

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**  
FACULTAD DE DERECHO  
Departamento de Derecho Penal



**TESIS DOCTORAL**

**Estudios sobre la evolución doctrinaria y legislativa del delito de tráfico de influencias**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

**Wilson Fredy Valverde Cancinos**

Director

**Miguel Ángel Cobos Gómez de Linares**

**Madrid, 2017**

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

**FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL**



**TESIS DOCTORAL  
ESTUDIOS SOBRE LA EVOLUCIÓN DOCTRINARIA Y  
LEGISLATIVA DEL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS**

**Memoria para optar el grado de doctor**

**Presentado por:**

**WILSON FREDY VALVERDE CANCINOS**

**Director de la tesis**

**Dr. Miguel Ángel Cobos Gómez de Linares**

**Madrid – España 2015**

**ISDN: 000-00-000-0**

**& Wilson Fredy Valverde Cancinos**



A la memoria eterna de mis queridos  
Padres Salvador y Paulina.



## **AGRADECIMIENTOS**

En aquellos momentos cuando tomé la decisión de salir del país con destino a la madre patria, para continuar mis estudios de doctorado, a pesar de las múltiples dificultades existentes, luego de concluir mis estudios universitarios en la Facultad de Derecho de la Universidad San Antonio de Abad de Cuzco, lo hice convencido y con el entusiasmo que siempre me embargaba mi espíritu de superación. Por ello accedí al programa de doctorado titulado “Estudios de Derecho Penal”, impartido por el Departamento de Derecho Penal, en la Facultad de Derecho de la prestigiosa Universidad Complutense de Madrid. Durante el periodo de formación académica y elaboración del trabajo de investigación, he recibido un trato afectuoso y profesional de todos los estamentos universitarios, y destaco especialmente el humanismo y la elevada cultura académica de nuestros profesores de Derecho Penal. A todos ellos expreso mi especial gratitud y reconocimiento. De manera especial, quiero expresar mi sincero reconocimiento y agradecer infinitamente al Dr. Miguel Ángel Cobos Gómez de Linares, Director de mi tesis doctoral, por haberme brindado con enorme calidad humana y profesional, todo el tiempo necesario y apoyo generoso en la elaboración de este trabajo de investigación, guiándome magistralmente con sus sabias enseñanzas y experiencia científica, absolviendo mis preguntas y consultas con una exquisita profesionalidad, por su buena disposición y valiosa contribución al desarrollo del presente trabajo. También quiero recordar y agradecer a la memoria del ilustre y querido profesor Dr. Luis Felipe Ruiz Antón, por haber contribuido decididamente en la fase inicial de la tesis. Gracias profesor, que Dios le proteja en su reino por siempre.

Así mismo, quiero expresar mi gratitud y reconocimiento a todas aquellas personas que de una u otra forma han contribuido a que se haga realidad mi deseo profesional. En primer lugar, quiero agradecer con devoción a la memoria de mis queridos padres

Salvador y Paulina, por todo el cariño y sacrificio que han dado en vida por mí, y ahora desde el cielo siempre iluminan mi mente y me dan su aliento y bendición para culminar mi tesis, os recuerdo y os llevo en el corazón todos los días, que Dios les proteja por siempre en su reino celestial. También quiero agradecer el apoyo y la comprensión de mi esposa Noemí, de mis hijos Yury, Boris y Maribel, y el apoyo moral de mis hermanos, Finalmente deseo expresar mi especial gratitud y agradecimiento a María del Pilar Fernández de Lara, persona excepcional y encantadora por haberme brindado siempre su gran apoyo, cariño y motivación durante mi estancia en Madrid.

Por ello, con humildad reconozco que esta tesis doctoral es fruto de la constancia y el esfuerzo realizado en el largo recorrido de mi carrera profesional, el camino que emprendí con mucha ilusión para ver la luz en el horizonte lejano, fue muy duro y sacrificado para mí, fundamentalmente por la carencia de recursos económicos, me enfrenté sólo, a las múltiples dificultades sin desfallecer, con decisión y sacrificio, ya que jamás he tenido ayuda económica para mis estudios, ni tampoco he recibido apoyo de ninguna institución u organismo, y a pesar de todo ello, he llegado al final de mi destino, gracias al apoyo y la contribución de las personas mencionadas anteriormente, a todos ellos mi profundo reconocimiento.

## ÍNDICE GENERAL

Agradecimientos.....	3
Índice de contenidos.....	5
Abreviaturas.....	9
Introducción.....	11

### PRIMERA PARTE

#### ASPECTOS PRELIMINARES AL ESTUDIO DEL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS

#### CAPÍTULO PRIMERO

#### NOCIONES CONCEPTUALES DE FUNCIÓN PÚBLICA Y FUNCIONARIO PÚBLICO

I.- Concepto y nociones básicas de función Pública.....	17
II.- Formas y condiciones de incorporación a la función pública.....	20
III.- Principios rectores de la función pública consagrados en nuestro sistema constitucional.....	24
IV.- Nociones y concepto penal de funcionario público.....	28
V.- Fundamentos de la definición penal de funcionario público.....	32
VI.- Interpretación legal del concepto penal de funcionario público y autoridad.....	35
VII.- Conclusiones.....	40

CAPÍTULO SEGUNDO  
EXCURSO SOBRE EL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN

I.- Nociones elementales sobre el fenómeno de la corrupción.....	41
II.- Concepto y significado de corrupción.....	44
III.- El fenómeno de la corrupción administrativa como expresión del abuso de poder y la influencia.....	47
IV.- La corrupción en el ordenamiento jurídico penal español.....	50
V.- La participación de las personas jurídicas en los delitos de corrupción.....	56
VI.- Iniciativas internacionales contra la corrupción aplicable a la legislación española.....	59
VII.- Conclusiones.....	63

SEGUNDA PARTE  
EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

CAPÍTULO TERCERO  
CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL DELITO  
DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS

I.- Antecedentes históricos del delito.....	69
II.- Introducción al delito de tráfico de influencias.....	74
III.- Consideraciones generales sobre el delito.....	81
IV.- La configuración del tráfico de influencias en el código penal.....	86
V.- Conclusiones.....	90

CAPÍTULO CUARTO  
DESCRIPCIÓN DEL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS

I.- Concepto y objeto material del delito.....	93
II.- El bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias.....	102
II.1.- Cuestiones generales.....	102

II.2.- Identificación del bien jurídico protegido.....	107
II.2.1.- El criterio del “cumplimiento de los deberes de cargo” .....	108
II.2.2.- El criterio del “correcto funcionamiento de la Administración Pública”.....	109
II.2.3.- El criterio de “la objetividad y la imparcialidad” .....	112
III.- Fundamentos para la identificación del bien jurídico.....	117
IV.- La conducta típica en el delito de tráfico de influencias.....	121
V.- Los sujetos del delito.....	128
VI.- El tipo subjetivo del delito.....	137
VII.- La responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	141
VIII.- Estudio comparativo de la sanción penal del tráfico de influencias.....	145
IX.- Conclusiones.....	153

### TERCERA PARTE

#### ESTRUCTURA LEGISLATIVA DEL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS

#### CAPÍTULO QUINTO

#### LAS MODALIDADES TÍPICAS EN EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS

I.- La estructura legislativa del delito.....	159
II.- Las modalidades típicas.....	161
III.- El ejercicio de influencias de funcionario público o autoridad sobre otro funcionario o autoridad (Art. 428 del CP).....	163
III.1.- El tipo objetivo de la conducta típica en el Art. 428 del CP.....	164
III.2.- El tipo subjetivo de la conducta típica en el Art. 428 del CP.....	170
III.3.- El sujeto activo en el Art. 428 del código penal.....	175
III.3.1.- Definición legal de autoridad.....	182
III.3.2.- Definición legal de funcionario público.....	185
III.4.- El sujeto pasivo en el Art. 428 del código penal.....	190
IV.- El ejercicio de influencias de persona particular sobre funcionario público o autoridad (Art. 429 del CP).....	193
IV.1.- El tipo objetivo de la conducta típica en el Art. 429 del CP.....	195
IV.2.- El tipo subjetivo de la conducta típica en el Art. 429 del CP.....	199

IV.3.- El sujeto activo en el Art. 429 del código penal.....	202
IV.4.- El sujeto pasivo en el Art. 429 del código penal.....	206
V.- El ofrecimiento de influencias a personas particulares (Art. 430 del CP).....	210
V.1.- El tipo objetivo de la conducta típica en el Art. 430 del CP.....	213
V.2.- El tipo subjetivo de la conducta típica en el Art. 430 del CP.....	220
V.3.- El sujeto activo en el Art. 430 del código penal.....	223
V.4.- El sujeto pasivo en el Art. 430 del código penal.....	227
V.5.- Penalidad y concurso de delitos.....	231
VI- Conclusiones.....	234

## CAPÍTULO SEXTO

### POLÍTICA LEGISLATIVA Y CRIMINOLÓGICA DE LA REGULACIÓN POSITIVA DEL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS

I.- La evolución positiva en la regulación del delito.....	237
II.- Críticas a la legislación del delito de tráfico de influencias.....	242
III.- Factores que han contribuido a la expansión del delito y a la regulación del tráfico de influencias como delito autónomo.....	254
IV.- La legislación penal del tráfico de influencias en el Derecho Comparado.....	259
V.- La regulación del tráfico de influencias en el marco de la Unión Europea.....	267
VI.- La jurisprudencia española con relación al delito de tráfico de influencias.....	274
VII.- Ejemplo de Sentencias del Tribunal Supremo sobre tráfico de influencias.....	282
VIII.- Conclusiones del capítulo.....	308
IX.- Conclusiones generales.....	311
X.- Resumen.....	317
XI.- Bibliografía.....	325
XII.- Jurisprudencia.....	329

## ABREVIATURAS Y SIGLAS

A:	Auto.
ATS:	Auto del Tribunal Supremo.
AJA:	Actualidad Jurídica Aranzadi.
Art. / Arts.:	Artículo/s.
BOE:	Boletín Oficial del Estado.
CE:	Constitución española.
CEE:	Comunidad Económica Europea.
CEPOL:	Escuela Europea de Policía.
CGPJ:	Consejo General del Poder Judicial.
CDJ:	Cuaderno de derecho judicial.
CP:	Código penal.
Cfr:	Confrontar.
DPE:	Derecho penal español.
EBEP	Estatuto Básico del Empleado Público.
Ed:	Edición.
EPC:	Estudios penales y criminológicos.
LECrim:	Ley de enjuiciamiento criminal.
LFCE:	Ley de funcionarios civiles del estado.
LO:	Ley Orgánica.
LOPJ:	Ley Orgánica del Poder Judicial.
OCDE:	Organización de Cooperación y Desarrollo Económico.
OLAF:	Oficina Europea de lucha contra el fraude.
ONU:	Organización de las naciones unidas.
P, PP:	Página, páginas.
PJ:	Poder judicial.

RD:	Real decreto.
RDP:	Revista de derecho privado.
RGLJ:	Revista general de legislación y jurisprudencia.
ss:	Siguientes.
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo.
TC:	Tribunal Constitucional.
TS:	Tribunal Supremo.
TSJ:	Tribunal Superior de Justicia.
UE:	Unión Europea.

## INTRODUCCIÓN

El tratamiento penal del delito de tráfico de influencias, regulado en los artículos 428 al 431, integrado en el Capítulo VI, Título XIX, bajo la rúbrica de “Delitos contra la Administración Pública”, se introdujo en el código penal español, precisamente para frenar y dar respuesta punitiva a una serie de actuaciones corruptas y escandalosas que venían ocurriendo en la Administración Pública, protagonizado por los propios funcionarios públicos y especialmente por la clase política, quienes abusando del poder y la influencia que ostentan, obtienen cuantiosos beneficios para sí o para terceros, incrementando su riqueza patrimonial a costa de los recursos públicos.

La primera vez que se introdujo en el ordenamiento penal español, la configuración del delito de tráfico de influencias, fue mediante la Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo, que estuvo integrado por los artículos 404 bis a), 404 bis b) y 404 bis c), posteriormente estos delitos fueron incorporados en el código penal de 1995 en los artículos 428, 429 y 430, casi textualmente sin alteraciones relevantes, y por último se introdujo una pequeña modificación con la promulgación de la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del código penal, conservando inalterable la estructura típica de estos delitos, la reforma sólo se limitó a un incremento mínimo de la pena de prisión, que pasó de ser, seis meses a un año, a ser de seis meses a dos años de prisión, esto con relación a los artículos 428 y 429 del CP, manteniéndose el espíritu generoso de la pena para estos delitos, y con respecto al Art. 430 del CP, se introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuando el delito se lleva a cabo en nombre y provecho de ésta.

Sin embargo, nos llama la atención que en dicha reforma no hubo interés, ni se ocuparon de subsanar o solucionar los problemas interpretativos que plantean los tipos penales y la deficiente configuración, con que han diseñado los legisladores a conveniencia y satisfacción de los propios políticos y grupos de poder, que por su poca

claridad y ambigüedad siguen dejando fuera del ámbito de tipicidad, una amplia gama de conductas viciadas o disfrazadas que son constitutivas de delito.

Así mismo, con respecto al núcleo básico del delito de tráfico de influencias, se desprende que la columna vertebral de la conducta típica es la acción de la influencia. De modo que el término “influir” como acción se debe interpretar en su amplio contexto y no sólo en base a su significado literal, como lo vienen haciendo hasta ahora los legisladores y la doctrina en general, al definir sólo en su sentido gramatical, como 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 autoridad o funcionario público, con respecto a la decisión que debe tomar en un asunto relativo a su cargo.

Debemos manifestar, que el tráfico de influencias, implica una actividad de intercambio o de intermediación entre dos o más personas, en el que cada una de las partes obtiene beneficios o ventajas para sí o para terceros, valiéndose para ello de personas o funcionarios que tengan una situación de predominio o posición favorable para ejercer influencias sobre el funcionario público o autoridad que debe decidir sobre un determinado asunto. Evidentemente, si se trafica con influencias, es por que unos cuentan con ello o tienen la capacidad de conseguir, y otros carecen de ellas. Es decir quién posee influencias ofrece o los da, ha la otra parte que pretende o busca influencias, a cambio de una compensación económica o cualquier tipo de ventaja. En concreto, en el tráfico de influencias se ofrecen o se dan influencias, a cambio de ventajas, o bien, se ofrecen o se dan ventajas a cambio de influencias. En resumen, existe oferta y demanda de influencias, o sea, se venden y se compran las influencias, de modo que ha esa actividad se le conoce como tráfico de influencias, y tanto el ofrecimiento como la búsqueda de influencias, tienen como finalidad conseguir una decisión favorable del funcionario público o autoridad, que implica la obtención de beneficios o ventajas para sí o para terceros.

También se debe tomar en cuenta otro aspecto importante, en los delitos de tráfico de influencias se incriminan aquellos supuestos en los que se persigue situar al funcionario en una situación parcial respecto a su futura decisión, utilizando medios distintos a las dádivas o presentes para influir en su proceso de motivación. No obstante los artículos 428 y 429 del CP, únicamente contemplan la conducta del particular o funcionario que pretende incidir en la voluntad de otro funcionario público o

autoridad, prevaliéndose de sus facultades o bien de una relación jerárquica o personal, y no se contempla en cambio, la conducta del funcionario que admite o se deja influir por esa clase de situaciones y adopta una decisión parcial o se manifiesta dispuesto a adoptarla.

De este modo, en el delito de tráfico de influencias, sólo se confiere tutela a una de las vertientes del principio de imparcialidad, esta tutela parcial se infiere de la ausencia de previsión típica relativa a la conducta del funcionario público que admite o se deja influir por situaciones ajenas al interés público, y adopta una resolución que beneficia a la persona que ha influido en él, prevaliéndose de situaciones o relaciones jerárquicas o personales. Esta falta de congruencia entre la sanción que corresponde al que influye y al que se deja influir, enturbia considerablemente la interpretación de estos delitos. Pues si bien es posible que la sanción penal sólo alcanza a uno de los implicados en la relación. Lo más frecuente es que ambos contribuyen con su conducta a cercenar el principio de imparcialidad, que debe presidir la adopción de las decisiones públicas. De esta forma, no parece adecuado sancionar tan sólo al particular o funcionario que influye sobre el funcionario o autoridad, cuando éste admite o se deja influir, movido por relaciones personales o jerárquicas y adopta una resolución que favorece al que influye en él.

De esta forma el código penal, solamente sanciona de “Lege lata” la conducta del que ejerce influencias, mientras no se modifique el tenor y la estructura del delito de tráfico de influencias, la conducta del funcionario público que se deja influir y adopta una decisión que favorece o beneficia al influyente, será atípica, a no ser que pueda subsumirse en otros delitos. Esta inadecuada tipificación propicia un claro dislate valorativo, pues se sanciona lo menos, la inducción a adoptar una resolución y no la más la propia adopción de la resolución. Esta indeseable consecuencia se hubiera evitado, sancionando la conducta del que influye y la del que se deja influir, al margen de la adopción o el resultado de la resolución.

Con el objeto de canalizar gradualmente el análisis y la exposición del presente trabajo de investigación sobre “el delito de tráfico de influencias”, hemos decidido separar en tres partes el desarrollo de los contenidos, que a su vez están integrados en seis capítulos. Para desarrollar y sustentar el contenido de estos capítulos, hemos recurrido a todas las fuentes de información existentes sobre el delito de tráfico de

influencias y temas relacionados con el mismo, priorizando las posiciones y aportaciones importantes e innovadoras de la doctrina, la jurisprudencia y la legislación penal, que han contribuido al fortalecimiento de la figura del tráfico de influencias como delito autónomo e importante, en la lucha contra la corrupción generalizada en la Administración Pública.

Para ello, en la primera parte de este trabajo de investigación, como introducción al tema, se inicia con el estudio preliminar de algunos aspectos básicos relacionados con el delito de tráfico de influencias, que consta de dos capítulos: El Capítulo Primero, trata sobre la figura jurídico-penal del funcionario público en los delitos contra la Administración Pública, y el Capítulo Segundo, se refiere a la política criminal y el problema institucional de la corrupción administrativa.

En la segunda parte, se comienza con el estudio introductorio del delito de tráfico de influencias en el código penal español, que consta también de dos capítulos: En el Capítulo Tercero, se empieza a tratar el tema central con la introducción y las consideraciones generales sobre el delito de tráfico de influencias, y en el capítulo Cuarto, se hace un estudio jurídico doctrinario del delito de tráfico de influencias.

En la tercera parte, nos ocupamos concretamente de la evolución doctrinaria, legislativa y jurisprudencial del delito de tráfico de influencias, que a su vez consta también de dos capítulos: En el Capítulo Quinto, se desarrolla las modalidades típicas del delito de tráfico de influencias, y por último en el Capítulo Sexto, nos ocupamos sobre los avances significativos en el reconocimiento y la definición de la figura del tráfico de influencias.

La elaboración de este trabajo nos ha permitido estructurar de esta forma los contenidos indicados, para facilitar un estudio secuencial empezando por aquellos aspectos preliminares hasta introducirnos en la esencia misma del tema central y terminar con la conclusiones alcanzadas, tal vez se ha podido optar por otras fórmulas de elaboración, pero estoy seguro, de que aún, se puede mejorar todos los aspectos propuestos en este trabajo.

**PRIMERA PARTE**

**ASPECTOS PRELIMINARES AL ESTUDIO DEL DELITO  
DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS**



## CAPÍTULO PRIMERO

### NOCIONES CONCEPTUALES DE FUNCIÓN PÚBLICA Y FUNCIONARIO PÚBLICO

#### I.- CONCEPTO Y NOCIONES BÁSICAS DE FUNCIÓN PÚBLICA

Como cuestión previa al estudio del tema central sobre “el delito de tráfico de influencias”, es necesario tratar algunos aspectos importantes que integran o están relacionados con el delito mencionado, que nos permitirá comprender mejor el ámbito en el que se desenvuelven los delitos contra la Administración Pública. Por ello, resulta necesario tratar de inicio, la noción de “función pública” y “funcionario público” recurriendo tanto al Derecho Administrativo, como al Derecho Penal.

