de *peligro* o de riesgo contra la normal actuación de la Administración Pública, se consumarán con la simple influencia con prevalimiento y no cabrán resultados imperfectos; si, por el contrario, se reputan como delitos de *resultado*, de no lograrse éste, podrán sancionarse actuaciones cortadas.

La importancia de la cuestión puede apreciarse por la discusión suscitada en su día en el seno de la Comisión legislativa del Congreso⁴⁴.

Por nuestra parte, seguimos el criterio mayoritario de entender que se trata de un delito de resultado ya que, como venimos insistiendo, no es suficiente la *mera influencia*, incluso prevaliéndose del cargo, sino que se precisa una resolución que reporte un *beneficio* económico; pues, en el supuesto de no lograrse tales designios, el delito quedaría incompleto.

Será difícil apreciar la *tentativa*, dado que, de no practicarse todos los actos de ejecución, la acción quedaría en meras indicaciones, recomendaciones o sugerencias que no merecerían la calificación de influencia en el sentido que hemos señalado, y sería impune.

44. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados de 7-11-1990.

El texto del Proyecto de nuevo Código, aprobado por el Congreso el pasado mes de junio, contradice aparentemente esta opinión, al castigar expresamente la *tentativa* de los delitos previstos en los actuales artículos 404 bis a) y b) (artículos 406 y 407 del Proyecto); pero ello no es así, pues no debe olvidarse que en el mismo Proyecto, en su artículo 16, se refunden tentativa y frustración, siguiendo sus precedentes y criterios doctrinales en ese sentido⁴⁵.

Por el contrario, es aceptable la tesis de que, practicados todos los actos de ejecución necesarios para influir en la autoridad o funcionario aprovechando su prevalimiento, aquélla o éste no se sometan al mismo o, en su caso, no lo haga quien tiene la facultad de resolver, supuestos en los que nos encontraríamos claramente ante un delito *frustrado*.

Igualmente podría pensarse en casos de *delito imposible*, o de *tentativa inidónea*, cuando el funcionario o autoridad influenciado carezca de competencia para resolver acerca de la petición, o ya estuviere decidido a adoptar la resolución que se pretende.

Supuesto distinto nos plantea el artículo 404 bis c), tercero del bloque del nuevo título, en el que sí es suficiente para la consumación el mero ofrecimiento de una dádiva o presente, o la aceptación de los mismos, toda vez que no se requiere el logro del fin que se persigue con ellos.

h) PROBLEMÁTICA CONCURSAL

Hay que añadir a lo anteriormente expuesto, las cuestiones que plantean estas figuras con otras muy similares, contenidas en el Código dentro de los delitos que pueden cometer los funcionarios.

Nos referiremos especialmente a los delitos de prevaricación y de *cohecho*, que pueden suscitar problemas concursales.

La *prevaricación* que, como es sabido, consiste en dictar a sabiendas, un juez o funcionario, una resolución injusta, está calificada como delito de propia mano o especial, según la terminología que se adopte;

45. *Artículo 16.*— «Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor».

lo que sigue planteando polémica doctrinal en torno a la punición del extraño que no tiene la condición de funcionario o, como pone de relieve el Tribunal Supremo⁴⁶, si un particular puede incidir como partícipe en esta modalidad delictiva cuando, sin ser funcionario público, induce a quien sí lo es a prevaricar, o coopera con eficacia a la realización del delito, con un acto o varios sin los cuales no se hubiera producido.

Resulta patente que únicamente pueden ser autores materiales del delito de *prevaricación* judicial o administrativa, quienes reúnen la condición de juez o funcionario. La discusión se centra en las conductas que recogen los números 2.º y 3.º del artículo 14 del Código Penal.

Doctrina y Jurisprudencia están hoy de acuerdo en que los citados actos cometidos por un extraño no pueden quedar impunes, pues ello supondría un agravio a la justicia material y a la conciencia social⁴⁷.

Sentada esta opinión, puesto el delito de *prevaricación* en relación con el de *tráfico de influencias*, podemos observar que existen diferencias entre ellos, pero también muchas afinidades; y no supone un exceso de imaginación pensar que quien influye en un funcionario, le está impulsando o auxiliando para que dicte una resolución injusta, momento en que surge el concurso.