En este sentido, establecer la definición de “función pública”, fue desde siempre una de las cuestiones teóricas más complejas del Derecho Público y en especial del Derecho Administrativo. Los criterios que se han manejado para determinar el concepto de función pública en la esfera penal, a los efectos de integrar en los delitos contra la Administración Pública, son los siguientes.

1º.- Aquellos criterios que atienden al elemento teleológico, sostenido entre otros por, CASAS BARQUERO y MUÑOZ CONDE, que definen las funciones públicas atendiendo a los fines que se deben perseguir con dichas actividades, como las funciones inherentes al Estado, que se deben proyectar al servicio del bien común, el interés social o la satisfacción de las necesidades colectivas.<sup>1</sup>

2º.- Aquellos que atienden a un criterio formal, entre sus defensores tenemos a QUERALT JIMENEZ, J.J., desde esta perspectiva se entiende, que son funciones

---

<sup>1</sup> En este sentido véase a CASAS BARQUERO, E. “Observaciones técnico-jurídicas sobre la incriminación del cohecho en el código penal español”, documentación jurídica, julio-setiembre Salamanca 1978. El mismo, “Algunos aspectos de los delitos del funcionario público y del particular, relativo a dádivas, presentes y ofrecimientos o promesas”, en homenaje al Profesor Antón Oneca, Salamanca 1982, pp. 876-877.

públicas las que se realizan mediante actos de derecho público. Para esta posición lo esencial no es tanto la finalidad privada o pública de la función realizada, sino el régimen jurídico al que están sometidas dichas actividades. La función será pública o privada, según a que la actividad esté sometida al derecho público o privado, es decir de acuerdo al régimen jurídico que lo regula. Como así manifiesta QUERALT JIMÉNEZ, la distinción entre funciones públicas y privadas no podrá ser sino formal. Es decir, si la actividad del ente público está sometida al derecho privado, será la actividad privada; si está sometida al derecho público, será una función pública. En consecuencia, quienes presten sus servicios en una entidad sometida al derecho público serán funcionarios públicos a efectos penales, independientemente de que su régimen estatutario personal no sea público.<sup>2</sup>

3º.- Por último, aquellos que optan por la combinación de los dos criterios anteriores, que en la actualidad gozan de mayor aceptación, los partidarios de esta posición prefieren la combinación del criterio teleológico y el criterio funcional. La fusión de ambos permite a sus defensores como ZANNOBINI, definir las funciones públicas, como aquellas manifestaciones de la actividad del Estado, que consisten en legislar, juzgar y ejecutar, mediante la cuales el Estado persigue sus fines.<sup>3</sup>

Por su parte, la opinión de la jurisprudencia para definir el significado de función pública coincide en lo sustancial con los criterios planteados. Es así, que el Tribunal Supremo define a la función pública: Como aquella actividad determinada por el interés servido, por la tendencia y la finalidad de los actos realizados para conseguir actividades públicas y no privadas, dirigidas al bien común y desde dentro de un órgano oficial, estatal, provincial o corporativo y de igual condición pública (STS. 23/04/1973, A.1772). Debiéndose entender por función pública, a la actividad que se desenvuelve por el Estado o Corporaciones públicas en beneficio de la comunidad y en cumplimiento de los fines que le están atribuidos” (STS: 20/01/1978, A. 81).

---

<sup>2</sup> De este criterio QUERALT JIMÉNEZ, J.J. “Concepto penal de funcionario público”, *cuadernos de política criminal*, 27/1985, pp. 477-507. El mismo, “Derecho penal español parte especial”, 6º edición, *Atelier, Barcelona* 2010, pp. 1114-1117. *Las funciones públicas no son ni objetiva ni fácilmente distinguibles de algunas privadas, ya sean efectuadas por los particulares o por algún ente público. La experiencia muestra que la fuerza expansiva del Estado, el sector público, abarca ámbitos que para el anterior modelo de Estado, el liberal, eran impensables, Y ello por más que se haya iniciado una política privatizadora de los servicios, que en principio no afecta a la función pública en sí, se trata de integrar en el sector privado actividades públicas de carácter comercial, industrial o de servicios.*

<sup>3</sup> Como uno de los defensores más clásicos de la época, véase a ZANNOBINI, G. “*Corso di diritto amministrativo*, volumen 1, parte generale, Milán 1945. p. 10.

Siguiendo la línea jurisprudencial, varios autores defienden un concepto mixto de función pública, que está conformado por tres elementos:

- 1) El elemento subjetivo (función pública es la llevada a cabo por un ente público).
- 2) Elemento objetivo (función pública es la realizada mediante actos sometidos al Derecho Público).
- 3) Elemento teleológico (función pública es aquella que persigue fines públicos).

El tercer elemento sería esencial, en el sentido de que su ausencia privaría en todo caso el carácter público de la función y por consiguiente al funcionario, porque lo que convierte a un acto en relevante y público, es que dicho acto, esté orientado a la satisfacción de las necesidades generales de la colectividad.

Consideramos que una función sólo puede definirse como pública, cuando viene ejercitada en condiciones de supremacía sobre la base de una específica normativa de Derecho Público, que implica el uso de actos administrativos que permiten incidir en la situación jurídico-subjetiva de los ciudadanos, con este criterio se trata de identificar las funciones públicas con las diversas formas de manifestación de la actividad del Estado. En consecuencia, se puede definir las “funciones públicas” o los “actos estatales”, como aquellas acciones que son considerados como actos del Estado (acto estatal, es todo y cuanto el Estado atiende), y que son inherentes al Estado en virtud de las normas de Derecho Público que así lo establecen.

Por otro lado, resulta más complicado dar una definición de función pública, en base o recurriendo al régimen jurídico de la actividad, para diferenciar el carácter público o privado de dicha función, puesto que la Administración cada vez más, sujeta sus intervenciones de fomento y desarrollo económico, tanto al Derecho Público como al Privado. Así, por una parte, la Administración confía cada vez más la ejecución de los servicios públicos de carácter técnico o profesional a empresarios privados, a través de las concesiones, el concierto o el arrendamiento de los servicios públicos, a los que estima mejor equipados y preparados para cumplir de manera satisfactoria, ya que estas personas privadas, que en el fondo actúan como auténticos agentes administrativos, desarrollan actividades de interés general, existen órganos privados hábilmente organizados, que en realidad son organismos públicos, cuyo carácter privado sólo es una aparente fachada jurídica, y en el fondo constituyen una estratégica prolongación disimulada de la Administración Pública. Por ello, no faltan voces críticas

que descubren el lado oculto y oscuro de esta nueva forma de actividad administrativa, por que en muchas ocasiones esta huida de las de las funciones públicas, entraña una auténtica exención de responsabilidad tanto política, civil o penal, ya que permite eludir del control judicial a ciertos sectores de la administración, en especial a los directivos o responsables directos de dichas actividades aparentes.

## II.- FORMAS Y CONDICIONES DE INCORPORACIÓN A LA FUNCIÓN PÚBLICA

El régimen de la función pública, que estuvo en su día regulado a través de la Ley de Funcionarios Civiles de la Administración del Estado (LFCE), con las profundas reformas llevadas a cabo por la Ley 30/1984 y la legislación posterior por la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, nunca ha sido homogéneo, dada la diversidad de administraciones, sectores, grupos y categorías establecidas de funcionarios. Esa diversidad aún se hizo más evidente en las Administraciones autonómicas y su legislación propia en esta materia, con las nuevas formas organizativas adoptadas por las Administraciones Públicas para la gestión de los servicios públicos.

La Ley que debía regular el Estatuto de los funcionarios públicos exigido por la constitución se ha hecho esperar, sin duda por la dificultad de alcanzar un consenso amplio sobre la reforma de aquella legislación básica, pero al fin ha visto la luz con la Ley 7/2007 (Estatuto Básico del Empleado Público). En este sentido, el EBEP aporta el marco normativo que al Estado le corresponde dictar al amparo del Art. 149, párrafo 1º y 18º de la CE, las bases del régimen estatutario de los funcionarios, o aquello que ha de ser común al conjunto de los funcionarios públicos de todas las Administraciones Públicas.<sup>4</sup> A las Cortes Generales y a las Asambleas Legislativas Autonómicas, les compete el desarrollo de las Bases normativas y aprobar en el ámbito de sus competencias, las leyes reguladoras de la función pública de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas.

---

<sup>4</sup> Al respecto el Art. 149 de la CE establece: 1.- El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 1º.- La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en cumplimiento de los deberes constitucionales. 18º.- Las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas, el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas. Legislación sobre expropiación forzosa, legislación básica de contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de la Administración Pública.

El Estatuto Básico del Empleado Público, se inscribe a un proceso de reforma previsiblemente largo y complejo, según el propio legislador con el fin de adaptar la articulación y la gestión del empleo público en el Estado español, a la realidad de una profunda descentralización administrativa, así como a las necesidades actuales en línea con las reformas emprendidas por los Estados de la Unión Europea y las instituciones comunitarias, posibilitando que las administraciones dispongan de los medios e instrumentos que permitan garantizar el derecho de los ciudadanos a la correcta administración de los intereses colectivos.<sup>5</sup>

Con estas premisas sobre la función pública, conviene fijar el concepto y las clases de funcionario público de acuerdo a las normas actuales del Estatuto Básico del empleado Público, aprobado por la Ley 7/2007, de 12 de abril y que entró en vigor el 13 de mayo del mismo año. En efecto, hace referencia a un concepto más amplio y define como empleado público: Al personal que desempeña funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales. Y con respecto a las clases de funcionarios establece la siguiente clasificación:

- 1.- Los funcionarios: Que pueden ser: a) funcionarios de carrera y b) funcionarios interinos.
- 2.- Personal laboral: Que pueden ser: Personal fijo, por tiempo indefinido y temporal.
- 3.- Personal eventual.

En este sentido corresponde definir a cada una de ellos, desde el marco legal que establece el EBEP. En primer lugar, con respecto a los funcionarios públicos en su sentido estricto, y en segundo lugar, el personal laboral, se definen así:

Son funcionarios de carrera.- Los que en virtud de nombramiento legal, están vinculados a la Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo, para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente (Art. 9).

Los funcionarios interinos.- Son aquellos que por razones expresamente justificadas por necesidad o urgencia, reciben un nombramiento como tales para el desempeño de

---

<sup>5</sup> *En este sentido véase a MARTÍN MATEO, RAMÓN, "Manual de Derecho Administrativo", 27 edición, Aranzadi, Pamplona 2008, pp. 215-221. Sobre la base de la aplicación directa del nuevo marco normativo en la actualidad, la regulación de la función pública en la Administración General del Estado, se complementa con las previsiones de las leyes estatales no derogadas por aquella Ley, en tanto que la administración descansa sobre las respectivas leyes en las materias que habrán de modificarse y adaptarse a lo dispuesto por el Estatuto Básico del Empleado Público.*

funciones propias de funcionarios de carrera (cuando existan plazas vacantes que no sea posible cubrir por aquellos, en caso de sustitución transitoria de sus titulares o en otras circunstancias que habilita la Ley, Art. 10).

El personal laboral.- Es el que en virtud de un contrato de trabajo formalizado por escrito, en una de las modalidades de contratación previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos a la Administración Pública. Que puede ser fijo, por tiempo indefinido o temporal en función de la duración del respectivo contrato. Los criterios para determinar los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados en este régimen, se establecen respetando los reservados exclusivamente a los funcionarios públicos (Art. 11).

El personal eventual.- Es el que realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial en aquellos órganos de gobierno de las Administraciones públicas, que establezcan las respectivas leyes de la función pública, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, siendo retribuidos con cargo a los créditos presupuestarios consignados al efecto. Su nombramiento y cese serán libres, esta condición no podrá constituir mérito para el acceso a la función pública o para la promoción interna (Art. 12).

El personal directivo.- Es aquel que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas, que como tales sean definidas en las normas específicas de cada Administración. Corresponde al Gobierno del Estado o a los Gobiernos autonómicos, establecer el régimen jurídico específico de este personal, que deberá ser designado atendiendo a los principios de mérito, capacidad y criterio de idoneidad, mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia. Estará sujeto a la evaluación con criterios de eficiencia y responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos fijados (Art. 13).<sup>6</sup>

Con la breve introducción expuesta sobre la función pública y las definiciones dadas sobre los funcionarios citados, ahora corresponde referirnos a las formas de incorporación a la función pública, desde la perspectiva del Derecho Administrativo de acuerdo al marco legal que establece el EBEP.

El sistema ordinario de ingreso o incorporación a la función pública, normalmente es

---

<sup>6</sup> Al respecto véase la Ley 7/2007, de 12 de abril, "el Estatuto Básico del Empleado Público". Que establece la clasificación de los empleados públicos, integrándolo en dos grupos: Los funcionarios y el personal laboral, con sus respectivas modalidades.

a través del concurso público de oposiciones, el Estatuto Básico establece los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad para la selección del personal funcionario, al igual que para el personal laboral, que se realiza con arreglo a los procedimientos que garanticen además los principios de publicidad, transparencia, imparcialidad y profesionalidad de los miembros o tribunales de los órganos de selección (Art. 55).

Con carácter general, los sistemas selectivos de funcionarios de carrera serán los de oposición, mediante pruebas de comprobación de conocimientos y capacidad, o mediante el sistema de concurso-oposición, en la que además de aquellas pruebas se valorarán los méritos de los aspirantes. Con carácter excepcional y sólo cuando la Ley así lo prevea, podrá aplicarse el sistema de concurso que consistirá únicamente en la valoración de los méritos (Art. 61).

Otra condición que se exige a efectos penales, para la incorporación de los funcionarios públicos y su participación en la Administración Pública, desde la perspectiva del Derecho Penal, es la que establece expresamente el Art. 24, párrafo 2, del CP. Con respecto a la figura de funcionario público dispone lo siguiente:

Art. 24. 2. “Se considerará funcionario público, todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de las funciones públicas”.

Para la participación en la función pública con la consideración de funcionario público, conforme al Art. 24.2, a efectos penales, se requiere estar habilitado por cualquiera de los títulos que establece dicha norma. En este sentido manifiesta QUERALT JIMÉNEZ, para llegar a ser funcionario público a efectos penales, es requisito indispensable estar habilitado para ejercer la función pública, por cualquiera de los títulos que al efecto se establece, disposición inmediata de la Ley, por elección o por nombramiento de autoridad competente.<sup>7</sup>

Con el objeto de ilustrar la figura de funcionario y su participación en la función pública a efectos penales, conviene mencionar algunos casos resueltos por la jurisprudencia, así por ejemplo: La STS (A. 1934), de 15 de febrero de 1990: Se considera funcionario público al empleado del Registro de la propiedad, porque la

---

<sup>7</sup> Sobre el particular véase a QUERALT JIMÉNEZ, J. “Derecho penal español parte especial”, 6ª edición, Barcelona 2010, pp. 1118-1119. El título por el que se habilita la participación en las funciones públicas, a tenor del Art. 24.2, alcanza a todas las categorías de funcionarios públicos.

función que se realiza en el Registro, es una función pública; de la misma forma considera funcionarios públicos a los que desempeñan funciones Notariales.

La STS (A. 1287), de 7 de febrero de 1990: Afirma, que los Concejales, son sin ningún género de dudas, funcionarios públicos. El concepto penal de funcionario, comprende no solo a los funcionarios permanentes y profesionales, sino también a los funcionarios políticos y elegidos.

La STS (A. 2096), de 23 de febrero de 1990: Los empleados de la cámara agraria no son funcionarios públicos, porque las Cámaras Agrarias deben su existencia a la iniciativa de personas privadas y tienen carácter privado y no forman parte de los organismos del estado.

La STS (A. 5276), de 12 de junio de 1990: El empleado de una empresa tabacalera no es funcionario público, por que no cumple los requisitos o no tiene nombramiento público como tal, realiza una actividad mercantil para una Sociedad Anónima en virtud de un contrato mercantil.

En las empresas, se distinguen aquellas que funcionan sometidas al régimen de derecho público, y las que se rigen por el derecho privado. Respecto a las primeras, el Tribunal Supremo ya se ha pronunciado a favor de considerar al personal de las mismas, tanto a los que están sujetos a un régimen estatutario, o bien al derecho laboral, como funcionarios públicos a efectos penales, al considerar, que no se pueden sancionar de distinta manera a las personas que puedan desempeñar el mismo trabajo por el hecho de su régimen laboral.

### III.- PRINCIPIOS RECTORES DE LA FUNCIÓN PÚBLICA CONSAGRADOS EN NUESTRO SISTEMA CONSTITUCIONAL

Cuando se constata que la ambición de los hombres, se convierte en el mal endémico de los Estados y pone en peligro un sistema democrático, debido a las acciones o decisiones de los propios gobernantes y funcionarios, cuando intentan feudalizar o patrimonializar la función pública para beneficio o enriquecimiento propio. Surge la necesidad imperiosa y se convierte en un requisito esencial para la supervivencia del mismo, implementar medidas de control y someter el ejercicio de la función pública a una serie de normas que garanticen un comportamiento objetivo a

través de los cuales se evite en lo posible, la manipulación del aparato estatal para satisfacer los intereses particulares de algunos funcionarios.

En este sentido, en cuanto a las innovaciones introducidas en la Constitución, especialmente con respecto a las normas legales en materia de función pública, se destaca positivamente las normas tendentes a poner en evidencia los fines específicos, que el ejercicio del poder público debe perseguir y los instrumentos organizativos predispuestos al logro de tales fines. Los artículos 9. 1º y 3º; 103 y 106 de la Constitución del Estado, contienen los enunciados rectores de tales principios que constituyen los preceptos fundamentales en relación a la organización de la función pública en nuestro sistema constitucional. Estos principios además rebasan el ámbito de simples reglas dirigidas a los legisladores y al poder ejecutivo en materia de organización funcional, para constituir una selección precisa y rectora de los valores y fines a los que la administración debe estar orientado (satisfacción objetiva de los intereses generales), dotándoles de los medios e instrumentos necesarios.<sup>8</sup> De este modo, el Art. 103 del texto constitucional concibe la administración estatal como un instrumento puesto al servicio de los intereses generales, y en este sentido dispone lo siguiente:

- 1.- La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.
- 2.- Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley.
- 3.- La ley regulará el Estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidad y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.

De lo expuesto se deduce, que para garantizar esa satisfacción objetiva de los intereses generales, no basta que la actividad administrativa sea eficaz e idónea para cumplir sus propósitos, además de observar aquellas reglas que aseguren la rapidez,

---

<sup>8</sup> El Art. 106 de la CE dispone: 1. Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.  
2. Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda la lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

sencillez, economía y rendimiento del acto administrativo. Sino que es necesario, que se apliquen también todos aquellos instrumentos de organización y control aptos para garantizar la composición y la óptima satisfacción global de los múltiples intereses expresados en el seno de una sociedad pluralista; de manera que todo ciudadano termine percibiendo las mismas prestaciones, en igual medida que aquellos que se encuentran en su misma situación. Esta forma de actuación es lo que se ha venido denominando, en palabras de GARRIDO FALLA, “eficacia indiferente” y se traduce en la obligación que tiene la administración, de ponderar todos los intereses y operar sobre criterios uniformes a fin de evitar discriminaciones o favoritismos.<sup>9</sup> La mejor doctrina publicista entiende que el principio de “eficacia indiferente”, se haya recogido expresamente en el texto constitucional, en la medida en que basta poner en relación el Art. 103, párrafo 1º y 3º.

Con respecto al principio de imparcialidad como regla de comportamiento en la función pública, se puede enfocar desde diversos puntos:

En primer lugar, como el deber que tiene la administración, de obrar con una sustancial objetividad o indiferencia, ante las interferencias de los grupos de presión o fuerzas políticas, especialmente respecto a los intereses privados del funcionario.

En segundo lugar, como el deber que tiene la administración, de obrar de tal manera, que la utilidad o el sacrificio derivado de la actuación administrativa, sea distribuido equitativamente en atención a los legítimos intereses de los ciudadanos, sin que se cree o predomine alguna posición de privilegio apoyada en la actividad de los poderes públicos.

La imparcialidad así entendida, tiene un contenido conceptual preciso como hemos mencionado anteriormente, debe operar como un límite externo al buen funcionamiento de la administración, garantizando el principio de eficacia, que siempre debe presidir la actividad pública, que no derive de la arbitrariedad, creando graves desigualdades de tratamiento entre los sujetos destinatarios. Como advierte RAMPIONI, la imparcialidad aunque se presenta como un principio independiente a la de igualdad, mantiene con este una relación de medio a fin, por cuanto una actuación parcial o arbitraria, tiene el

---

<sup>9</sup> En opinión de GARRIDO FALLA, F. “Comentarios a la Constitución”, 2ª edición, Madrid 1985, pp. 155 y ss. El mismo, “Tratado de Derecho Administrativo”, volumen II, 10ª edición, Madrid 1992. Los funcionarios públicos deben desempeñar las tareas que tengan asignadas, con la diligencia exigible al servicio que presten, velando por los intereses generales, con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico.

efecto de crear una discriminación.<sup>10</sup> Desde este punto de vista, la tutela de la imparcialidad y el correcto funcionamiento de la función pública, resulta fundamental para alcanzar y mantener la igualdad de todos los ciudadanos en la obtención de las prestaciones públicas, que por derecho les corresponde y el estado tiene la obligación de satisfacer las necesidades básicas de la colectividad.

Con esta proyección, se entiende el principio de imparcialidad en la función pública, cómo una norma rectora que tienen los poderes públicos de actuar con total independencia y neutralidad, respecto a las interferencias que puedan provocar los intereses privados de un individuo o de un grupo de ellos, que viene acompañado cada vez que los órganos de la administración pública mantienen relaciones o sufren influencias por parte de los particulares, sometiendo por dinero u otro tipo de ventaja la acción administrativa del Estado, para la satisfacción directa o indirecta de fines extraños o distintos a los intereses públicos de la colectividad. Esto hace suponer la realización de actos contrarios al ejercicio del cargo, que se convierten en actos constitutivos de delito, de cuyo comportamiento objetivo se pueden destacar ciertas acciones como: solicitar, recibir, influir, inducir, aceptar, etc., independientemente de que el acto perseguido sea conforme o contrario al deber. Estas situaciones muestran una característica evidente en la actividad administrativa y es la expresión de una clara connivencia entre el órgano interno de la administración y la existencia de intereses particulares de propios y extraños, que son el origen o la fuente de ingerencias indebidas en la correcta actuación de las instituciones y poderes del estado. Estos hechos que degradan la función pública y trastornan su normal funcionamiento, merecen una respuesta contundente y eficaz por parte del Estado, no solo para frenar este fenómeno, sino para procurar su erradicación total.

La condición de funcionario público, no sólo comporta derechos y deberes, sino también una especial responsabilidad y obligaciones específicas, para con los ciudadanos, la propia Administración y las necesidades del servicio público. El servicio, precisamente por su carácter público se asienta sobre un conjunto de principios y valores propios, que se extraen de la eficacia de los deberes que la relación funcional impone y de la necesidad de su observancia. Se establece así, un código de ética de la función pública, en consideración al rol que le corresponde a la

---

<sup>10</sup> Véase sobre el particular a RAMPIONI, R. "Millanato Credito", DIG., Milán 1993, pp. 684-690.

Administración y a la garantía de los servicios que los ciudadanos tienen derecho a recibir de la misma, en un Estado de derecho.

#### IV.- NOCIONES Y CONCEPTO PENAL DE FUNCIONARIO PÚBLICO

Antes de tratar el concepto penal de funcionario público, sólo como referencia mencionaremos la definición que da sobre funcionario público la Ley 30/1984 (Ley de Funcionarios Civiles del Estado), reformado por la Ley 7/2007 (Estatuto Básico del Empleado Público), de 12 de abril, que además de establecer las clases de funcionarios da una definición concreta a cada uno de ellos, por ejemplo define así: Son funcionarios públicos de carrera, los que en virtud de nombramiento legal, están vinculados a la Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo, para el desempeño de servicios profesionales retribuidos con carácter permanente. Por otra parte, también es preciso mencionar, que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece que la responsabilidad penal del personal al servicio de las administraciones públicas, se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente. Se produce por tanto, una remisión a la normativa penal ordinaria y especial.<sup>11</sup>

Por ello, el código penal opera con un concepto penal de funcionario público mucho más amplio que el del derecho administrativo, pues considera como funcionario público, a todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de las funciones públicas. En este sentido como ha puesto de relieve la Jurisprudencia, el código penal se ha decantado por un concepto amplio de funcionario público, situándose un poco más allá del Derecho Administrativo, a la hora de fijar este elemento normativo de varios tipos penales. Se ha destacado que el código penal prescinde de una afirmación categórica y precisa del concepto de funcionario, al disponer en el inicio del precepto, que se considerará funcionario público a los que se comprendan en algunos de los

---

<sup>11</sup> La STS, 3-10-1998 (La Ley 1998, 10003), afirma: El Art. 119 y el Art. 24.2 del CP de 1995, establecen y delimitan el concepto de funcionario público a los efectos de aplicación de los diversos tipos penales contemplados en el texto punitivo. Ambos preceptos coinciden en su redacción al considerar como funcionario público, a todo el que por disposición inmediata de la Ley, o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de las funciones públicas.

supuestos que describe.

El concepto de funcionario público a efectos penales conjuga diversos criterios, por un lado, por la prestación de servicios a entidades y organismos públicos, pero igualmente, por el hecho de actuar en una actividad sometida al control del derecho administrativo. Como sostiene un sector de la doctrina, se trata de un concepto nutrido por ideas funcionales de carácter jurídico-político y acordes con un concreto planteamiento político-criminal que exige, por la lógica necesidad de protección de determinados bienes jurídicos, atribuir las condiciones de funcionario conforme a unas funciones y metas propias del derecho penal y que sólo eventualmente pueden coincidir con las del derecho administrativo. De igual forma, la condición de funcionario público constituye tanto una circunstancia agravante genérica de cualquier delito, como una circunstancia que agrava específicamente numerosos tipos delictivos, además de existir un conjunto de delitos definidos precisamente por la autoría especial del funcionario público.<sup>12</sup>

Es importante definir la denominación de funcionario público a efectos penales, para poder aclarar el alcance de numerosas previsiones del código penal, que puede darse en base a las siguientes consideraciones:

En primer lugar, cuando se refiere a la realización de determinadas conductas delictivas, de las que sólo pueden ser autores los funcionarios públicos.

En segundo lugar, cuando se trata de delitos en el cual la condición de funcionario o de autoridad, es la que caracteriza al sujeto activo o pasivo y el objeto material de la conducta, como en el caso concreto del Art. 428 del CP.

En tercer lugar, porque determinadas situaciones se configuran como circunstancias agravantes en base a esa posición, así por ejemplo, “prevalerse del carácter público que tenga el culpable” previsto en el Art. 22. 7 del CP Español.

El principal referente legal para la definición del concepto penal de funcionario público, se encuentra en el Art. 24.2 del CP que textualmente dice:

---

<sup>12</sup> La STS, de 12-3-1992 (La Ley 1991, 447), señala así: *Que la circunstancia agravante de prevalimiento, desde luego, no puede fundarse en el quebrantamiento de la lealtad que el funcionario debe al Estado, aunque podría hablarse de una cierta extralimitación en la confianza depositada en él. Conforme se afirma en la SAP de Madrid, de 30-3-1998 (La Ley 1998, 9926): La circunstancia agravante de prevalimiento del carácter público de los culpables, equivale en cierta medida al abuso de superioridad. El prevalimiento del carácter público sólo puede apreciarse en personas que tengan esa condición, pero que pongan esa condición o situación pública al servicio de intereses propios o ajenos con el fin de obtener ventajas o beneficios.*

“Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”.

La definición que transcribe el código penal, constituye sin lugar a dudas, una interpretación auténtica del legislador penal, de un concepto que se admite también en el Derecho Administrativo. Ante esta previsión legal, la doctrina de forma unánime afirma el carácter autónomo del concepto penal respecto del administrativo.

Las características del concepto penal de funcionario público, como bien señala CUGAT MAURI, se basan en dos tipos de requisitos: Primero, el requisito formal de la legalidad del título de adquisición de la condición de funcionario público, que puede ser por disposición inmediata de la Ley, por elección o por nombramiento de autoridad competente. Segundo, el requisito material del ejercicio de las funciones públicas, que se basa en los siguientes criterios: El criterio objetivo, que se refiere al ejercicio de la actividad conforme al Derecho Público, el subjetivo, que se refiere a la actuación desde el seno de un organismo público, y finalmente el criterio teleológico, que se refiere al fin público de la actuación administrativa.<sup>13</sup>

Con la interpretación amplia que hace el Derecho Penal, ha sido posible responder a nuevas formas de criminalidad en el sector público, vinculadas con la extensión y transformación de las diversas formas de satisfacción del interés público por parte del Estado. A estos efectos, la principal consecuencia de la extensión del concepto penal de funcionario público, es la relativa exigencia del requisito subjetivo. Es decir, la realización de las funciones públicas en el seno de las instituciones u organismos de la Administración Pública. La segunda consecuencia importante del concepto penal de funcionario público, es la inclusión de aquellos funcionarios integrados en las instituciones públicas, por elecciones o de carácter político, en base a lo dispuesto por el Art. 24 del CP, que considera como tales a aquellos que por disposición inmediata de la Ley, por elección o nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de la función pública. Por esta disposición legal el concepto penal de funcionario público abarca, a los miembros del gobierno, de las cámaras legislativas, a los

---

<sup>13</sup> Véase a CUGAT MAURI, M. *“La desviación del interés general y el tráfico de influencias”* Cedecs, Barcelona, 1997, pp. 174-183. La interpretación del concepto de funcionario, tomando en cuenta el bien jurídico permite resaltar el requisito material. De manera que, el concepto de funcionario, dependerá de los elementos característicos que definen legalmente las funciones públicas y los intereses generales en un Estado de Derecho.

miembros del poder judicial, en definitiva, el concepto penal del Art. 24, conlleva la inclusión de los funcionarios de los tres poderes clásicos del Estado.

En esta misma línea manifiesta MUÑOZ CONDE, el concepto de funcionario público que da el Art. 24.2 del CP se caracteriza por lo siguiente:

Primero, para que se considere funcionario público a efectos penales, tiene que haberse dado una incorporación de la persona a la actividad pública, por disposición inmediata de la Ley, por elección o por nombramiento de autoridad competente. Todo el que realice funciones públicas, careciendo de este requisito, no es funcionario a efectos penales. No obstante, en algunos casos el código penal atribuye la cualidad de funcionario a efectos penales a personas particulares que realizan determinadas funciones, por ejemplo, en el delito de malversación de caudales públicos, el particular legalmente designado como depositario de dichos caudales o efectos públicos (Art. 435.2), y así otros casos.

Segundo, es necesario que el sujeto participe en las funciones públicas. Se entiende por función pública, como la actividad administrativa proyectada al interés general, al bien común, realizada por órganos estatales o paraestatales. Pero en ningún caso es suficiente la participación en la función pública, es preciso que esta derive de alguno de los títulos legales que establece el Art. 24 del CP. Sin embargo se puede considerar funcionario a efectos penales, a quién participa por ejemplo, en una actividad pública a través de una sociedad de derecho privado, pero participada por la administración, o el personal contratado, personal laboral, etc., siempre que participe del ejercicio de la función pública.<sup>14</sup>

Por ello, se puede afirmar que el sustento legal que sirve de fundamento para definir el concepto penal de funcionario público se encuentra previsto en el Art. 24 del CP, y precisamente al amparo de esta disposición legal como indica ASÚA BATARRITA, se considera tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, que el concepto penal de funcionario público, es un concepto autónomo y propio de esta rama jurídica.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> En esta línea MUÑOZ CONDE, F. "Derecho penal parte especial", 14ª edición, Valencia 2002, pp. 929-933. En la doctrina suele distinguir entre delitos especiales propios e impropios, según que el tipo tenga correspondencia o no con un delito común. En los impropios, se resuelve la cuestión de la participación de extraños aplicando el Art. 65 del CP, de forma que el funcionario respondería por el delito especial y el extraño por el común, independientemente de la contribución al hecho concreto.

<sup>15</sup> Sobre este particular véase a ASÚA BATARRITA, A. "Delitos contra la Administración Pública", Bilbao 1997, pp. 16 y ss. También véase a BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. "Anotaciones sobre el delito de tráfico de influencias, delitos de los funcionarios públicos", Madrid 1994. pp. 203-209.

La autonomía del concepto penal de funcionario público se fundamenta, en que al legislador penal no le interesa tanto “la calificación jurídica”, que merezca el desempeño de una actividad o responsabilidad en la administración pública, sino el hecho de la participación del sujeto en la función pública, dependiendo de éste, el correcto funcionamiento de los servicios públicos.<sup>16</sup> Esta situación les convierte o les da la especialidad como tal, y es por ello que merecen un tratamiento distinto, por esta razón se deduce que la concepción penal de funcionario público, tiene una extensión mayor respecto al derecho administrativo, y por consiguiente es un concepto autónomo y propio del Derecho Penal.

## V.- FUNDAMENTOS DE LA DEFINICIÓN PENAL DE FUNCIONARIO PÚBLICO

Los argumentos que se manejan para definir el concepto penal de funcionario público, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, se sustentan principalmente en la disposición legal que establece el contenido del Art. 24, párrafo 2, del CP, que dice: “Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”.

En este sentido la doctrina y jurisprudencia, coinciden en señalar que en el código penal la condición de funcionario público, se adquiere por la concurrencia de dos requisitos distintos: Uno de carácter subjetivo, relativo a la existencia de un título o cualidad jurídica de la persona, y otro de carácter objetivo, que vendría constituido por una efectiva participación en la función pública.

Así mismo la doctrina y jurisprudencia han mantenido y proclamado la autonomía e independencia del concepto penal de funcionario público, frente a otros conceptos que sobre el mismo se manejan en otras ramas del ordenamiento jurídico español, especialmente con respecto al que se maneja en el ámbito administrativo. Esta independencia viene siendo justificada de este modo, por las distintas finalidades que persiguen ambos ordenamientos. Conforme establece con claridad meridiana el Art. 24,

---

<sup>16</sup> Véase a LAMARCA PÉREZ, C. y Otros, “Delitos y faltas”. *La parte especial del Derecho Penal*, 2ª edición, Madrid 2013, pp. 695-697. Los delitos contra la Administración Pública respaldan el normal funcionamiento de la Administración Pública, con sujeción al sistema de valores instaurado por la Constitución y en definitiva, el correcto ejercicio de la potestad administrativa, sancionando la conducta de los funcionarios públicos que vician su eficacia, o el cumplimiento de los fines que tienen asignados.

párrafo 1y 2 del CP respecto de los funcionarios y autoridades, lo que hace suponer que el legislador penal ha previsto su propio concepto, para dotar de base a las interpretaciones jurídicas que puedan darse, con relación a los delitos contra la administración pública, como en el caso del delito de tráfico de influencias, previsto en el Art. 428 del CP. En el fondo las expresiones empleadas, no son más que un recurso en el ámbito penal como fórmula convencional de mayor latitud y extensión que las empleadas en otras definiciones.<sup>17</sup> El motivo por el cual el concepto penal es más amplio que la suministrada por el Derecho Administrativo, viene siendo justificado en base a que el derecho penal dispensa protección a la función pública, más allá del campo estrictamente administrativo.

Las opiniones de la doctrina en torno al concepto de funcionario público son respaldadas por la jurisprudencia. Y así sistemáticamente por el Tribunal Supremo, que partiendo del presupuesto de los conceptos penales no precisan ajustarse exactamente a los administrativos formales, tanto por la diversa finalidad que persiguen esos ordenamientos, como por la independencia de su actividad. Se ha extendido el concepto penal de funcionario público a todos los empleados públicos, desde los que figuran en las más altas categorías de la administración, hasta los que ocupan puestos de orden secundario, los que se hallan investidos de autoridad y los que colaboran al servicio de ésta. Destacando además que tal cualidad no se extrae de una relación de tipo administrativo, siendo indiferente a efectos penales la definición contenida en las normas reguladoras de la relación entre la administración pública y los funcionarios, sino que depende de la participación concreta y real en el ejercicio de las funciones públicas o de la administración.

El término funcionario público a efectos penales representa un concepto netamente jurídico, una noción estrictamente normativa. Ahora bien la mera cualidad jurídica formalmente legitimadora no es suficiente, para la correcta delimitación del concepto penal de funcionario público, sino que ciertamente es precisa una real participación en el ejercicio de las funciones públicas.

---

<sup>17</sup> En opinión de GONZALES CUSSAC, J.L. "El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos", 2ª edición, Valencia 1997. pp. 19-48. Un sector de la doctrina aprecia la aplicación de la técnica regulativa de la Ley penal en blanco, en virtud del cual se produce una remisión normativa del Derecho Administrativo al ordenamiento penal (RODRIGUEZ DEVESA). El criterio predominante en la doctrina penalista a partir de las sólidas argumentaciones, propugna una solución dentro del propio Derecho Penal, sin necesidad de remisión a otras ramas del ordenamiento jurídico.

Con respecto a este tema, el consenso doctrinal y jurisprudencial es absoluto, no existe un concepto común de funcionario público, aplicable a las distintas ramas del ordenamiento jurídico, puesto que el concepto que da el derecho administrativo, no tiene trascendencia jurídica, con respecto a los delitos en los que se consideran penalmente como sujeto activo a los funcionarios públicos.<sup>18</sup> Sin embargo esta unanimidad resulta cuestionada a la hora de interpretar las expresiones “disposición inmediata de la ley”, “nombramiento” y principalmente “funciones públicas”, dado que en este punto la identidad de criterios doctrinales desaparece. En este sentido son diversas las opiniones cuando se pretende llenarlas de contenido.