Señala JOSÉ M.^a PAZ⁴⁸ que ni la inducción a la prevaricación incluye el desvalor del beneficio económico, ni el tráfico de influencias el de la injusticia de la resolución provocada.

Consiguientemente, cometidos ambos delitos, no se produce la absorción por el más grave, sino el castigo de ambos delitos en concurso ideal del artículo 71 del Código Penal.

En este sentido se decanta la totalidad de la doctrina y la sentencia, tantas veces citada, de 24 de junio de 1994 que textualmente dice: «cuando el tráfico de influencias sea medio para cometer otro de prevaricación, se dará generalmente un concurso de delitos a sancionar en una relación de medio a fin, por el artículo 71 del Código Penal».

Por su parte, SUÁREZ MONTES⁴⁹, aunque considera tal solución dogmáticamente rigurosa, al estimar que el beneficio económico que se

46. Sentencia 24-6-1994.

47. Sentencia T. S. de 24-6-1994.

48. Obra citada.

49. Obra citada.

obtiene con el tráfico de influencias no es otra cosa que el reverso de la prevaricación, afirma que resulta inadmisibles e inmorales la apreciación de un concurso de delitos.

En cuanto al delito de *cohecho*, se planteará un conflicto de normas, cuando el logro de la resolución económicamente beneficiosa se produzca mediante ofrecimiento de dádiva o presente, que constituye el elemento diferenciador de ambas figuras, y habrá de resolverse a favor de la calificación de la conducta como cohecho, a tenor de los artículos 385, 386, 387 y 391 del Código Penal, tanto por aplicación del principio de alternatividad como por el de especialidad.

Así lo entiende la sentencia de 19 de febrero de 1993, de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, cuando sentó que «No son subsumibles los hechos enjuiciados en autos en el delito de tráfico de influencias –art. 404 bis b) CP– ; en primer lugar, los hechos se reconducen a un ofrecimiento global dinerario para una actuación continuada del funcionario, cuando la conducta tipificada en el artículo 404 bis b) CP desconoce cualquier tipo de remuneración económica pues, de darse, se estaría sin más en presencia del delito de cohecho, como ya ha apuntado la doctrina al señalar que es el límite máximo de este nuevo delito cuando no se puede probar el ofrecimiento de una contraprestación económica, pero sí la influencia y el prevalimiento derivados de la relación personal, esto es, amistad, parentesco, débito moral, etc., que es donde el legislador pone el acento del injusto».

i) PENALIDAD

La crítica que hacíamos de la benignidad con que era tratado el delito de tráfico de influencias, calificado por todos de muy grave, ha sido compartida por los autores de la reforma que se propone del Código, que aumenta el castigo. La conducta cometida por autoridad o funcionario, contenida en el nuevo artículo 406, pasa de la pena de *arresto mayor, inhabilitación especial y multa* del importe del valor del beneficio obtenido, a la de *prisión de seis meses a un año, multa* del tanto al duplo, e *inhabilitación especial* de tres a seis años.

La misma elevación de pena se aplica al delito cometido por los particulares y al ofrecimiento de influencias mediante precio.

Para la graduación e individualización de la pena habrá que atender a la cualidad del sujeto activo, el desprestigio ocasionado a la cosa

pública, la importancia del daño o perjuicio producidos y el importe económico del beneficio obtenido.

Se mantiene en todo caso el comiso de las dádivas, como era procedente.

j) RESPONSABILIDAD CIVIL

Salvo el ofrecimiento de influencias supuestas, o pretextando el abono de remuneración a funcionarios públicos, en que nos encontraríamos con un delito de *estafa*, como ya hemos referido, donde cabría la restitución de las cantidades entregadas o la indemnización de los perjuicios, en el delito puro de traficar con influencias reales, aplicando el criterio de que el bien protegido es el buen nombre y credibilidad de la Administración, cuya honestidad no puede ser empañada por la conducta delictuosa del particular o funcionario, al ser un ente jurídico que trasciende de las personas que lo integran, no se puede hablar de una reparación o indemnización. El verdadero restablecimiento del derecho o bien atacado, consistirá en el esclarecimiento de los hechos y el castigo del funcionario desleal o particular corruptor.