Por otra parte debemos indicar, a pesar de que son frecuentes las críticas doctrinales que coinciden en destacar la excesiva amplitud del concepto penal, no deja de ser paradójico, que algunas opiniones que resaltan su extensión, sostengan a la vez una interpretación que contribuye a dilatar el ámbito del mismo.<sup>19</sup> La importancia que se le confiere al elemento normativo de la “participación en el ejercicio de la función pública”, para adquirir la condición de funcionario, termina considerándose de acuerdo al Art. 24, párrafo 2, como funcionario público a efectos penales, a todo aquel que participe en la Administración Pública, habilitado legalmente por cualquiera de los títulos que para el efecto se establece. Con independencia del carácter o la finalidad de las funciones que se desempeñen, esta interpretación doctrinal, que goza de un gran número de partidarios, prescinde de entrar a considerar el tipo de relación subjetiva que existe entre el sujeto y la administración, resaltando en cambio la efectiva participación en las funciones públicas, como eje del concepto penal, y que se sustenta lógicamente

---

<sup>18</sup> *En esta misma línea manifiesta POLAINO NAVARRETE, M. y Otros, “Lecciones de Derecho Penal parte especial”, adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del código penal, tomo II, Madrid 2011, pp. 271-275. La participación del funcionario público, a efectos penales, equivale a ejercer o desempeñar la función pública sin facultades resolutorias, de conformidad con una concepción real-funcionalista, adecuada a las exigencias del ordenamiento punitivo. El funcionario desempeña actividades para la realización de los fines estatales, y al Derecho Penal conviene un concepto de funcionario no jurídico-formal, sino material-real o funcional-sustantivo.*

<sup>19</sup> *Véase también a IVARS RUÍZ, J. y MANZANA LAGUARDA, R.S. “Responsabilidad disciplinaria de los empleados públicos”, comentarios, doctrina y jurisprudencia, Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público, Valencia 2008, pp. 14-16. El concepto de funcionario a efectos penales conjuga diversos criterios: Por un lado por la prestación de servicios a entidades y organismos públicos, y por otro el hecho de actuar en una actividad sometida al control del Derecho Administrativo. Se trata de un concepto nutrido por ideas funcionales de raíz jurídico-política y acordes con un concreto planteamiento político criminal que exige la lógica protección de determinados bienes jurídicos, atribuir las condiciones de funcionario público conforme a unas funciones y metas propias del Derecho Penal y que sólo eventualmente pueden coincidir con las del Derecho Administrativo, como ha puesto de relieve la jurisprudencia, el CP se ha decantado por un concepto amplio de funcionario.*

en la disposición establecida en el Art 24.2 del CP.

## VI.- INTERPRETACION LEGAL DEL CONCEPTO PENAL DE FUNCIONARIO PÚBLICO Y AUTORIDAD

Partiendo de la premisa que toda autoridad es funcionario público, pero no todo funcionario público es a su vez autoridad, hacemos esta aclaración con el objeto de concebir una interpretación legal, respecto al concepto penal de “funcionario público” y “autoridad”, para ello debemos recurrir necesariamente a la definición legal que da sobre ambos, el Art. 24, párrafo 1 y 2, del código penal español, cuyo texto dice:

Art. 24. 1. “A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad, los miembros del Congreso de Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal “.

2. “Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente, participe en el ejercicio de funciones públicas”.

De la definición de funcionario público y autoridad que da el Art. 24 del CP, se puede distinguir las siguientes connotaciones:

En primer lugar; para que pueda considerarse funcionario público a efectos penales, tiene que haberse dado una incorporación de la persona a la actividad pública, por disposición inmediata de la ley, por elección o por nombramiento de la autoridad competente, aunque estas tres fuentes de la incorporación pueden reducirse a una, es decir a la disposición de la ley, por cuanto la elección o el nombramiento tienen que basarse en una ley que la determine. De otro modo todo el que realice funciones públicas, careciendo de este requisito, no es funcionario a efectos penales. Así por ejemplo, el particular que auxilia a un funcionario agredido o que ejerza arbitrariamente funciones públicas no es funcionario.

No obstante, en algunos casos se atribuye la cualidad de funcionario a efectos penales al particular que realiza determinadas funciones, como por ejemplo, a los

efectos del delito de malversación de caudales públicos, al particular legalmente designado como depositario de caudales o efectos públicos (Art. 435, 5º), o en el caso del delito de violación de secretos, al particular encargado accidentalmente del despacho o custodia de documentos (Art. 416), siendo suficiente esta atribución para asignarle dicha cualidad, siempre que obviamente se dé esa incorporación a la actividad pública en los casos referidos. Sin embargo debemos manifestar, que en otras ocasiones se castiga al particular por haber atentado contra la integridad de la función pública, como sucede por ejemplo, en los delitos relativos al tráfico de influencias (Art. 429), o en algunos casos de cohecho (Art. 423 y 424), sin que esté incorporado a la función pública; en realidad estos delitos son cometidos tanto por funcionarios públicos como por los particulares, en cuanto a estos últimos no se requiere la incorporación a la actividad pública, aunque con su conducta pretenden conculcar el correcto funcionamiento de la Administración Pública.<sup>20</sup>

En segundo lugar, es necesario que el sujeto en cuestión participe en las funciones públicas. La complejidad de la actividad administrativa y su injerencia en el ámbito privado, hace difícil conceptuar a veces lo que se entiende por función pública, es así que la función pública es la proyectada al interés colectivo o social, al bien común y realizado por los órganos estatales o paraestatales. Debemos puntualizar, que en ningún caso es suficiente la participación en la función pública, es preciso que se haga por alguno de los títulos expresados en el Art. 24. Sin embargo, no hay inconveniente en considerar que ha efectos penales también es funcionario público, quién participa en una actividad pública a través de una sociedad con forma de derecho privado, pero participada por la administración, o el personal contratado, laboral, etc. siempre y cuando participe en la función pública.

La definición que da el Art. 24 del CP, a pesar de ser tan laxa, no es sin embargo lo suficientemente amplia como para servir de denominador común a todos los tipos delictivos contenidos en el Título XIX, como es el caso concreto del delito de tráfico de influencias, previsto en el Art. 429 del CP, respecto de la persona particular que influye

---

<sup>20</sup> En este sentido MUÑOZ CONDE, F. "Derecho penal parte especial", 14ª edición, Valencia 2002, pp. 929-932. Cuestión distinta es la del funcionario de hecho, entendiéndose por tal, a quién habiendo sido nombrado o elegido legalmente no reúne las condiciones necesarias para ello. En este caso, el que es así nombrado o elegido, es funcionario público a efectos penales, y puede en consecuencia, cometer los delitos en los que se exija esa cualidad, en tanto no se ponga término a la situación anómala, sin perjuicio de las responsabilidades en que incurriere quién lo nombre, o él mismo.

en un funcionario público o autoridad. Ya que en este caso, se hace extensiva la responsabilidad penal a los sujetos que de ningún modo pueden considerarse como funcionarios a efectos penales. Así mismo, el Art. 422 del CP hace extensiva las penas en el delito cohecho a los jurados, árbitros, peritos u otras personas que participen en el ejercicio de la función pública; el Art. 435, 3º en el delito de malversación de caudales públicos, a los depositarios o administradores de caudales embargados; el Art. 416, establece sobre la infidelidad en la custodia de documentos a los particulares encargados accidentalmente de su despacho o custodia, etc. Por ello el concepto de funcionario público, o en su caso, el de autoridad, es ante todo un concepto funcional, que debe extraerse del ámbito de cada tipo delictivo en concreto, teniendo en cuenta la finalidad político-criminal perseguida por el legislador con la creación del precepto.<sup>21</sup>

La mayoría de los delitos tipificados en el Título XIX, son también realizables por la autoridad a que se refiere el Art. 24. En realidad, no es concebible que una autoridad, no participe del ejercicio de funciones públicas, como tampoco es imaginable un funcionario que no tenga cierta potestad de imperio, por lo que los requisitos antes señalados son también de aplicación en este caso.

Los rasgos característicos del concepto de autoridad, son básicamente tener la facultad de mando o ejercer jurisdicción propia. El mando implica, la facultad de ordenar o exigir la ejecución o el cumplimiento de sus decisiones. La jurisdicción, es la capacidad de resolución en asuntos judiciales o administrativos. Sin embargo, los agentes de la autoridad no ostentan estas cualidades, pero en tanto participen en las funciones públicas y estén incorporados a ellas en virtud de los títulos antes señalados, pueden tener la cualidad de funcionarios públicos. En cambio, si tienen la categoría de autoridad, los jueces, los magistrados de Tribunales y los miembros del jurado una vez que sean seleccionados y han jurado el cargo, hasta que termine el juicio; en cuanto a los jurados suplentes tienen a lo más la calidad de funcionario público, también los miembros de una mesa electoral gozan de la misma calidad.

---

<sup>21</sup> *De igual forma manifiesta sobre el particular, MUÑOZ CONDE, F. "Derecho penal parte especial", 14ª edición, Valencia 2002, pp. 931-934. Esta tendencia en la interpretación del concepto penal de funcionario público, se ha reflejado también en otras legislaciones penales, como la Alemana, en su Art. 11 StGB, hace referencia expresa de que es funcionario no sólo quién actúa desde una institución pública, sino también, quién actúa desde otro organismo a ésta. También la legislación Portuguesa recoge en su Art. 437, la consideración de ser funcionario a quién desempeñe funciones en organismos de utilidad pública o participe en ellas. Igualmente legislación Italiana, en los Arts. 357 y 359, considera funcionario a quien ejerce o participe en un servicio de utilidad pública.*

Es ardua una precisa demarcación conceptual entre autoridad y funcionario, pues cada uno de los requisitos normativos del concepto jurídico de funcionario, debe concurrir también en el concepto de autoridad. La esencia de la diferencia entre ambos se encuentra en el poder de coacción o de mando, que compete a la autoridad y es determinante para la presencia de una relación de prevalencia o de superioridad, por lo que resulta procedente la imposición de una determinada decisión o conducta, en cambio, el funcionario público no tiene o no posee como necesario el poder de coacción o de mando, solamente de un modo general y abstracto podría darse en él estas facultades.<sup>22</sup>

La noción de autoridad se configura en el Art. 24.1 del CP, conforme a un requisito de competencia objetiva, legalmente expresado por las facultades de tener mando o ejercer jurisdicción propia. El ejercicio de estas facultades decisorias puede realizarse por parte del titular de dicha cualidad jurídica de autoridad, por sí solo, o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado.

La expresión tener mando, hace referencia al ejercicio de una actividad, que se caracteriza por la potestad de reclamar obediencia, la cual es concebida como una facultad reconocida para la dirección interna de la Administración Pública.

La potestad de ejercer jurisdicción propia, se estima como la facultad de conocer de los asuntos que son sometidos por el ordenamiento jurídico a la competencia de la autoridad singular, para resolver las cuestiones sujetas a la consideración de la misma, en aplicación del derecho objetivo.

Por su parte, la noción de funcionario público a efectos penales representa un concepto netamente jurídico, una noción estrictamente normativa. Sin embargo. La mera cualidad jurídica formalmente legitimadora no es suficiente para la correcta delimitación del concepto penal de funcionario público, sino que ciertamente es precisa una real participación en el ejercicio de las funciones públicas. Sólo puede ser funcionario a efectos penales, quién cumpla en cada caso concreto de ejercicio de la función la base legal exigida. No existe funcionario público sin base legal, que es la

---

<sup>22</sup> Véase sobre el particular a POLAINO NAVARRETE, M. y Otros, "Lecciones de derecho penal parte especial", reforma del código penal, tomo II, Madrid 2011. pp. 272-275. En concordancia con COBO DEL ROSAL. La noción de funcionario público es más amplia que la definición de autoridad, de tal manera que la condición de autoridad, que supone el carácter de funcionario público en su titular, cualifica el carácter del mismo, debido a las facultades resolutorias que a aquella le competen en exclusividad por su condición de tal.

única fuente jurídica habilitadora de la cualidad del mismo. Tal base legal que habilita al funcionario no se circunscribe a la modalidad de la disposición inmediata de la Ley, lo que justamente varía es el carácter mediato o inmediato de aplicación de dicha Ley, como única fuente habilitadora para el ejercicio de la función pública.

En este sentido, el código penal opera con un concepto legal de funcionario público ope legis, en el marco de las previsiones extensivas de punibilidad que equipara lo privado y lo público. El ordenamiento punitivo efectúa en tales casos una asimilación de determinados sujetos a los funcionarios, equiparando penalmente sus conductas a las de los funcionarios públicos, en virtud de una relación existente de las mismas con la función pública.

## VII.- CONCLUSIONES

El estudio preliminar que se hace de modo superficial en el capítulo primero, sobre el significado de la función pública y del concepto de funcionario público a efectos penales, tiene por objeto explicar la trascendencia de estos aspectos básicos que están estrechamente relacionados con el tema central que nos ocupa sobre “el delito de tráfico de influencias”, por ello, resulta necesario hacer una breve referencia y definir previamente el concepto penal de funcionario público y función pública, ha modo de introducción para la mejor comprensión y desarrollo del tema central. De lo expuesto se tiene las siguientes conclusiones:

Primera.- La definición de función pública, fue una de las cuestiones teóricas más complejas del Derecho Público y especialmente del Derecho Administrativo. Los criterios para determinar el concepto de función pública en la esfera penal, con el objeto de integrar en los delitos contra la Administración Pública fueron:

El criterio del elemento teleológico, que define a la función pública, atendiendo a los fines que persigue el Estado: Como las funciones inherentes al Estado que se deben proyectar al servicio del bien común o la satisfacción de las necesidades colectivas.

El criterio formal, que define a la función pública, atendiendo a la actividad pública que se desempeña o se desarrolla.

El criterio mixto, que es la combinación del criterio teleológico y funcional, define a la función pública, como aquella actividad del Estado que consiste en legislar, juzgar y

ejecutar para el cumplimiento de sus fines.

Segunda.- En coherencia con la jurisprudencia, se define a la función pública: Como la actividad que se desenvuelve por el Estado o Corporaciones Locales en beneficio de la comunidad y en cumplimiento de los fines que le están atribuidos.

Tercera.- El sistema ordinario de ingreso o incorporación a la función pública de acuerdo al Estatuto Básico del Empleado Público, es a través del concurso público de oposiciones, mediante pruebas de comprobación de conocimientos y capacidad. En cambio, en el Derecho Penal, la condición que se exige para la incorporación y participación en la función pública con la consideración de funcionario público a efectos penales, es estar habilitado legalmente por cualquiera de los títulos que establece el Art. 24.2 del CP.

Cuarta.- La función pública se debe desempeñar observando las normas y principios que establecen las leyes y la CE, para garantizar el recto funcionamiento de la Administración pública y servir con objetividad los intereses de la colectividad.

Quinta.- En cuanto al concepto de funcionario público, el código penal ha optado por una definición amplia ha efectos penales, en virtud ha lo dispuesto por el Art. 24 del CP. Que define: Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.

Sexta.- Otra definición del concepto penal de funcionario público: Se considera funcionario público a efectos penales a todo aquél que participe en la Administración Pública, habilitado por cualquiera de los títulos que establece el Art. 24 del CP.

Séptima.- La condición de funcionario público a efectos penales se adquiere por la concurrencia de dos requisitos: uno, la existencia de un título legal que habilite a la persona, y otro, la efectiva participación en la función pública.

## **CAPÍTULO SEGUNDO.**

### **EXCURSO SOBRE EL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN**

#### **I.- NOCIONES ELEMENTALES SOBRE EL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN**

Abordar en el tema de la corrupción equivale a entrar en un terreno cuyos límites se desconocen. Si al penalista le inquietan por cuántos son los delitos que pueden ser considerados propios de la corrupción, tendría dificultades para responder. Nuestro propósito es hacer sólo una referencia superficial para entender el fenómeno de la corrupción que permitirá ilustrar y comprender mejor el tema central que más adelante desarrollaremos sobre el “delito de tráfico de influencias”.

A través de la historia se conoce, que el mal de las sociedades organizadas es el propio hombre, que en su afán de incrementar su patrimonio y obtener beneficios cada vez mayores, no sólo para sí, sino también para terceros, valiéndose para ello de conductas desviadas contrarias al interés general, merman el bienestar y el desarrollo de la sociedad. Por ello, podemos afirmar, que la lacra de la corrupción es la figura más significativa, de cuantos forman el grupo de los delitos contra la administración pública, es la cara visible, el resultado y la consecuencia inminente del acto y efecto del tráfico de influencias y el abuso del poder, cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. Práctica sistematizada como fuente de dominio y riqueza, instaurado por los grupos dominantes, bajo el manto de la discrecionalidad y el secretismo de sus integrantes, cuyas actuaciones son coordinadas y pactadas a priori con objetivos comunes o similares, que no pasan del estado de las sospechas y la indiferencia de sus conocedores.

La atención que se le brinda en la actualidad, a los delitos cometidos por los funcionarios públicos, en el ejercicio de las actividades públicas, ha conducido a situar las medidas de lucha contra la corrupción, como materia prioritaria de la mayoría de los estados de la comunidad internacional. Se han tomado numerosas iniciativas y

declaraciones por los estados y organismos internacionales en este sentido. En los últimos años hemos constatado un escenario de desvelamientos en numerosos países y evidentemente en el nuestro, casos de enriquecimiento notorio de políticos y funcionarios públicos que se aprovecharon de su posición privilegiada, derivada de su función y responsabilidad pública.

Por ello, conviene analizar algunas de las cuestiones nucleares que afectan al fenómeno de la corrupción y sus principales manifestaciones en el ámbito del Derecho Penal, tomando como referencia las obligaciones internacionales asumidas por España en esta materia. La reforma del código penal operada por LO 5/2010, de 22 de junio, que modifica algunos aspectos de corrupción, entendida en un sentido clásico, esto es, las conductas delictivas que se producen en el ámbito público (cohecho, tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, blanqueo de capitales, etc.), para hacer referencia en último lugar, a la “corrupción entre particulares”, figura delictiva introducida ex novo por el citado cuerpo legal, destinada a castigar los abusos en el sector privado.<sup>23</sup>

Parece evidente que actualmente la corrupción en las administraciones públicas adopta formas muy diversas, tantas como corresponden a los delitos a los que trata de dar cobertura legal, aunque ya no se trata únicamente de una práctica más o menos habitual de ciertos funcionarios públicos o autoridades, sino que ahora también se manifiesta como un mecanismo establecido para generar importantes negocios y beneficios privados de carácter ilícito.<sup>24</sup>

Todos conocen que el fenómeno de la corrupción y sus efectos socio-económicos constituye una cuestión de primordial interés en la actualidad para numerosos Estados, y entre ellos el español, que ha alcanzado en las últimas décadas unos máximos históricos. No obstante, se hace necesario advertir ya de inicio, que la existencia y la evolución de la corrupción, es un fenómeno tan antiguo como la vida en comunidad, que ha llegado a ser consustancial al ser humano.

La comunidad en general ha puesto de manifiesto, que la corrupción representa un

---

<sup>23</sup> En esta línea, se hace especial referencia al nuevo delito de corrupción entre particulares, introducido por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, como consecuencia principalmente de los compromisos asumidos por nuestro país con la Unión Europea.

<sup>24</sup> Sobre este tema véase a QUERALT JIMÉNEZ, J. “Reflexiones marginales sobre la corrupción”, *Revista Crítica Penal y Poder*, núm. 2, Barcelona 2010. pp. 232 y ss. Hace una crítica objetiva sobre la corrupción instaurada en las instituciones y organizaciones públicas del Estado español.

serio problema para la sociedad contemporánea y para el Estado de Derecho, básicamente por las consecuencias que ésta puede originar en todos los ámbitos. Sus efectos son devastadores, debilita la democracia y el Estado de Derecho, atenta contra los derechos humanos, produce alteraciones en los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el surgimiento y el desarrollo de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas para la seguridad humana.<sup>25</sup>

Desde el punto de vista normativo, se trata de un fenómeno en expansión, tanto cuantitativa como cualitativamente, que incrementa el alcance de lo punible y merece el endurecimiento de las penas que se imponen a estos delitos, por su vinculación cada vez mayor con la delincuencia socio-económica y su expansión al ámbito transnacional.<sup>26</sup> En este sentido se puede afirmar que la globalización ha potenciado las oportunidades de corrupción en la medida en que surgen nuevas modalidades relacionadas con el crimen organizado y los avances de las nuevas tecnologías, por lo que ésta ha dejado de ser un problema interno de los Estados, para convertirse en un fenómeno que afecta a todas las sociedades y economías, lo que hace esencial la cooperación internacional para su prevención y erradicación.