No disponemos de doctrina del Tribunal Supremo al no llegar estos supuestos al mismo, dada la pena a imponer. Sin embargo, el criterio apuntado puede apoyarse en la sentencia de la Sala Segunda del Alto Tribunal, de 11 de mayo de 1994 que, referida a un delito de cohecho, puede ser aplicada al del tráfico de influencias.

El supuesto de hecho consistía en que un Ayuntamiento, considerándose perjudicado por un delito de cohecho, reclamaba una indemnización. El motivo es desestimado y la Sala sienta la siguiente doctrina:

«El delito de cohecho no perjudica a la institución a la que pertenece el funcionario cuya corrupción se intenta o se logra, dado que las acciones del funcionario y del que lo corrompe no afectan su autoridad ni su prestigio, sino la confianza de los ciudadanos en el ejercicio objetivo y no venal de la función pública. Por tanto, ningún daño material ni moral se ha producido en el Ayuntamiento».

Como ya hemos apuntado, cabe pensar en terceros perjudicados individualmente. Sería el supuesto de los licitadores apartados de una subasta por la injusta resolución o el opositor excluido en un concurso-oposición por aplicación irregular de los baremos, etc., situaciones que serán muy difíciles de acreditar y, en sumo grado, justificar los perjui-

cios, pero que, de darse y probarse, estimamos que serían consecuencias del delito cometido y por ello indemnizables.

Diremos, para finalizar, que de todo lo expuesto se pueden sentar las siguientes:

CONCLUSIONES

- 1.^a El mejor sistema para combatir la corrupción, sin olvidar la educación y formación de los ciudadanos desde su infancia, es el de evitar que pueda producirse.

Para ello, la actividad administrativa debe ser regulada al máximo, limitando el arbitrio e impidiendo las compatibilidades entre diversas funciones públicas y entre éstas y las privadas durante y, especialmente, hasta el transcurso de un plazo después de cesar en el cargo o función.

- 2.^a Nuestro Código Penal disponía con anterioridad a la reforma de 21 de marzo de 1991 de medios suficientes para atajar estas conductas. La falta de aplicación se debía a la inexistencia de denuncias o a que las conductas no eran antijurídicas por deficiente regulación administrativa. Situación que persiste después de la reforma.
- 3.^a Los nuevos preceptos resultan de difícil aplicación y presentan graves problemas a la hora de probar los hechos.
- 4.^a El único precepto que se aproxima más a la figura de la corrupción es el contenido en el artículo 404 bis c); si bien, su íntima relación con los delitos de cohecho y estafa plantea en la práctica problemas técnicos de difícil solución. Es suficiente la comparación del precepto con el artículo 391, según el cual: «Los que con dádivas, presentes, **ofrecimientos** o promesas corrompieren o intentaren corromper a los funcionarios públicos ...». Hubiera sido suficiente con anticipar la consumación al acto preparatorio, sancionando el ofrecimiento de hacer uso de influencias cerca de las autoridades o funcionarios públicos mediante precio.

- 5.^a Dada la ambigüedad de los tipos, a la hora de su aplicación, habrá que tener en cuenta la finalidad del precepto e interpretarlo conforme al mandato constitucional contenido en el artículo 103 de su texto, puesto en relación con los principios de legalidad y de intervención mínima.
- 6.^a Finalmente, insistimos en nuestro criterio de que tales hechos deben ser sancionados con mayor dureza y, dentro de ella, distinguiendo cuando sean cometidos por autoridades y funcionarios o por particulares, imponiendo, además, a aquéllos la pena de inhabilitación absoluta, y a éstos, la de inhabilitación especial, sin atribuirlo como facultad al Tribunal sentenciador.

CONTESTACIÓN
DEL
EXCELENTÍSIMO SEÑOR
DON JOSÉ MARÍA LUZÓN CUESTA

Excelentísimo Señor Presidente
Excelentísimos e Ilustrísimos Señoras y Señores

Señoras y Señores:

Al honor que para mí supone asumir, por amable designación de nuestro Presidente, la representación de esta Real Academia, para recibir a un nuevo Académico de Número, se une la satisfacción de que el recipiendario sea un querido y prestigioso compañero en la Carrera Fiscal, como lo es el Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia. Asumo, pues, agradecido, la misión que se me confiere, que me depara la oportunidad de venir a Murcia y encontrarme con tantos entrañables compañeros, lo que, por imperativos profesionales, no puedo hacer con la frecuencia que desearía.

Me corresponde, pues, siguiendo una tradición, estatutariamente consagrada, que se inició el 4-XII-1982 con la recepción del primer Académico de Número, dar la bienvenida, que no presentar, al Excelentísimo Sr. D. Francisco Goyena de la Mata. Y esto es así, y de ahí que mi intervención subsiga y no preceda a la del nuevo Académico, por cuanto sí, con carácter general, el elegido para tan prestigioso puesto ha de ser jurista de reconocido prestigio, no necesitado de presentación, ello se evidencia en el presente caso.

No obstante, la tradición impone que, antes de realizar una breve glosa al Discurso de ingreso, me refiera al nuevo Académico, dejando así constancia escrita, para que se incorpore a los anales de esta Real Academia, no sólo del interés que ha suscitado la lección que acabamos de escuchar, sino también de la personalidad de su autor.

I. EL NUEVO ACADÉMICO

Nacido en la Inmortal Zaragoza, el 30-VI-1930, en ella vive su niñez y juventud, aprendiendo las primeras letras y estudiando el bachillerato con los PP. Escolapios y licenciándose en 1952 en la Facultad de Derecho, en la que recibe las enseñanzas, entre otros, de maestros tan prestigiosos como los Profesores Lacruz Berdejo, Guallart y Vicente y Gella.

En la vieja ciudad de las cuatro culturas, cuna de tantos y prestigiosos Jueces y Fiscales, prepara la oposición para ingreso en la Escuela Judicial, que logra en 1954, formando parte de la 5.^a Promoción de la misma, optando por la Carrera Fiscal y siendo su primer destino, tras superar el preceptivo Curso, el de Teniente Fiscal de la Audiencia Provincial de Zamora, habiendo posteriormente servido los cargos de Abogado Fiscal en Alicante y Teniente Fiscal en León y, a partir de 1975, las Jefaturas de las Fiscalías de Huesca, Alicante y, desde 1988, la de Murcia.

Al cabo de más de treinta y nueve años de servicios efectivos en la Carrera, en los que ha acreditado, de una parte, sus dotes de prudencia, autoridad, no reñida con un gran sentido del compañerismo, cortesía y de organización, precisas para el desempeño de las Jefaturas encomendadas, y de otra, su gran preparación, puesta de manifiesto en sus dictámenes y calificaciones, en sus precisos informes en juicio oral, y en la Memoria que anualmente ha de elevar al Fiscal General del Estado, el Fiscal Goyena mantiene intacta la ilusión por la Carrera a la que por vocación llegó. Y esta ilusión, renovada cada día, hace que nunca considere, como buen jurista, terminada su formación, acudiendo, cuando no se lo impiden perentorias obligaciones, a cursos de formación para Fiscales. Así, creo que el último al que asistió fue, en 1994, al IV Symposium de Psiquiatría.

El nuevo Académico, casado con Blanca Salgado, ha formado una familia numerosa y ejemplar, con sus siete hijos, habiendo el primogénito seguido la vocación paterna, si bien en la Carrera hermana, como Magistrado. Pero no son sólo sus hijos los que siguen o seguirán las huellas de su padre, sino que éste todavía encuentra tiempo, a costa muchas veces del necesario descanso, para la preparación de opositores, siendo muchos los jueces y fiscales que bajo su dirección han ingresado.

Si los méritos de toda una vida dedicada a la Justicia han sido reco-

nocidos con la concesión de la Cruz Distinguida de Primera Clase de San Raimundo de Peñafort, estando también en posesión de la Cruz del Mérito Militar con distintivo blanco, esta Real Academia reconoce ahora su contribución ejemplar a la Administración de Justicia de la Región de Murcia, en la que el Fiscal Goyena se ha integrado como un murciano más.

II. EL TEMA DEL DISCURSO

Con especial atención hemos seguido el completo estudio realizado sobre unos delitos nuevos, en los que se contemplan conductas viejas, pero frente a las cuales la sociedad se encuentra especialmente sensibilizada en los últimos años. Conductas respecto a las que esta misma sociedad contempla con excepticismo su tipificación penal, temiendo que sea amplia la llamada zona negra, es decir, que sea reducido el número de casos que reciba la adecuada respuesta penal.