La corrupción pertenece a esa clase de actividades, cuyas modalidades delictivas se caracterizan por la clandestinidad de sus actos, lo que genera una alta cifra oscura de criminalidad, derivada no sólo de la frecuente actitud de ocultación general que va unida a una cierta relación de confianza o incluso de buena fe en los negocios recíprocos de mantener el acuerdo de manera reservada, sino también de los múltiples obstáculos legales y procesales que se presentan en la práctica contra la adecuada investigación y obtención de pruebas.

La corrupción, es una práctica social que se lleva a cabo al amparo de un pacto y el secretismo de sus participantes de forma poco transparente, por lo que desde el punto de vista político-criminal, este tipo de actuaciones gozan de mayor impunidad, precisamente por el carácter discrecional resulta difícil observar y cuantificar estos comportamientos. En general la corrupción es un fenómeno complejo, difícil de medir y

---

<sup>25</sup> En este sentido señala NIETO GARCÍA, A. "Corrupción en la España democrática", Barcelona 1997, p. 7. Que, la corrupción acompaña al poder, como la sombra al cuerpo, puesto que se conocen testimonios de corrupción pública, desde el momento mismo en que las sociedades adaptaron una organización de las que hoy llamamos públicas.

<sup>26</sup> También véase a SILVA SÁNCHEZ, J.M. "La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales", Madrid 2001, pp. 63 y ss.

demostrar, debido a las múltiples causas que confluyen en su gestación. Por ello, intentar sistematizar y explicar todas las condiciones que contribuyen a su aparición y desarrollo, es una labor complicada, aunque de forma general la doctrina señala algunas causas principales que explican los distintos niveles de corrupción

1.- Factores culturales, lo que en algunas culturas se percibe como comportamiento corrupto, en otras sociedades se tolera.

2.- Factores sociales, el control, de las redes sociales y políticas juega un rol decisivo y fundamental.

3.- Factores económicos, la economía se convierte en un factor importante para el desarrollo de diversos sistemas y organizaciones.

4.- Factores políticos, la existencia de programas o incentivos de promoción o desarrollo sujetos a elecciones de tipo individual.

## II.- CONCEPTO Y SIGNIFICADO DE CORRUPCIÓN

Es importante señalar, el hecho de que no existe un concepto unívoco o unitario sobre la corrupción y que la tarea de delimitar conceptualmente su significado específico presenta importantes dificultades. Históricamente la corrupción ha sido objeto de análisis desde distintas perspectivas, fundamentalmente en los ámbitos de la sociología, la psicología, economía y ciencias jurídicas, siendo en esta última disciplina donde toda acotación que de la misma se haga tiende a transformarse en un problema.<sup>27</sup> Gramaticalmente el concepto de corrupción proviene de la palabra latina, *corrumpere*, y en sentido amplio, es utilizado como expresión de *corruptela*, *decadencia* o *perversión moral*. Entre otras acepciones, algunas de ellas ajenas al tema que nos ocupa, el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, indica que el vocablo “corrupción” significa, “acción y efecto de corromper o corromperse” o “vicio o abuso introducido en las cosas no materiales”.

En una primera aproximación y ante numerosas dificultades con las que se encuentra la doctrina para una correcta conceptualización de la corrupción, se han

---

<sup>27</sup> Véase sobre este aspecto a DEMETRIO CRESPO, E. “La corrupción como freno decisivo a la consolidación del Estado de Derecho: respuesta penal”, *el Estatuto de Derecho Latinoamericano: integración económica y seguridad jurídica en Iberoamérica*, Madrid 2003, pp. 47 y ss. *El sueño de la razón democrática ha producido un monstruo, ante el que parece sucumbir el interés general. Esta idea del interés general, es la razón de la necesidad de protección de las instituciones ante la corrupción.*

elaborado distintas definiciones, cada una de las cuales considera o enfatiza algún elemento concreto.<sup>28</sup> Pero el problema no sólo radica en identificar los presupuestos necesarios para que se pueda hablar de un hecho corrupto, ni sus principales manifestaciones, sino también, de la propia determinación de la naturaleza jurídica de este fenómeno.

En un sentido más estricto y con mayor precisión conceptual GARZÓN VALDÉS, lo define como, “aquel acto que implica, por acción u omisión, la violación de un deber o el incumplimiento de una función específica, en un marco de discreción, con el objetivo de obtener para sí mismo o para un tercero, algún tipo de beneficio extraposicional que no deberá necesariamente tratarse de una ganancia de carácter económico, sino que puede referirse a una ventaja de cualquier índole”.<sup>29</sup>

Si concretamos los elementos que caracterizan al acto de la corrupción, en primer lugar, se debe señalar, la violación de un deber posicional, esto es, quién corrompe, transgrede las reglas del cargo que ostenta o las funciones que desempeña. De este modo, se ha de afirmar, que en todo acto de corrupción hay una violación de las reglas que rigen las funciones en la que el acto está inmerso., y por tanto, todo acto de corrupción implica una deslealtad. Además, la noción de corrupción, es parasitaria de un marco normativo de referencia dentro del cual se produce el acto o la actividad calificada de corrupta, pudiendo definirse como, un conjunto de reglas que en cada caso concreto regulan una conducta social. Esta característica es la que provoca que un mismo hecho pueda ser considerado un acto de corrupción en un sistema determinado y no lo sea en otro. El segundo elemento, hace referencia a que el acto de corrupción ha de estar vinculado a la expectativa de obtener un beneficio extraposicional, directo o indirecto, que no deberá necesariamente tratarse de una ganancia o ingreso de carácter económico, sino que puede referirse a una ventaja de cualquier índole, y que en ocasiones, se presentan bajo la forma de otorgamiento de honores, regalos o premios, que van desde objetos de uso personal hasta la cobertura de gastos de viaje, vehículos, viviendas, etc.

También desde la perspectiva de la criminología, se puede definir a la corrupción,

---

<sup>28</sup> Sobre este particular véase a RODRIGUEZ COLLAO, L. “Delimitación del concepto penal de corrupción”, *Revista Jurídica de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXV edición, Valparaíso, Chile, 2004, p. 304.

<sup>29</sup> Define así GARZÓN VALDÉS, E. “Acerca del concepto de corrupción”, *Claves de Razón Práctica*, núm. 56, Madrid 1995, pp. 26 y ss.

como la violación por parte de un individuo dotado de poderes de decisión, de las reglas que rigen la actividad del funcionario, con el objetivo de procurar para sí mismo o para un tercero una ventaja de cualquier índole.

Definir de modo uniforme este fenómeno resulta una tarea ambiciosa, ya que la corrupción se caracteriza por ser un fenómeno heterogéneo, que no sólo proviene del poder público, sino que también se puede albergar en el sector privado, pues un mercado altamente competitivo y globalizado como el actual, es campo abonado para este tipo de comportamientos. Ello implica que existen numerosas modalidades de corrupción y que estas tienden a multiplicarse, por lo que además de las ya reconocidas en los ordenamientos legales, surgen otras nuevas formas de actuación asociadas a la evolución de la criminalidad organizada, las nuevas tecnologías y la globalización. Así mismo, la corrupción se caracteriza por ser sistemática, porque un primer acto de corrupción, un soborno, puede generar una cascada de actos irregulares subsiguientes, dando lugar a una cadena de actos ilícitos, de otra parte, se trata de un fenómeno complejo, porque en él no sólo confluyen factores que contribuyen a su gestación o desarrollo, sino también por las graves consecuencias de orden económico, social y político que puedan generar.<sup>30</sup>

Desde la perspectiva de las Ciencias Sociales, varias son las modalidades o clases de corrupción que la doctrina propone, aunque en este trabajo por razones esenciales, únicamente nos vamos a ocupar de aquellas que con una incidencia social negativa elevada, puedan aportar una mayor utilidad para los fines que nos interesa. De este modo, se pueden distinguir:

1. La corrupción administrativa y política.- La primera es la que se asocia más comúnmente a la idea de corrupción y por lo general, consiste en un traspaso indebido de recursos desde un fin legítimo a otro ajeno a la finalidad del servicio público. De otro lado, la corrupción política, es aquella que realizan las personas que ejercen un cargo público por elección popular o que generan responsabilidades de esa índole, al afectar

---

<sup>30</sup> Véase a DEMETRIO CRESPO, E. "La corrupción como freno decisivo a la consolidación del Estado de Derecho: respuesta penal", *el Estado de Derecho Latinoamericano, integración económica y seguridad jurídica en Iberoamérica*, Madrid 2003, pp. 47 y ss. Desde la perspectiva sociológica, se alude a una "corrupción situacional", cuando se trata de una situación más o menos ocasional o coyuntural, "corrupción estructural", cuando sus características permiten prever que se va a consolidar, es decir, que es integradora y estable, y "corrupción sistemática", si lo que se persigue por parte de los agentes, no es sólo la obtención de beneficios económicos o de ventajas, sino además, la adquisición de influencia y el ejercicio del poder.

al ámbito donde se definen los asuntos que conciernen o afectan a la comunidad en general, y es la que tiene efectos más nocivos.

2. La corrupción individual y corporativa.- La primera de ellas atiende, a si los comportamientos corruptos son obra de una o más personas determinadas, o si por el contrario en la segunda modalidad, son fruto de una organización delictiva, donde la jerarquía y la lealtad de quién ostenta el poder, puede llegar a afectar seriamente el funcionamiento institucional.

3. La corrupción sistemática y dispersa.- Denominaciones que se reservan para designar en el primer caso, a aquellas situaciones en que la corrupción afecta a la totalidad del sistema político, hasta el punto de llegar a generarse lo que FERRAJOLI denomina un “Infra estado” en el interior de otro Estado, que asume la condición de fachada, en el segundo caso, se utiliza para la corrupción que sólo se manifiesta en unos casos aislados.<sup>31</sup>

4. La corrupción pública y privada.- Aunque el concepto de corrupción, como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente, se ha asociado tradicionalmente al ámbito de lo público, en la actualidad es posible afirmar que la corrupción es también una realidad en la esfera privada, en el mundo de las empresas, cuando se vulneran las reglas del juego, los valores del sistema, las leyes de funcionamiento de la economía de mercado o el sistema normativo, con el claro propósito de obtener determinados beneficios o ventajas.

### III.- EL FENÓMENO DE LA CORRUPCIÓN ADMINISTRATIVA COMO EXPRESIÓN DEL ABUSO DE PODER Y LA INFLUENCIA

El poder y la riqueza fueron siempre la ambición y el propósito ansiado de los hombres y con ello el mal de la corrupción administrativa, un fenómeno característico que ha existido en todas las épocas. Séneca advertía, que este fenómeno no es otra cosa que “un vicio de los hombres” y no de los tiempos. El efecto corruptor del dinero y el poder por su afán de prestigio y dominio, es una lucha permanente e inherente al ser humano, que se ha mantenido inseparable de la organización social en el que convive

---

<sup>31</sup> En este sentido describe FERRAJOLI, L. (Director. Andrés Ibáñez), “El Estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad”, corrupción y Estado de derecho, el papel de la jurisdicción, Madrid 1996, p. 16.

y ha generado la aparición de conductas divergentes a las normas de convivencia, ocasionando un conflicto de intereses en la sociedad.

Se sabe que la concurrencia de mayores tentaciones de perversión y la desviación de los intereses generales en la Administración Pública, tienen su origen precisamente en el ejercicio o el uso que se hace de las “influencias” o “intercambio de favores” para conseguir beneficios o ventajas para sí o para terceros, debido a una situación o relación existente, amparado en la discrecionalidad de sus actores, estos hechos han permitido la extensión de las prácticas ilícitas hasta convertirse en endémicas, lo cual supone una deslegitimación institucional, por cuanto origina una lesión sistemática de las expectativas de igual y objetivo tratamiento de acuerdo a los intereses generales.

En este sentido el enriquecimiento o beneficio ilegal obtenidos, aparta a los servidores públicos de sus obligaciones, contaminando el ejercicio de su actividad con finalidades espurias y que entran en conflicto con los fines legítimos atribuidos a los entes públicos, pervirtiendo de este modo, los valores básicos del ordenamiento jurídico y de la sociedad, generando con ello desconfianza hacia los representantes políticos, lo que sugiere el carácter enraizado de estas actitudes humanas y que su manifestación produce graves efectos nocivos en la sociedad.<sup>32</sup> Y que consiguen desarrollar un amplio margen de tolerancia frente a este fenómeno, como nos demuestra su arraigo a lo largo de la historia humana, como la conformación de una auténtica contracultura que enturbia el recto ejercicio de las relaciones sociales en determinados ámbitos.<sup>33</sup>

Para la prevención de estas conductas desviadas, la primera condición necesaria es la valoración de las prácticas de influencia como un mal social. Una percepción que depende de la concepción política de cómo debe distribuirse, organizarse y controlarse el poder en la sociedad, en nombre de quién o ha favor de quién se administra. Solamente desde una comprensión del carácter servicial de los poderes públicos, empezando por el poder político, desde su responsabilidad obligada a la satisfacción de los intereses generales de los ciudadanos, como detentadores de la soberanía, y de

---

<sup>32</sup> Sobre esta afirmación véase a TORRENTE ROBLES, D. “La inseguridad creada por la delincuencia económica transnacional”, *la inseguridad pública ante el derecho penal* (Coord. Carpio Briz, D.), Buenos Aires 2010, pp.264-265.

<sup>33</sup> Véase también a FABÍAN CAPARRÓS, E. “La corrupción política y económica: anotaciones para el desarrollo de su estudio”, *la corrupción: Aspectos jurídicos y económicos* (Coord. Fabían Caparrós, E.), Salamanca 2000. pp. 18 y ss.

la garantía de sus derechos, cabe una reacción congruente y efectiva contra la corrupción administrativa y el uso del poder y la influencia en la Administración Pública. Sólo un sistema organizado conforme a las exigencias del Estado de derecho, bajo el imperio de leyes adecuadas y eficaces, como estructura de un órgano de control del Estado, puede garantizar la detección y persecución de las conductas nocivas enraizadas en la Administración Pública.

Conviene nombrar también, la dimensión alcanzada por los abusos de sujetos posicionados en los diversos ámbitos con poder decisorio, que abre otras vías de corrupción, que abarca incluso a otros contextos cada vez más frecuentes como es la llamada corrupción privada, entendida como el uso desviado del poder de decisión en el ámbito de las relaciones económicas entre particulares, que también se caracteriza por la desviación del poder con fines espurios. Se trata de actuaciones interesadas cuyo potencial nocivo reside en introducir criterios externos a las reglas de funcionamiento del mercado con un considerable efecto desestabilizador, de manera que las prácticas corruptas en el sector privado se definen con un perfil lesivo diferenciado de las que ocurren en el sector público.<sup>34</sup>

Dejando de lado, otras consideraciones sobre la corrupción en general; sea social, económica o política, que se manifiesta como una situación incompatible, nos centraremos en aquella que implica al funcionamiento de la administración. A este respecto se debe diferenciar la corrupción ocasional o esporádica de aquella corrupción administrativa alojada como una conducta paralela en la determinación de las expectativas de funcionamiento de la actividad administrativa. Como bien se señala en la doctrina con acertado realismo, que la corrupción es un acto individual de intercambio de beneficios o favores, que se constituye en una relación horizontal con caracteres diversos, que son propias de las estructuras con clientelismo, donde la presencia del poder y la influencia, pueden llegar a contaminar seriamente el funcionamiento institucional. La inserción de estos sistemas en la actividad pública, conduce a una peligrosa adulteración de su legitimidad, pervirtiendo su función de servicio al interés general. La concentración de poder y la influencia frente a los demás, es un caldo de cultivo para los sistemas corruptos, que es incompatible con las

---

<sup>34</sup> Véase a ROCA AGAPITO, M. *“La influencia de la Unión Europea en la lucha contra la corrupción pública”*. *La adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea, la política criminal europea*, (Coord. Álvarez García, F.J. y Otros), Valencia 2009, pp. 761, 772-773.

premisas democráticas, si estas no cuentan con medidas virtuales para desalojar de su ámbito tales prácticas, éstas además de distorsionar su funcionamiento acabarían con la credibilidad del Estado de derecho.

Por su efecto desintegrador de la vida social, la corrupción se ha caracterizado como una seria amenaza para la democracias contemporáneas, lo que justifica la reacción y el considerable interés mostrado en el ámbito internacional para dotarse de instrumentos normativos adecuados, en la conciencia de que la acción llevada a cabo unilateralmente por cada país es insuficiente para atender la complejidad y amplitud de los efectos nocivos de este fenómeno. En este sentido existe un amplio acervo convencional con el objetivo común de atajar y combatir la corrupción en todos los niveles de la Administración Pública, tanto interna como transnacional, con medidas preventivas de distinto tipo, que regule la actividad económica de los entes públicos para crear entornos impermeables a la corrupción, con la finalidad de consolidar el sistema democrático del Estado.

#### IV.- LA CORRUPCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL ESPAÑOL

El rol destacado de la Administración Pública, conforme a la Carta Magna del Estado, repercute en la comprensión de los delitos cometidos por los funcionarios, como la materia impregnada de una concreta articulación jurídico-política de los poderes públicos que incidirá en la interpretación de las conductas delictivas en este aspecto, particularmente en el entendimiento del objeto de protección, es decir del bien jurídico penalmente tutelado, cuya lesión o puesta en peligro constituye el fundamento de la incriminación penal. La distinta concepción de las instituciones públicas y de sus cometidos debe proyectarse tanto en el nivel legislativo, esto es, en la decisión de incriminación penal de conductas lesivas para la convivencia y el establecimiento de un sistema que garantice el respeto a los derechos fundamentales y el interés general de la colectividad, en igualdad de condiciones y oportunidades para todos sin privilegios ni discriminación de ninguna clase.

Sin embargo, esta tarea no resulta tan sencilla, como tendremos la ocasión de comprobar, el código penal de 1995, presenta importantes novedades en su intento de acomodación al parámetro constitucional, pero mantiene posiciones arcaicas y notables

defectos puntualmente observados por la doctrina en la materia que nos ocupa. Por otro lado los esfuerzos de la doctrina y la jurisprudencia para hacer una interpretación objetiva requieren un tiempo de elaboración y convergencia para poder ofrecer una argumentación coherente, ante una nueva sistematización de los delitos relacionados con la actuación de los funcionarios públicos.

La legitimidad institucional de la Administración Pública, deriva por tanto de sus fines y de su sometimiento a las leyes y la Constitución con objetividad, imparcialidad, eficacia y legalidad. Su papel fundamental de garante de los derechos ciudadanos y de la armonización de los intereses contrapuestos de acuerdo con la ley, la garantía de la seguridad jurídica le convierte en una institución decisiva para la convivencia pacífica dentro del propio dinamismo social, en el que la conflictividad es inherente a las relaciones humanas dentro de un entorno colectivo.

El modelo de Administración Pública consagrado en la Constitución, establece el programa básico de lo que “debe ser” el funcionamiento institucional, y por ello la pauta de referencia para delimitar lo que puede ser el objeto de tutela penal, desde la vocación de “última ratio” del derecho penal, como cierre del sistema de controles que operan en cada sector de la Administración. La presencia del instrumento punitivo debe reservarse para incidir sobre los supuestos que impliquen infracciones de mayor alcance contra el interés general.

Con las consideraciones realizadas, y desde la perspectiva que nos interesa, se puede afirmar que las infracciones penales en materia de corrupción, representan sólo un segmento de este fenómeno, por lo que no se identifica fácilmente con un único tipo delictivo, sino que más bien, se trata de un fenómeno que engloba toda una cultura delictiva, ligada a ciertos factores determinantes, tales como el poder, la globalización y la economía. Se trata de una forma de delincuencia que remite a un importante número de figuras penales, tanto tradicionales, como de nueva creación, relacionadas todas ellas, por ciertos elementos vinculantes que ejercen como factores aglutinadores.

Los escándalos de corrupción, de los que se hacen eco a diario los medios de comunicación y que han sacudido a la opinión pública durante los últimos años, han marcado indudablemente la tramitación y posterior aplicación de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. En este contexto, se introducen importantes novedades en el código penal, mejorando la regulación de algunos delitos, añadiendo nuevas figuras

delictivas e incrementando el marco de las penas ya existentes, especialmente en el caso del delito de cohecho, considerado como el prototipo de las figuras delictivas que se ocupan del fenómeno de la corrupción, sobre todo en su vertiente o modalidad de “corrupción pública”.<sup>35</sup>

Teniendo en cuenta todos estos aspectos, no se trata de abordar el examen de aquellas figuras delictivas en que pueden incurrir los comportamientos implicados en los fenómenos de corrupción, sino más bien, destacar el carácter específico de la intervención punitiva de la respuesta penal, para que el comportamiento corrupto tenga virtualidad suficiente como para ser considerado contrario al derecho por atacar bienes susceptibles de protección, que en este ámbito cobrará especial interés el principio de subsidiaridad que rige nuestro sistema, según el cual el Derecho Penal debe ser de ultima ratio, el último recurso frente a los ataques más graves e intolerables a falta de otros menos lesivos.<sup>36</sup>

Hasta hace poco tiempo, se percibía en la opinión generalizada la identificación de la “corrupción” con el carácter público de los sujetos que intervienen en ciertas actuaciones delictivas, aún sin que ninguna figura delictiva tradicional contra la Administración Pública, haya sido portadora de ese “nomen iuris”. Así, los delitos tradicionales como, el de prevaricación de un funcionario público (Arts. 404-406 CP), cohecho, en sus diversas modalidades activo y pasivo (Arts. 419-427 CP), tráfico de influencias (Arts. 428-431 CP), malversación de caudales públicos (Arts. 432-435 CP), fraude y exacciones ilegales (Arts. 436-438 CP), entre otros, tienen como línea directriz la exigencia de la intervención delictiva de sujetos que ostentan la cualidad de funcionario público o autoridad.

El código penal vigente en nuestro país tipifica el delito de cohecho en los Arts. 419

---

<sup>35</sup> En este sentido manifiesta sobre la corrupción, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E. “Recientes iniciativas frente a la corrupción: la modificación de los delitos de cohecho y los delitos relativos a organizaciones y grupos criminales”, la nueva regulación de la corrupción, Servicio de Formación Continua, Escuela Judicial, Madrid 2012, pp. 2 y ss.

<sup>36</sup> Véase también a, MORILLAS CUEVA, L. “Reflexiones sobre el Derecho Penal del futuro”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 04-06-2002, PP. 22 y ss. Afirma, que el Derecho Penal del futuro, debe continuar siendo un derecho basado en el principio de intervención mínima, sin caer en un excesivo simbolismo, pero al mismo tiempo debe afrontar la criminalización de nuevas formas de delincuencia, siempre bajo la cobertura del absoluto respeto a los principios delimitadores del Derecho Penal. Así pues, de acuerdo con este principio que postula el carácter fragmentario del Derecho Penal, éste sólo podría intervenir para proteger los bienes jurídicos más importantes y frente a los ataques de mayor gravedad. Siempre que sea posible brindar una solución a un conflicto de intereses de dos bienes jurídicos en juego a través de otra rama del ordenamiento jurídico, para la solución en estos casos se debe preferir a la penal.

al 427, y aunque con algunas modificaciones tras la reforma de la LO 5/2010, en atención a los compromisos internacionales, mantiene una sustancial continuidad respecto de la regulación prevista en los códigos penales anteriores. No cabe albergar duda alguna de que el condicionante más directo de esta reforma fue el Informe de Evaluación, aprobado el 15 de mayo del año 2009 por el Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) sobre la situación de corrupción en España, y en especial sobre la homologación internacional de nuestra regulación penal sobre el cohecho y tráfico de influencias, sobre todo si se tiene en cuenta que el Informe concluyó recomendando al gobierno Español, proceder urgentemente a la ratificación del Convenio, así como a la firma y ratificación de su Protocolo Adicional, a fin de garantizar una criminalización de estas conductas de forma coordinada, para controlar y combatir la corrupción nacional e internacional.<sup>37</sup> Las modificaciones realizadas pueden agruparse en los siguientes:

a.- El cambio de ubicación sistemática de las figuras delictivas contempladas en relación a las figuras tradicionales, de forma que se reordenan y simplifican con la finalidad de precisar los elementos típicos esenciales.

b.- La ampliación de la responsabilidad penal de los particulares que aparecen como protagonistas principales en la figura del cohecho activo.

c.- La ampliación del círculo de sujetos activos, que da una nueva dimensión a los conceptos de autoridad y funcionario público, en los términos previstos en los compromisos internacionales adquiridos, y además se prevé de forma expresa la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los términos previstos en el Art. 427.2, en relación con el Art. 31 bis y concordantes del código penal.<sup>38</sup>

d.- La modificación más significativa es el incremento de la penalidad, sobre todo las que se refieren a las penas privativas de libertad para algunos delitos.

Con todo ello, y aún siendo importante las reformas realizadas, no se trata de reformas profundas, por lo que los cimientos de la tradicional figura de cohecho, no se han visto esencialmente modificados, así por ejemplo, su definición conceptual, es aún de difícil precisión, la clasificación de sus modalidades típicas, el contenido del injusto e

---

<sup>37</sup> Sobre este particular véase a RAMOS RUBIO, C. "Del delito de cohecho: mano más dura todavía contra la corrupción nacional e internacional (Arts. 419-439, y 445)", *la reforma penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Quintero Olivares, G. (Director), Navarra 2010, pp. 337 y ss.

<sup>38</sup> Así mismo, véase a RODRIGUEZ PUERTA, M.J. "Modificaciones en materia de cohecho", *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Álvarez García, F.J./González Cussac, J.L. (Directores), Valencia 2010, p. 467.

incluso el bien jurídico objeto de tutela que viene a ser similar con las otras figuras tradicionales contempladas en el código penal.

El fenómeno delictivo de la corrupción se extiende también a otras figuras típicas, entre ellos están los delitos de tráfico de influencias (Arts. 428-431), cuya conducta típica en el caso de los artículos 428 y 429, consiste en influir en un funcionario público o autoridad, prevaleciendo de una situación derivada de una relación personal o jerárquica, con el objeto de conseguir una resolución que pueda generar un beneficio económico para sí, o para un tercero. Así como el ofrecimiento o la solicitud de esas influencias a cambio de una contraprestación con el objeto antes señalado, en el caso del Art. 430 del CP. En el cohecho la figura delictiva se realiza en una relación bilateral entre el sujeto que soborna y el sobornado, mientras que en el delito de tráfico de influencias la relación delictiva puede ser múltiple.

La reforma penal de 2010, mantiene inalterada la estructura típica de los delitos de tráfico de influencias previstos en los artículos citados, limitándose a modificar las penas aplicables a las personas físicas y a declarar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el caso del Art 430 del CP, que no deja de ser una figura jurídico-penal compleja. En la regulación vigente se siguen diferenciando dos grupos de conductas delictivas: Por un lado, los que consisten en el ejercicio de influencias sobre funcionario público o autoridad con prevalimiento, y por otro, el ofrecimiento o solicitud de influencias entre particulares, a cambio de una contraprestación.

En el marco de los delitos contra la Administración Pública (Título XIX del Libro II del código penal), también conviene mencionar a otros delitos dentro del contexto de conductas corruptas, como la de malversación de caudales públicos regulada en los artículos 432 al 435 del CP, o de fraudes y exacciones ilegales previstos en los Arts. 436 al 438, que habían permanecido sin modificación desde la entrada en vigor del código penal vigente. Sin embargo, la LO 5/2010 ha incidido en la redacción del Art. 436, para incluir un último inciso, en el que se tipifica de forma expresa, la responsabilidad penal del particular que concertare con una autoridad o funcionario público para defraudar a un ente público.<sup>39</sup>

Con respecto al delito de “negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos y de

---

<sup>39</sup> Véase sobre el mismo a MORILLAS CUEVA, L. (Director), SÚAREZ LÓPEZ, J.M. (coordinador), PÉREZ FERRER, F. y Otros, “Urbanismo y corrupción política”, (Una visión política, civil y administrativa), Dykinson, Madrid 2013. pp. 151 y ss.

los abusos en el ejercicio de su función”, el único precepto que ha sido objeto de modificación, es el Art. 439 del CP que se incorporó durante el trámite de enmiendas en el Congreso, ya que no se preveía en el proyecto inicial de la Ley de modificación del código penal de 27 de noviembre de 2009, estableciéndose la pena de prisión de seis meses a dos años.

Con respecto a los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales (Art. 445), las modificaciones que se han incorporado tras la reforma de 2010, persiguen un doble objetivo. Por un lado, subsanar algunas de las deficiencias técnicas que se habían detectado en relación a la modalidad delictiva.<sup>40</sup> Y por otro, dar cumplimiento a las obligaciones internacionales asumidas por España en materia de corrupción en las transacciones internacionales. La nueva fórmula empleada por el Art. 445 del CP para definir la conducta típica resulta más adecuada y clarificadora, además se ha procedido a especificar la pena que corresponde al particular corruptor, también como no podía ser de otra manera este precepto contempla la posibilidad de inculpar por este delito a las personas jurídicas y precisar las sanciones que podrían aplicarse a los responsables.<sup>41</sup>

También conviene añadir a estas figuras delictivas, la reforma introducida por la LO 5/2010, sobre el delito de blanqueo de capitales, que afecta a la redacción de los artículos 301.1 y 302.2, y a la rúbrica que ahora pasa a denominarse “de la receptación y el blanqueo de capitales” ampliándose las conductas típicas a la utilización y posesión, que hasta entonces no estaban reconocidas como tal, más allá de la labor interpretativa de la jurisprudencia. Así mismo conviene destacar, que con el proyecto de Ley Orgánica de reforma del código penal de 15 de enero de 2007, el legislador español se hizo eco de las exigencias supranacionales que le venían obligando a la tipificación penal de las conductas de corrupción en el sector privado, de acuerdo a los contenidos en la Decisión Marco 2003/568/JAI, de 22 de julio. Esta nueva modalidad delictiva tipifica un delito desconocido hasta entonces en nuestra legislación penal y que ocupa la actual Sección cuarta, Art. 426 bis, (en el Título XIII, De los delitos contra el patrimonio y el orden socio-económico), Capítulo XI, bajo la rúbrica “De los delitos

---

<sup>40</sup> Con respecto a las modificaciones introducidas sobre los delitos de corrupción véase a CEREZO DOMINGUEZ, A.I. “La adaptación del sistema jurídico-penal español a las internacionales sobre corrupción administrativa”, *Actualidad penal*, núm. 21, 2001, pp. 453 y ss.

<sup>41</sup> De igual forma a RODRIGUEZ PUERTA, M.J. y Otros, “Modificaciones en materia de cohecho”, *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia 2010, pp. 489 y ss.

relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores”.

Con las consideraciones realizadas sobre la corrupción en el ordenamiento jurídico-penal español, se pretende solamente hacer referencia a las modificaciones llevadas a cabo en el código penal con las últimas reformas, y nuestro objeto no es desarrollar estos aspectos, sino, interesa más, resaltar el significado y los efectos de la corrupción, que conduce a la descomposición de los organismos públicos, que ha falta de garantías efectivas de funcionamiento, se convierte en un instrumento de los intereses particulares de funcionarios o de personas vinculadas a ellas.

La tutela de la actividad administrativa, no significa proteger a los entes en si mismo, sino precisamente preservar sus funciones y sus cometidos fundamentales para la organización social articulada conforme al mandato constitucional. La administración se convierte en un ente necesitado de protección por constituir un instrumento necesario del estado, del cual se sirven los ciudadanos para acceder a los servicios públicos, en condiciones de igualdad, transparencia y objetividad, conforme a derecho, como titulares del bien jurídico genéricamente formulado como “el correcto funcionamiento de la administración pública”, donde las legítimas expectativas frente a la administración son las que se ven perjudicadas, cuando se trata de alterar el normal funcionamiento de la actividad pública.

## V.- LA PARTICIPACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN

Recientemente con fecha 1 de julio entró en vigor la nueva Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que introdujo nuevas modificaciones con respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en la que establece un listado concreto de delitos contra la Administración Pública a los que abarca dicha reforma, al que popularmente se le conoce como corrupción, a esas actuaciones delictivas en la órbita de la Administración Pública. En este caso, haremos referencia a ello de forma superficial solamente como un tema preliminar de introducción, ya que lo trataremos con mayor amplitud en el trabajo central que nos corresponde desarrollar sobre el delito de tráfico de influencias. Sin embargo, no es posible referirnos a los distintos delitos de corrupción, pasando por alto la nueva regulación que incluye la LO 5/2010, de 22 de

junio, con respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas (Art. 31 bis), atendiendo así a la Recomendación del Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa, así como a las diversas Decisiones Marco de la Unión Europea, en virtud de la adhesión y los compromisos adquiridos por el Estado Español con los organismos internacionales y la Unión Europea.<sup>42</sup>

En el actual contexto de profunda crisis económica y social, nos encontramos ante uno de los mayores problemas político-criminales de nuestro tiempo. Esta materia dotada de gran complejidad jurídica, se proyecta fundamentalmente al ámbito de la criminalidad socio-económica y financiera, así como a todos los entramados organizados de corrupción.<sup>43</sup> Por ello, a partir de la reforma de 2010, se castiga a las personas jurídicas no sólo por los delitos cometidos por la misma, sino también cuando ésta sea partícipe en un delito por no haber adoptado las medidas pertinentes para prevenirlo. Además, la responsabilidad penal de las personas jurídicas podrá declararse con independencia de que se pueda o no individualizar la responsabilidad penal de la persona física,, siendo independientes entre sí.

Ante estas circunstancias, la configuración actual del Art. 31 bis apuesta por un modelo de responsabilidad directa, lo que implica importantes transformaciones con respecto al código penal anterior, por cuanto se introduce un sistema completamente nuevo de imputación y de responsabilidad. El presupuesto fundamental para que pueda decretarse tal suerte de responsabilidad punitiva de las personas jurídicas, se articula sobre dos hipótesis, según establece el citado precepto. En primer lugar, la previa comisión del delito, perpetrado en nombre o por cuenta y en provecho de la persona jurídica o sociedad, por parte de la persona física en quién concurra la condición de representante legal o de administrador de hecho o de derecho. Este modelo de responsabilidad que amplía aún más la versión inicial del anteproyecto, incluye entre otros además, a los empleados apoderados de la organización. En segundo lugar, las personas jurídicas también serán responsables de los delitos cometidos por las personas físicas en el ejercicio de las actividades sociales, que se realicen por cuenta y

---

<sup>42</sup> Al respecto véase a CARBONELL MATEU, J.C. / MORALES PRATS, F. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Álvarez García, F.J. / González Cussac, J.L. (Directores), Valencia 2010, pp. 55 y ss.

<sup>43</sup> En este sentido afirma, MORALES PRATS, F. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", *La reforma penal de 2010, análisis y comentarios*, Quintero Olivares, G. (Director), p. 48, y también véase a GÓMEZ-JARA DIEZ, C. y Otros, "Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas": *Aspectos sustantivos y procesales*, Madrid 2011, pp. 69 y ss.

en provecho de aquellas, en este supuesto se refiere a la actuación de las personas físicas sometidas a la autoridad de quienes ostenten un poder de dirección o de mando, ya sea en términos de representación o de poder societario y que realicen un hecho delictivo, por no haberse previsto las respectivas medidas de control sobre ellos.

Por otro lado, la nueva redacción contempla en el Art. 33.7 el catálogo de penas específicas a imponer a las personas jurídicas, pero en la mayor parte de los supuestos se ha optado por un sistema abierto en relación a las figuras delictivas susceptibles de generar tal responsabilidad. Como se señala así, “atendidas las reglas establecidas en el Art. 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del Art. 33”.

De este modo, las penas con las que se podrá castigar a las personas jurídicas, de conformidad con lo previsto en el Art. 50.4 del CP, serán la pena de multa, cuya cuota diaria oscila entre 30 y 5000 euros. Por otro lado, se contempla también, la suspensión de sus actividades o la clausura de sus locales y establecimientos por un plazo no superior a cinco años, llegándose incluso a considerar la disolución de la sociedad o persona jurídica. Se contempla también la prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito objeto de sanción, pudiendo ser esta prohibición temporal o definitiva. También se introduce la posibilidad de su inhabilitación para obtener subvenciones o ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de seguridad social, por un plazo que no podrá exceder de quince años. Por último, podrá realizarse la intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores afectados, por el tiempo que se considere necesario, que no podrá exceder de cinco años, pudiendo afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio.<sup>44</sup>

Con la participación delictiva de las personas jurídicas en el sector público se aprecia claramente, que el fenómeno de la corrupción que actualmente se constata, presenta rasgos de carácter sistemático muy extendido en el Estado español, por ello debe merecer una respuesta adecuada y urgente en este orden, sin que ello afecte en nada a la determinación de la responsabilidad penal. El carácter sistemático de la

---

<sup>44</sup> Sobre el particular en esta línea véase a DÍAZ GÓMEZ, A. “El modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010, Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología, de 13 de agosto de 2011, pp. 16 y ss.

corrupción, es fruto entre otros de los fallos de la organización política en general que se traduce en la tradicional imagen de la corrupción, como una conducta recíproca de contraprestaciones o de intercambio de favores entre el funcionario público y los particulares, que se ponen de acuerdo para llevar a cabo una operación o actuación ilegal. La frecuencia delictiva que caracteriza el fenómeno de la corrupción, supone la inserción de la conducta individual establecida en una red de complicidad, con distintas formas de operatividad y dotándole de mayor fuerza y sapiencia, pero también de mayor vulnerabilidad en la medida en que el individuo pasa a depender de los favores y del silencio de los demás.

## VI.- INICIATIVAS INTERNACIONALES CONTRA LA CORRUPCIÓN APLICABLE A LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

En la época actual de una tendencia globalizadora imparable, la preocupación internacional por la corrupción en el ámbito público y privado es clara. No es de extrañar, que en los últimos tiempos se hayan visto intensificados en el contexto internacional, los esfuerzos dirigidos a procurar una mejor prevención de este fenómeno y ha asegurar la persecución y sanción de los hechos punibles, mediante una colaboración internacional que se presenta como una opción irrenunciable para poder combatir la corrupción y para promover el sentido de la responsabilidad, transparencia y legalidad.

Respecto a la cuestión que a nosotros nos interesa, es evidente que al menos en Europa, algo está cambiando en los últimos veinte años, siendo numerosas las iniciativas adoptadas en esta materia. En este sentido, el legislador penal nacional se nutre hoy de instrumentos procedentes de distintos ámbitos, un fenómeno que se ha explicado como una tendencia a “la internacionalización del Derecho penal”, o incluso como a “la globalización del Derecho penal”.<sup>45</sup> Nos encontramos, ante una de las de las manifestaciones más características de nuestro tiempo, tanto desde el punto de vista dogmático, como político-criminal.

---

<sup>45</sup> En este sentido véase a SILVA SÁNCHEZ, J.M. “La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales, 2ª edición, Civitas, Madrid 2001, pp. 63 y ss. También manteniendo esta línea véase las afirmaciones que sostiene en su libro al respecto ZÚNIGA RODRIGUEZ, L. / MÉNDEZ RODRIGUEZ, C. / DIEGO DÍAZ-SANTOS, M.R. (Coordinadores): “El Derecho Penal ante la globalización”, Colex, Madrid 2002, 28 y ss.