El poco entusiasmo con el que los nuevos tipos fueron acogidos por la doctrina, es puesto de manifiesto en el discurso que acabamos de escuchar, destacando como, respecto a los dos primeros artículos —404 bis a) y 404 bis b)— incluso la Sala Segunda (S. 24-VI-1994, Pte. Sr. Ruiz Vadillo), después de considerar que cuando «el de tráfico de influencias, sea medio para cometer otro de prevaricación, se dará generalmente un concurso de delitos a sancionar en una relación de medio a fin por el art. 71 del Código Penal», reconoce que «de ninguna manera ello supone que este nuevo delito haya venido a llenar un vacío —inexistente— respecto a la inducción o cooperación necesaria del delito de prevaricación». Y, desde otro ángulo, ateniéndose más a la significación de la voz tráfico, quizás indebidamente empleada como única rúbrica del capítulo, dado su equívoco significado, que a la descripción típica —sin duda más amplia— el que fuera Presidente del Tribunal Supremo, Sáinz de Robles, mostraba en 1994 («Fiscales contra la corrupción. Un hallazgo inesperado del Gobierno») su «estupefacción» frente a los que habían apuntado, antes del año 1991, la falta de incriminación del «tráfico de influencias», afirmando que, «por lo pronto, la “influencia” opera como necesario equivalente de posición pública de superioridad, es decir, de autoridad o función igualmente pública; y si se “trafica” con ella, a menos que quiera extraerse de la voz “tráfico” todo sentido inteligible, es obvio que se está definiendo el cohecho en estado puro».

Desde luego, consideramos más acertada la crítica que de los nuevos tipos resulta de la citada sentencia que la que contiene esta última apreciación, pues sí, efectivamente, la influencia de carácter económico habrá de calificarse como cohecho, la conducta que el legislador ha descrito en los dos primeros artículos del capítulo no contiene el empleo de tal medio. Y seguramente se evitaría el apuntado equívoco, si la rúbrica se sustituyera por la «Del abuso y tráfico de influencias», referido el primero a los arts. 404 bis a) y 404 bis b) y el segundo al art. 404 bis c).

Pero quizás, aparte de estas consideraciones, y desde luego la desconfianza en la efectividad preventiva y represiva de la reforma de 1991, contribuya también a la frialdad con que fue acogida, de una parte la limitación de las conductas típicas y, de otra, la levedad de las penas previstas. A una y otra cuestión se ha referido el nuevo Académico: a la primera, poniendo de manifiesto los límites de estos delitos, que, por imperativo del principio de intervención mínima, no pueden alcanzar a la mera recomendación; a la segunda, denunciando las que califica de ridículas penas previstas, que han sido ligeramente elevadas en el Proyecto de Código Penal recientemente aprobado en el Congreso, en que no se tuvieron en cuenta las enmiendas n.º 441, 442 y 443 (del Grupo Parlamentario Popular), que proponía que la pena de prisión fuera, en vez de seis meses a un año, de dos a cuatro años, con la justificación de que «parece muy tenue la pena que se impone a este grave delito, máxime si se tiene en cuenta la impuesta a otros de este Título».

Pero, pese a lo dicho, el tema tiene un indudable interés. Una muestra del mismo se manifiesta en la creación, por Ley Orgánica 10/1995, de 24 de abril, de la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción, que intervendrá en procesos penales de especial trascendencia apreciada por el Fiscal General del Estado, en relación, entre otros, con los delitos de tráfico de influencias y coordinará las actuaciones de las distintas Fiscalías en orden a la prevención y represión de estos delitos.

Por otra parte, el interés de estudiar estas figuras se ve aumentado si tenemos en cuenta que sólo excepcionalmente tendrá ocasión la Sala Segunda de interpretar y aplicar los nuevos tipos.

Después de una interesante introducción, examen de la problemática penal y de la génesis de los nuevos preceptos, centrado ya en los,

por voluntad del legislador, denominados «delitos de tráfico de influencias», se nos ha ofrecido en la tarde de hoy un tan completo como sistemático y acertado estudio. Por eso, impertinente sería el que pretendiéramos añadir algo a lo ya dicho. Únicamente, recreándonos en el tema y porque así lo exige la naturaleza de este acto, glosaremos brevemente los dos puntos en los que más se ha extendido.

Sin duda el aspecto más complejo y, consecuentemente, el más ampliamente tratado, es el referente al núcleo del tipo de los dos primeros artículos que, telegráficamente, podemos sintetizar en un «influir prevaleándose», de modo que para que la conducta sea típica no basta la mera influencia.

Así, ese influir, que según el Diccionario de la Real Academia supone ejercer una persona o cosa predominio o fuerza moral en el ánimo», en definitiva, como acabamos de oír, equivale «a la seducción, a ganarse la voluntad del funcionario o a doblegarla; aunque nunca por medios violentos, pues en tal caso nos encontraríamos con la figura del autor material», vendrá delimitado por el prevalimiento que vicia, limitando aunque no anulando la voluntad del funcionario sujeto pasivo, de modo que habremos de excluir, por una parte, la influencia de contenido económico, que podrá dar lugar a la figura del cohecho, y, por otra, la mera recomendación, en principio atípica, entendida, como definía Escriche («Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia»), como «el ruego o encargo que uno hace a otro a favor de un tercero». Y es que, si la influencia con contenido económico, «techo superior del precepto», como ha dicho el recipiendario, en que la voluntad del funcionario sujeto pasivo no está viciada, merece en todo caso, aún sin que el mismo acceda a lo pretendido, el reproche penal, la conciencia social distingue entre influir prevaleándose, en que se pretende viciar la voluntad del funcionario, e influir implorando, en que en modo alguno se coarta al mismo, aconsejando el principio de intervención mínima que, en este supuesto, no se acuda al Derecho penal.

En cuanto al prevalimiento, mediante el cual se influye, sin duda puede determinarse aprovechando la doctrina que respecto al estupro y a las limitaciones a la libertad sexual realizadas por funcionarios públicos, ha elaborado la Sala Segunda, así como al interpretar la agravante de prevalerse del carácter público.

Producida la influencia prevaleándose, estamos de acuerdo en que la conducta adquiere relevancia penal, si bien la consumación no se pro-

duce hasta que se produzca el doble resultado de una resolución y con ella la obtención de un beneficio económico, que tienen la naturaleza de elementos típicos y no de condiciones objetivas de punibilidad, habiéndose mantenido (por Morillas Cuevas y Portilla Contreras) que si no se produce resolución alguna, se alcance el grado de tentativa y si producida ésta no se obtiene beneficio económico, el de frustración. Y, desde luego, lo que consideramos incomprensible deficiencia técnica del Proyecto de Código Penal recientemente aprobado por el Congreso, es que, no figurando, ni tenía por qué figurar, en el Proyecto aclaración alguna, innecesaria en este sentido, ni figurando enmienda al respecto de los Grupos Parlamentarios, en el dictamen de la Comisión de Justicia e Interior se mantuvo el texto de la Ponencia, pero en los arts. 406 y 407 se añadió que «La tentativa será punible».

El tipo del art. 404 bis c), que sí responde a la rúbrica del Capítulo, lo estudia el nuevo Académico delimitándolo del delito de estafa y llegando a la correcta solución de que sólo comprende al sujeto que goza de influencias reales y las ofrece a terceros, solicitando cualquier remuneración, con lo que viene a castigarse un acto preparatorio de un delito de cohecho.

También con amplitud ha tratado el recipiendario la cuestión de los elementos subjetivos y la participación, en que quizás el aspecto más interesante sea el de la participación en cadena.

No creo procedente cansar más la atención de este docto auditorio. Como en ocasiones ocurre en la práctica forense, después de un informe como el que acabamos de escuchar, lo único prudente es adherirme al mismo y, por supuesto, a sus acertadas conclusiones. Concluyo, pues, reiterando al Excmo. Sr. Don Francisco Goyena de la Mata la bienvenida a esta Corporación, a la que tan brillantemente se ha incorporado y que con su presencia se congratula, en cuanto vendrá a enriquecer, con su buen saber y su buen hacer, la vida académica. Y a todos los que habéis compartido esta grata jornada, nuestro agradecimiento por vuestra asistencia y atención.