De este modo, la búsqueda de una estrategia efectiva de lucha contra la corrupción es el objeto de numerosos instrumentos internacionales que obligan a los Estados integrantes, a emprender acciones que se apoyan intensamente en el recurso al Derecho Penal. Aunque la referencia a la corrupción en tales normas se identifica en la mayoría de las ocasiones, con los comportamientos que tienen lugar en la órbita del sector público por parte de los empleados públicos, funcionarios o autoridades que actúan en el ejercicio de sus cargos.

En este sentido, la Convención Interamericana contra la corrupción (CICC), aprobada por la Organización de los Estados Americanos, el 29 de marzo de 1996, introdujo una serie de medidas preventivas de los comportamientos de corrupción. Por un lado, las que se refieren a determinadas normas de conducta para el correcto y adecuado cumplimiento de las funciones públicas, que están orientadas a prevenir conflictos de intereses y a asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones. Además, establecen las medidas que exigen a los funcionarios públicos informar a las autoridades competentes sobre los actos de corrupción en la función pública de los que tengan conocimiento, lo que contribuirá a preservar la confianza en la integridad de los funcionarios públicos. Por otro lado, los sistemas para proteger a los funcionarios públicos y ciudadanos particulares que denuncien de buena fe los actos de corrupción, incluyendo la protección de su identidad, de conformidad con la Constitución y los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno.

También un año más tarde, en el seno de la Unión Europea, el Consejo adopta el Acta por el que se establece, sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados los funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, en cuyo articulado se determinan las conductas que han de ser perseguidas penalmente por los Estados miembros a título de corrupción pasiva y activa respectivamente.<sup>46</sup> También en ese año, concretamente en París, el 17 de diciembre de 1997, se firma el Convenio sobre la lucha contra la corrupción de los agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, que fue aprobado por la Organización de Cooperación y Desarrollo

---

<sup>46</sup> Vid. *El Diario Oficial C 195*, de 25 de junio de 1997.

Económicos (OCDE).

Sin embargo, las iniciativas hasta ahora señaladas no tuvieron en cuenta la corrupción en el sector privado, por lo que como primer instrumento jurídico por el que España queda efectivamente obligada a introducir en sus previsiones penales las conductas de corrupción en el sector privado, puede destacarse la Acción Común del Consejo, de 22 de diciembre de 1998, que a pesar de su corta extensión, sirvió a los modelos ulteriores, no sólo en esta materia, sino también para definir la exigencia de la responsabilidad de las personas jurídicas.<sup>47</sup>

Este instrumento compelmía a los Estados miembros, a adoptar las medidas necesarias para que las conductas de corrupción (pasiva y activa) en el sector privado, incluyendo la complicidad e instigación, fuesen tipificadas como infracciones penales y objeto de sanción eficaces, proporcionadas y disuasorias, que acogiesen al menos en los casos graves, penas privativas de libertad, que pudieran dar lugar a la extradición.<sup>48</sup> Así mismo, y para garantizar la efectividad de dichas previsiones, se exigirá la adopción de las medidas oportunas para asegurar que las personas jurídicas pudiesen ser consideradas responsables de los actos de corrupción activa.

En este contexto, y entre otras iniciativas supranacionales, se destaca la Convención Penal contra la corrupción del Consejo de Europa, de 27 de enero de 1999, calificado en su momento como el instrumento multilateral más ambicioso, que consideró a la lacra de la corrupción como un amenaza grave para la democracia, el Estado de Derecho y los Derechos Humanos, lo que ya había sido puesto de manifiesto con anterioridad en la Conferencia de Ministros de Justicia Europeos, celebrada en Malta en 1994, y que dio lugar al Programa de Acción contra la corrupción que se aprobó dos años más tarde.

Paralelamente, el 12 de mayo de 1999, en virtud de la Resolución 5 del Comité de

---

<sup>47</sup> Vid. *Diario Oficial*, Ley núm. 358, de 31 de diciembre de 1998.

<sup>48</sup> *Tales conductas quedaban definidas del siguiente modo: Art. 2.1 (corrupción pasiva). "A efectos de la presente Acción Común, constituirá acción pasiva en el sector privado el acto intencionado de una persona, que directamente o por medio de terceros, solicita o reciba en el ejercicio de actividades empresariales, ventajas indebidas de cualquier naturaleza, para sí mismo o para un tercero, o acepte la promesa de tales ventajas a cambio de realizar u abstenerse de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones". Y el Art. 3.1 (corrupción activa). "A efectos de la presente Acción Común, constituirá corrupción activa en el sector privado la acción intencionada de quién prometa, ofrezca o dé, directamente o por medio de terceros, una ventaja indebida de cualquier naturaleza a una persona para ésta o para un tercero, o acepte la promesa de tales ventajas, a cambio de realizar o abstenerse de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones". Por lo tanto, estas directrices normativas en el plano internacional sirven de orientación al ordenamiento interno de los Estados miembros.*

Ministros del Consejo de Europa, se crea el “GRECO” (Grupo de Estados contra la Corrupción), del que España es parte desde sus inicios, con el fin de procurar la máxima aplicación de este Tratado sobre la corrupción penal, que se plantea como uno de sus objetos fundamentales, establecer un programa dinámico de evaluación del nivel de corrupción existente en cada uno de los Estados. A su vez, supone también una forma de presión mutua entre los Estados miembros para la aplicación de los instrumentos jurídicos internacionales de lucha contra la corrupción.<sup>49</sup>

Como antecedente inmediato de la reforma legislativa española de 2010, se tiene la Decisión Marco, de 22 de junio de 2003, sobre la lucha contra la corrupción en el sector privado, que en esencia reproduce la misma orientación y contenidos de la Acción Común de 1998.<sup>50</sup> Entre las razones que justifican, se señala textualmente en el preámbulo de la Decisión Marco que: “Junto con la globalización, los años han traído un aumento del comercio transfronterizo de bienes y servicios, por lo que la corrupción en el sector privado de un Estado miembro ha dejado de ser un problema meramente interno para convertirse en un problema transnacional, que se aborda más eficazmente mediante una actuación conjunta en la Unión Europea”. De esta forma, el propósito de la Unión Europea al aprobar estas disposiciones, es el de ofrecer a los ciudadanos, una protección dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia, mediante la adopción de medidas de prevención y lucha contra la corrupción y la delincuencia organizada.

La normativa internacional sobre la corrupción en la Unión Europea, obliga a los Estados miembros a cumplir con las Directivas Europeas y ha adoptar las políticas de lucha trazadas contra estos fenómenos delictivos, con el objeto de alcanzar una necesaria armonización legislativa que consolide las políticas de lucha y control en la Unión Europea. Estas políticas de lucha contra la corrupción, se ven reforzadas por la contribución de importantes instrumentos internacionales, como las que hemos mencionado y resumiendo podemos destacar a los siguientes:

- a.- La Convención de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) contra la corrupción, de 31 de octubre de 2003 (ratificada el 19 de julio de 2006).
- b.- El Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes políticos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, de 17 de diciembre de

---

<sup>49</sup> Sobre el GRECO, Vid. [http://coe.int/t/dghl/monitoring/greco/default\\_en.asp](http://coe.int/t/dghl/monitoring/greco/default_en.asp)

<sup>50</sup> Los redactores de la Decisión Marco consideran la corrupción, como un fenómeno patológico agigantado por la globalización, que afecta al correcto funcionamiento de las instituciones del Estado.

1997 (ratificado el 3 de enero de 2000).

c.- La Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transaccional, de 15 de noviembre de 2000 celebrada en Palermo (ratificada el 21 de febrero de 2002).

d.- El Convenio Europeo de lucha contra la corrupción de los funcionarios de la Unión Europea, de 26 de mayo de 1997 (entró en vigor el 28 de mayo de 2005).

e.- El Convenio Penal del Consejo de Europa sobre la corrupción N° 173, de 27 de enero de 1999 (en vigor en España desde el 1 de agosto de 2008).

f.- El Convenio Civil del Consejo de Europa N° 174, de 4 de noviembre de 1999 (entró en vigor en España desde el 1 de abril de 2010).

## VII.- CONCLUSIONES.

Primera.- La comunidad en general ha puesto de manifiesto, que la corrupción representa un serio problema para la sociedad contemporánea y para el Estado de Derecho, básicamente por las consecuencias nefastas que causa en todos los ámbitos.

Segunda.- Los efectos de la corrupción son devastadores y perjudica a la democracia y el Estado de Derecho, atenta contra los intereses y los derechos de los ciudadanos, menoscaba la calidad de vida y permite el surgimiento de la delincuencia organizada tanto en el sector público como en el privado.

Tercera.- Desde el punto de vista normativo, se trata de un fenómeno punible en expansión, tanto cuantitativa como cualitativa, que ha superado con creces las previsiones legales existentes y merece el endurecimiento de las penas simbólicas que actualmente se imponen para los delitos de corrupción, por su vinculación cada vez mayor con la delincuencia socio-económica y su expansión al ámbito transnacional.

Cuarta.- En este sentido, se puede afirmar con certeza, que la globalización ha potenciado las oportunidades de corrupción en la medida en que surgen nuevas modalidades relacionadas con el crimen organizado y los avances de las nuevas tecnologías, por lo que ésta ha dejado de ser un problema interno de los Estados, para convertirse en un fenómeno que afecta a todas las sociedades y economías, lo que hace esencial la cooperación internacional para su prevención y erradicación.

Quinta.- La corrupción pertenece a esa clase de actividades cuyas modalidades

delictivas se caracterizan por la clandestinidad de sus actos, lo que genera una alta cifra oscura de criminalidad, derivada de la frecuente actitud de ocultación general que va unida a una relación de confianza para mantener un acuerdo de manera reservada, y que se ve favorecida por los múltiples obstáculos que se alzan en la praxis contra la adecuada investigación, obtención de pruebas e imposición de penas.

Sexta.- La corrupción, es una práctica social que se lleva a cabo al amparo de un pacto y el secretismo de sus participantes, de forma poco transparente, por lo que desde el punto de vista político-criminal, este tipo de conductas dudosas gozan de mayor impunidad, precisamente por el carácter discrecional, resulta difícil observar y cuantificar estos comportamientos.

Séptima.- En realidad, la corrupción es un fenómeno complejo, difícil de medir y demostrar, debido a las múltiples causas que confluyen en su gestación. Por ello, intentar sistematizar y explicar todas las condiciones que contribuyen a su aparición y desarrollo, es una labor complicada, aunque de forma general se puede señalar que las causas principales que explican la corrupción se deben a: Factores culturales, sociales, económicos y políticos.

Octava.- En líneas generales, es tan amplia la diversidad de actos o conductas que quedan comprendidos bajo la denominación de corrupción, y el hecho de castigar los distintos comportamientos que se consideran como manifestaciones de corrupción, supone un esfuerzo necesario e innovador para evitar cualquier laguna en una estrategia global de lucha contra este tipo de conductas. Los diversos proyectos de Ley contra la corrupción que se vienen proponiendo en el Parlamento Español, así como la novedosa Ley de transparencia impulsada por el Partido Popular, deben reforzar los mecanismos y políticas de lucha contra el poderoso monstruo de la corrupción.

Novena.- El Derecho Penal es el instrumento jurídico más enérgico del que dispone el Estado para evitar las conductas que resultan indeseables socialmente. Pero es de gran importancia entender que este instrumento no es el único del que dispone el Estado para el control social de la conducta de los individuos. El Derecho Penal no constituye una garantía absoluta para resolver el problema de la corrupción, requiere además del concurso de medidas y mecanismos de control eficaces para proteger y garantizar las bases constitutivas de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Décima.- Se hace necesario abordar desde una perspectiva político-criminal la lucha

contra esta lacra social y exigir ab initio una intensa labor de concienciación de la sociedad en cuanto a la importancia y gravedad del fenómeno y la inadmisibilidad de que las relaciones de los ciudadanos con la Administración Pública y también en el sector privado, se vean distorsionados por la intervención de personas o entidades dotados de poder económico o político, que influyen en aquellos funcionarios con capacidad de decisión para resolver determinados asuntos y favorecer los intereses espurios de corruptos y corruptores.

Décimo primera.- Es fundamental adoptar medidas y políticas serias de lucha contra el fenómeno de la corrupción. Para ello, resulta necesario promover mecanismos de prevención, investigación y sanción, facilitar la cooperación internacional y una reformulación de los tipos penales existentes, de tal manera que las penas que se impongan sean efectivas y severas de acuerdo a la gravedad de los hechos con la finalidad de combatir y erradicar esta lacra social sistematizada con carácter general en todos los niveles de la Administración. Armonizar el ordenamiento jurídico interno, conforme a las directrices y los tratados internacionales suscritos por el Estado español sobre los planes y políticas de lucha integral contra la corrupción.



**SEGUNDA PARTE**

**EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS EN EL CÓDIGO  
PENAL ESPAÑOL**



## **CAPITULO TERCERO**

### **CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS**

#### **I.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DELITO**

Como punto de partida, en el delito que nos corresponde desarrollar, es necesario referirnos al origen y su evolución legislativa a través de la historia, a pesar de que la figura del tráfico de influencias haya sido introducida recientemente en el código penal. Sin embargo, se trata de una conducta que tiene antecedentes muy remotos ha existido siempre en todas las sociedades y fue ignorado en la mayoría de las legislaciones del mundo, hasta hace tres décadas atrás aproximadamente, es a partir de 1980 en adelante cuando se comienzan ha formular planteamientos en la doctrina encaminados ha identificar y configurar como delito independiente, ya que se encontraba asimilada en otros delitos afines por la similitud de las conductas delictivas, tal es así que este delito en sus inicios recibe en la doctrina, la denominación de venta de humo y a sus autores les llamaban vendedores de humo.

Los antecedentes de este delito se remontan entre otros al derecho romano, en la época del Emperador Alejandro Severo, hubo en su imperio una persona llamado Verconio Turino, que se dedicaba debido a su posición de favorito del Emperador, a traficar con influencias, pero Verconio Turino fue descubierto de la siguiente forma: Se persuadió a un individuo, para que presentara públicamente una petición al Emperador y que acudiese a Turino en busca de protección para que este intercediese a su favor ante el Emperador Alejandro. Así fue hecho y Turino le prometió su apoyo y le dijo que había hablado con el Emperador, aunque no era cierto y que de él dependía ahora el resultado, cuando el Emperador Alejandro convocó al peticionario para una nueva audiencia, Turino fingiendo que hacía algo señaló al hombre con la cabeza, pero sin

hablar con él. Su petición fue concedida y Turino obtuvo una importante suma de dinero, mediante la venta de humo, entonces el Emperador Alejandro ordenó que Turino fuese procesado y una vez demostrada su culpa mediante testigos, de los cuales unos habían visto lo que Turino había recibido y otros lo que había prometido, dispuso que se le atase a una estaca en el Foro Transitorio para que muriese ahogado por el humo de un fuego hecho con paja y leña húmedas, mientras un heraldo proclamaba, “castiga el humo a quién vende humo“ ( fumo punitor qui vendidit fumun ). También existen referencias de otros acontecimientos similares que se han producido sobre esta práctica de fumun vendere en la época del Emperador Antonino Pío. Así mismo, “El Digesto” y el “Código de Justiniano” ya recogían supuestos similares al tráfico de influencias, incluso ya equiparaba el tráfico lucrativo con el tráfico voluntario o gratuito de influencias.

En cuanto se refiere a la codificación penal española, aparece alguna modalidad que se asemeja al tráfico de influencias en los artículos 476 y 477 del código penal de 1928, dentro del capítulo dedicado al cohecho, y el hecho de atribuirse falsas influencias fue siempre considerado en los códigos penales, como una modalidad comitiva del delito de estafa. Pero como delito independiente con tal denominación y referida en términos generales a la intermediación entre el particular y el funcionario público, no estaba previsto delito alguno, hasta que fue introducido por la Ley Orgánica 9/1991, de 22 de Marzo, a través de la cual se efectuó la reforma de algunos delitos de funcionarios públicos, introduciendo en el código penal de entonces un nuevo capítulo sobre el tráfico de influencias, que estaba integrado por los artículos 404 bis a), 404 bis b) y 404 bis c), estos delitos fueron incorporados también al código penal de 1995, sin alteraciones relevantes, no habiendo sido objeto de ninguna modificación en la reforma operada por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre. Sin embargo, pese a la aparente necesidad de reforma, habida cuenta de que la manera en que fueron descritos los tipos penales puede dudarse fundadamente de la operatividad de la misma. Además desde el punto de vista de la finalidad perseguida con la reforma, tampoco parece que el medio más idóneo para atajar el tráfico de influencias fue la creación de estas figuras delictivas un tanto restrictivas en cuanto a su extensión, encuadradas solamente a ciertos aspectos, excluyendo situaciones o conductas típicas que son propios de este delito. Es más, las penas establecidas son generosas por no

decir simbólicas, que no corresponden a los acontecimientos delictivos de mayor impacto o alarma social que vienen ocurriendo frecuentemente en la administración de las instituciones públicas del Estado y de algunas Comunidades Autónomas, como también viene sucediendo en los propios partidos políticos y en los sindicatos. Aunque en la doctrina la mayoría de juristas han mantenido una posición condescendiente similar o con pequeñas diferencias. No se le ha brindado la debida importancia o profundizado mayores estudios para conocer el núcleo verdadero de este fenómeno social, y aún existe escasa doctrina desarrollada hasta ahora, así podemos señalar algunas afirmaciones sostenidas entre otros por GIMBERNAT que dice, solo se puede combatir eficazmente el delito de tráfico de influencias, restringiendo el arbitrio de la administración de tal manera que no sea posible el amiguismo económico, sin que se dé al mismo tiempo una prevaricación o actitud influyente.<sup>51</sup>

El código penal del año 1995, contiene dentro del Título XIX (delitos contra la Administración Pública) el capítulo VI que lleva por rúbrica “del tráfico de influencias”, este capítulo que consta de cuatro artículos del 428 al 431, mantienen en términos generales la redacción del código derogado, aunque se han introducido algunas modificaciones mínimas, como la supresión de la exigencia de la obtención del beneficio económico y la acertada inclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Art. 430, párrafos segundo y tercero, por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de Reforma del CP.

El tráfico de influencias, en principio supone la Intervención de dos personas, por cuanto en sí, es una conducta de intermediación entre dos personas, una de las cuales necesariamente a de ser funcionario público o autoridad; el intermediario puede ser un funcionario, una autoridad o un particular, pero lo que en cualquier caso no queda abarcado, es el tráfico de influencias entre particulares, cuando se trata de familiares o allegados de los funcionarios públicos del cual se valen muchas personas para iniciar

---

<sup>51</sup> Véase a GIMBERNAT ORDEIG, E. y Otros, “Código penal concordancias y jurisprudencia”, Tecnos, Madrid 2003, pp. 920-923. La SSTS de 7 de noviembre de 1986, 12 de julio de 1995, 7 de febrero de 1997 y 8 de marzo de 1999, ha admitido a veces implícitamente, la posibilidad de que la responsabilidad civil sea una secuela de los delitos de prevaricación y tráfico de influencias. Una circunstancia, sin embargo, debe concurrir inexcusablemente para que de tales delitos se derive la obligación civil de indemnizar: que el daño sea consecuencia inmediata y directa de la resolución injusta o de la obtención mediante influencias, lo que quiere decir que si entre aquellas y el daño se interpone una acción ilícita, que es la que provoca la obligación de repararlo, se le habrá de imputar al que realizó dicha acción, sin perjuicio de que el funcionario que dictó la resolución deba responder también civilmente en la medida en que dolosamente hubiese participado en el hecho productor del daño (STS de 29 de octubre de 2001).

sus tramas y enlaces con los funcionarios, para conseguir su objeto directamente o llegar a través de la influencia de éste, a otro que le compete conocer o decidir sobre un determinado asunto.<sup>52</sup>

También se puede dar el caso, en el que intervenga una sola persona, cuando se trata de obtener una ventaja o beneficio para sí, o a favor de familiares o allegados, encaminados por el mismo funcionario, los actos o procedimientos a través de su propia actuación, para la obtención de sus propósitos, como consecuencia de un vínculo familiar o interés propio, que se sustenta en la mutua asistencia o solidaridad entre familiares consanguíneos o afines, en la que no hace falta la intervención de un tercero o de una influencia que la motive, cuando es el propio funcionario quién ejecuta todas las maniobras conducentes al fin perseguido. A esta conducta que consiste en la motivación a sí mismo, impulsada por intereses propios, se ha venido denominar como “La auto influencia”, modalidad insospechable de uso frecuente en la actividad administrativa, al que no se ha visto, ni se quiere ver, ni se ha tratado en la doctrina y menos aún, en las legislaciones que se han dado hasta ahora, a pesar de que esta modalidad de influencia era una práctica constante en el pasado, tradicionalmente conocido por todos, donde las autoridades o funcionarios otorgaban beneficios, nombraban o favorecían prioritariamente a sus familiares o allegados, sin reparos de ninguna clase.<sup>53</sup> Para ilustrar esta práctica ilegal tenemos como muestra evidente que aún viene sucediendo en nuestros días aunque con menor frecuencia que antes por ejemplo, cuando algunos altos cargos del gobierno, funcionarios de confianza de instituciones públicas, presidentes de Comunidades Autónomas, Alcaldes o miembros de gobiernos municipales, favorecen o nombran como funcionarios públicos en su jurisdicción a familiares o allegados sin ninguna clase de escrúpulos ni impedimentos. También se puede mencionar como ejemplo de estas prácticas ilegales lo que viene sucediendo en algunos países iberoamericanos de forma sistemática, desde hace muchas décadas atrás así por ejemplo. El ingreso a la Escuela Superior de oficiales de

---

<sup>52</sup> En este sentido véase a COBO DEL ROSAL, M., MORILLAS CUEVA, L. y Otros, “Derecho penal parte especial”, 2ª edición, Madrid 2005, pp. 907-913. En estos años la doctrina se ha ocupado de estas infracciones delictivas con cierto interés con conclusiones poco satisfactorias para ellas. Se les acusa de coyunturales, de poco necesarias, de solaparse con los tradicionales delitos de cohecho y prevaricación, de ser instrumento para la judicialización de la vida política. En sí, estas críticas son inoportunas que adquiere sólidos fundamentos solo con respecto a otros tipos penales o conductas más graves.

<sup>53</sup> Véase también a BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. “Anotaciones sobre el delito de tráfico de influencias, delitos de los funcionarios públicos”, Madrid 1994, pp. 203-209.

las Fuerzas Armadas (Ejército de tierra, Fuerza aérea y Marina) y al Cuerpo Superior de Policía, están destinados preferentemente a los hijos, familiares y allegados de los miembros de la plana superior de oficiales con capacidad de mando y decisión y ha aquellos postulantes que pagan discretamente previo acuerdo, fuertes cantidades de dinero a uno o más oficiales con tal fin, habiéndose instaurado desde hace varias décadas atrás un poder absoluto de dominio e influencia en la estructura institucional, donde las oposiciones o concursos públicos son un mero simulacro para darle apariencia de legalidad a las convocatorias públicas. Esta clase de prácticas ilegales, felizmente se está superando y en el caso Español se ha avanzado significativamente aunque todavía existe discretamente en algunos sectores de la Administración Pública, tratándose de los cónyuges, familiares o partidarios políticos, donde la influencia y los favoritismos generalmente se canalizan por conductos de aparente legalidad con absoluta discrecionalidad sin levantar sospecha alguna.<sup>54</sup>

También debemos señalar, otra modalidad evidente de práctica frecuente que ocurre en la Administración Pública y es: “El tráfico de influencias en cadena”, cuya práctica es común en la sociedad contemporánea y que tampoco los legisladores tomaron en consideración esta modalidad, a pesar de que en la doctrina ya se formularon planteamientos verosímiles, ya que es la modalidad “auténticamente típica” del tráfico de influencias, de itinerario múltiple en su desarrollo y ejecución. El tráfico de influencias en cadena es por lo demás una de las manifestaciones más frecuentes de la corrupción administrativa y política y puede llegar a ser el germen de una verdadera organización criminal,<sup>55</sup> constituyendo un aparato de poder dentro de la propia Administración que es difícil de sancionar penalmente en la medida en que, como antes decíamos, las influencias que se derivan de las relaciones personales, parentescos, etc. no entran directamente en el tipo, salvo que se dé la situación de prevalimiento, los límites entre lo delictivo y lo simplemente inmoral son en esta materia difíciles de marcar. El ejercicio de influencias en cadena, tampoco a sido tomada en cuenta o asimilada como tal, por que los legisladores han optado por una posición resultadista, distinta a la figura típica en sí, obviando los hechos o actos anteriores al resultado, quedando impunes los sujetos intermediarios o traficantes de dichas influencias a falta

---

<sup>54</sup> Véase sobre este particular a GARCÍA PLANAS, G. “El nuevo delito de tráfico de influencias”, *Colegio de Abogados de Baleares, Palma de Mallorca 1992*, pp. 3-16.

<sup>55</sup> Así MUÑOZ CONDE, F. “Derecho penal parte especial”, 19ª edición, Valencia 2013, pp. 957-958.

de resultado y prueba material, que hace difícil demostrar la ocurrencia de estos hechos, siendo la naturaleza del delito de tráfico de influencias, un comportamiento eminentemente abstracto,<sup>56</sup> que en muchos casos es difícil conocer su existencia, debido a que están planificados hábilmente y resulta imposible demostrar el desarrollo y la ejecución de estas conductas. Por ello, consideramos que los doctrinarios deben darle mayor importancia y dedicación al estudio e investigación de esta modalidad de tráfico de influencias, que es la esencia auténtica de este delito; de práctica frecuente en la Administración Pública amparada en el misterio de la discrecionalidad y la indiferencia de los legisladores.

## II.- INTRODUCCIÓN AL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS

La primera década que transcurre de este nuevo milenio 2000, nos hace constatar el gran desarrollo industrial y tecnológico, así como los profundos cambios socio-económicos, políticos y culturales que se vienen dando en la sociedad actual, como acontecimientos trascendentales que venimos experimentando. Pero por otra parte, también se vienen conociendo frecuentemente a través de los distintos medios de comunicación, la existencia generalizada de corrupción en nuestro país, donde se vienen denunciando constantemente ante el Órgano Jurisdiccional, la comisión de diferentes delitos contra la Administración Pública, por la actuación delictiva de los propios funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. En estos hechos o actos delictivos que se han instaurado no solo en algunas Comunidades Autónomas, sino también en algunas instituciones públicas del Estado, están comprometidos algunos funcionarios públicos de confianza y personajes importantes de la esfera política, cuya actuación negativa ha conducido a la pérdida de confianza en los mismos, por haber generado un clima de alarma e indignación en la ciudadanía en general. A pesar de la persecución de estos delitos siguen saliendo a la luz muchos casos de delitos con mucha frecuencia, como ejemplo de algunos delitos alarmantes protagonizado por personajes importantes podemos mencionar: El “caso Gurtel” en el Partido Popular, el “caso de los ERE de Andalucía” en el periodo del gobierno socialista, el caso del

---

<sup>56</sup> Así, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO. “Los delitos relativos al tráfico de influencias”, revista *la Ley*, tomo 5, Madrid 1998, pp. 1514 y ss. El comportamiento abstracto que caracteriza al delito de tráfico de influencias, así como la discrecionalidad de los actos no fueron valoradas como tal por los legisladores.

“Instituto NÓOS” de Urdangarín, o el caso prototipo de la trama urbanística de Marbella “caso Malaya”, donde fueron procesados más de 90 acusados, y así podemos señalar muchos delitos cometidos por los propios funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, como acontecimientos recientes de los que han sido protagonistas personas conocidas políticamente, que han creado un clima de desconfianza en la llamada “clase política”, por los evidentes tintes delictivos de prácticas que se han revelado como usuales en determinados ámbitos de actuación, al amparo de privilegios de quienes ostentan cargos de representación política. Genéricamente estos hechos, conocidos como “tráfico de influencias”, son prácticas que han consistido en “cobros ilegales de comisiones”, “utilización de información privilegiada”, “discrecional eliminación de barreras administrativas”, “nombramientos ilegales”, “intercambio de favores” y “usurpación de atribuciones”.<sup>57</sup>

De estos hechos fácilmente se puede deducir, que estas conductas implican a nuestro entender: “el ejercicio de influencias”, “el uso y abuso del poder”, “el incumplimiento de la ley” y “el lucro o beneficio ilícito”; pero la exigencia social de que esas conductas reciban respuesta jurídico-penal, se contestó y se gestó, desde ámbitos políticos, que diseñaron interesadamente, alegando la existencia en nuestro código penal, de tipos penales en los que debiera subsumirse, cuando en realidad el código ofrece una gama de tipos de posible aplicación, esta argumentación no fue respaldada por la doctrina penal española.<sup>58</sup>

Sin embargo, debemos hacer referencia a la contribución fructífera que ha aportado la doctrina en la configuración del delito, a pesar de que había posiciones contrarias y obstáculos dogmáticos que se han sostenido en sus orígenes por parte de algunos doctrinarios, conforme se desprende de la afirmación de Muñoz Conde; no es una buena política jurídica, reformar continuamente el código penal, como si se tratase de un reglamento administrativo o cualquier disposición normativa de sectores mucho mas cambiantes que la cuestión penal; por elementales razones de seguridad y certeza jurídica, máxime después de haberse operado en él, reformas importantes como las de 1983, 1988, 1990, 1995 y 2010. A veces se tiene la impresión de que el legislador, es

---

<sup>57</sup> Sobre este particular véase a CASAS BARQUERO, E. “Tráfico de influencias”, *Estudios penales en memoria del profesor Fernández-Albor, Universidad Santiago de Compostela 1989*, pp. 165-174.

<sup>58</sup> En esta misma línea véase a CRESPO BARQUERO, P. “Corrupción y tráfico de influencias”, *el nuevo código penal y su aplicación a empresas profesionales, volumen IV, Madrid 1996*. No se desvalora un mero acto de interferir en la función pública, es preciso que el hecho implique un ejercicio de influencias.

decir la mayoría parlamentaria que representa a un determinado partido político y una opción política concreta, desconfía de la capacidad de configurar o adaptar las normas jurídicas, a la realidad social del poder judicial, dando respuestas concretas a los problemas que presentan ciertos aspectos novedosos. La instrumentalización del derecho penal por el poder político, es un peligro que siempre ha entrañado, del cual se ha servido la clase política, pero acertadamente a partir del código penal de 1995, se ha dado un giro lógico orientado a la eliminación de dichos privilegios, adaptándose a los cambios socio-económicos y políticos que se vienen dando en la actualidad, en concordancia con los acontecimientos internacionales como referentes legislativos.<sup>59</sup>

La creación de esta figura delictiva, surge a raíz de la Exposición de Motivos de la Proposición de la Ley Reguladora del Tráfico de Influencias y del manejo de Información Privilegiada, que presentó inicialmente el grupo Parlamentario Partido Popular (B.O.C.G., serie B, núm. 23-1, de 31 de enero de 1990), justificando dicha iniciativa, dada la necesidad y urgencia de que el derecho penal español, contemple aquellas relaciones de influencias o presión recíproca que existía entre los poderes políticos y los centros de decisión económica, que si bien son propias de una sociedad democrática, estos han de estar dotados de la debida transparencia, que asegure a los ciudadanos su convicción de que a mayor democracia debe existir mayor honestidad en sus gobernantes y funcionarios en el manejo de los intereses y fondos públicos y en el ejercicio de sus cargos. En cuanto a la relación de interdependencia, que existe entre el sector público y el sector privado, se han dado casos frecuentes de personas que en su momento ejercieron cargos públicos, ocuparon en otro momento de su vida profesional cargos decisivos en su actividad privada, beneficiándose de modo ilícito de una influencia personal sobre los órganos decisorios de la Administración Pública o de una información privilegiada que se adquirió en el desempeño del servicio público.

Así mismo, acontecimientos de gran trascendencia social, ponen de relieve que la utilización de los lazos familiares o de íntima amistad con quienes ostentan altos cargos en al Administración Pública, pueden ser empleados de manera ilícita para incidir sobre

---

<sup>59</sup> Sobre esta opinión véase a CONDE MUÑOZ, F. "Derecho penal parte especial", 14 edición, Valencia 2002, pp. 934-992. La trascendencia social y política de estos hechos, es lo que, de todos modos, explica que algunos delitos tipificados bajo el Título de delitos contra la Administración Pública (cohecho, tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, infidelidad en la custodia de documentos, fraudes y exacciones ilegales y negociaciones prohibidas a funcionarios públicos), sean enjuiciables por el Tribunal del Jurado, de acuerdo con la disposición Segunda del código penal.

la voluntad de los titulares de los órganos decisorios de la administración, alterando los principios de igualdad, la libre concurrencia y el servicio leal al interés general, que deben presidir todas las decisiones administrativas, y no propiciando ganancias desmesuradas ni obteniendo ventajas ilegales.<sup>60</sup>

Por todo ello, no nos debe extrañar, la posición disimulada que han optado algunos sectores interesados, frente a estos fenómenos repudiables y en algunos casos incluso se han mostrado como defensores directos, tratando de bloquear las iniciativas legislativas en su momento. A pesar de estos sucesos, se hizo prevalecer los fundados planteamientos sostenidos por la doctrina mayoritaria, respecto a estas conductas perennizadas en la Administración.

Nosotros debemos señalar con mayor claridad, que “el tráfico de influencias” es una lacra social latente, que aún está en el vacío normativo y todavía no ha merecido una respuesta adecuada por parte de los legisladores, la redacción de los tipos penales previsto en los artículos 428, 429 y 430 del CP, obedece aún, a una aparente configuración interesada, que está hábilmente condicionado en su contenido y sujeto ha la obtención de unos parámetros resultadistas, como son la consecución de una resolución, el beneficio económico y la presión o ejercicio abusivo de la influencia, cuando en realidad no siempre o no hace falta que se cumplan estos factores, ya que la evolución delictiva del tráfico de influencias en sí, ha supuesto unos cambios de modalidad, hoy en día las influencias se ejercen hábil y discretamente con diplomacia y proponiendo algo a cambio, y para ello se recurre generalmente al pacto o acuerdo secreto entre las partes, quienes planifican la operación para la obtención de los beneficios que se persiguen. El tráfico de influencias, es como un negocio de intermediación pretendido por ambas partes, que se lleva a cabo bajo el misterio de la discrecionalidad, donde tanto el sujeto influyente como el influido participan voluntaria e interesadamente para beneficiarse mutuamente de los beneficios que se obtengan.

La fórmula legislativa adoptada en la configuración de los tipos penales indicados, impide perseguir y castigar a los responsables de estos delitos, no solamente por la imposibilidad de denunciar, sino por las dificultades que implica obtener las pruebas

---

<sup>60</sup> Al respecto véase la opinión de GARCÍA ARÁN, M. “Los delitos de tráfico de influencias en el código penal de 1995”, en *los delitos contra la Administración Pública en el nuevo código penal*, Sevilla 1996, pp. 12-29. En los últimos años, una serie de acontecimientos han generado en los ciudadanos la sospecha de que la pertenencia o proximidad al poder político, permite el enriquecimiento injustificado de algunos funcionarios públicos o de ciertos personajes notables de la clase política.

necesarias para demostrar la comisión de estos delitos de comisión abstracta en su desarrollo, es decir, en la fase de ejecución de las influencias, que tiene origen o se inicia en virtud a unos pactos o acuerdos verbales previos entre dos o varias personas que convienen recíprocamente llevar a cabo la operación propuesta, del cual no existe documento ni prueba material alguna.

Así mismo, como señalan algunos doctrinarios, la sistemática legal del tráfico de influencias es compleja y su configuración delictiva muy defectuosa debido a distintas causas como pueden ser la multiplicidad de elementos típicos, el enojoso casuismo del que adolecen las descripciones positivas y la delimitación respecto de otras figuras delictivas contra la Administración Pública.<sup>61</sup> Además en la tipificación de los tipos penales, se excluyen y no se toman en cuenta ciertos hechos y conductas esenciales que se llevan a cabo durante el desarrollo de las influencias que son anteriores a la obtención de cualquier resultado o resolución, por que no todas las acciones y efectos del tráfico de influencias terminan con una resolución, sino que son distintos los fines y resultados que se persiguen en la amplia atmósfera de la Administración Pública. En el tráfico de influencias se emplean distintos medios o mecanismos para obtener los beneficios que se persiguen. Por ello, no se puede supeditar solamente a la obtención de una resolución o beneficio económico, la tipificación de un delito de trascendental repercusión en la vida política, social y económica del Estado, donde sus gobernantes y funcionarios son la columna vertebral de su desarrollo y estabilidad.

Como hemos mencionado, esta figura del tráfico de influencias, ha existido desde tiempos remotos y aún existe en la actualidad conculcando la rectitud y sobre todo la imparcialidad de la actuación administrativa, nos preguntamos, ¿hay o no hay en nuestro país ambición, enchufes y toda la gama de favoritismos para obtener ventajas o beneficios de unos pocos en perjuicio de los intereses colectivos en la esfera de la Administración Pública?

Este problema, no se puede tratar superficialmente y no puede ser despachado de un plumazo como algo coyuntural sin mayor trascendencia. Sino que merece una atención especial y hay muchas razones para pensar que el llamado “tráfico de

---

<sup>61</sup> Sobre este particular véase a POLAINO NAVARRETE, M. y Otros, “Lecciones de derecho penal parte especial”, adaptada a la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del código penal, tomo II, Madrid 2011, pp. 336-337. La realidad de la picaresca delincuencia de los funcionarios influyentes e influidos ha desbordado las previsiones normativas de la legislación penal, rebasando olímpicamente los límites de las tradicionales figuras de los delitos funcionariales.

influencias“, es frecuente en la vida política o administrativa española y aún más en los países en vías de desarrollo. Una cierta tendencia familiar y patrimonialista de la función pública, está sin duda en la base de estas prácticas corruptas y viciadas que nos cuesta ver y reconocer.<sup>62</sup>

Anteponer los intereses privados a los públicos en el ejercicio de la función pública, es una forma de abuso o desviación de poder que conculca la imparcialidad de la actuación administrativa a la que alude el Art. 103 de la Constitución, como uno de los principios básicos rectores de la administración, nosotros consideramos que esta actitud de abuso y uso, más que desviación de poder es una conducta delictiva “típica y sistemática”, con la agravante de la función o el cargo que se desempeña. Por tanto, debe ser objeto de mayor interés legislativo y castigarse con penas severas, como se hacen en otras legislaciones del mundo así por ejemplo: El Código Penal Alemán, Argentino, Francés, Italiano, Portugués, Mexicano, Peruano y otros, donde se castigan con penas mayores o más severas a los funcionarios públicos que cometan estos delitos en el ejercicio de sus cargos. Los delitos contra la Administración Pública en estos países están castigados con penas de prisión que van desde dos años hasta 4, 6 y 10 años de privación de libertad, además de imponerse otras penas accesorias más efectivas, como mayor tiempo de inhabilitación o separación definitiva del cargo o empleo, registro de antecedentes e imposibilidad de ascensos, restricción de ciertos derechos y otros. El rigor y los avances que se han alcanzado en la política legislativa de estos países se deben a las medidas efectivas y políticas serias que se han adoptado con determinación y transparencia en la lucha contra la corrupción.

En el caso nuestro, el nivel de corrupción en la Administración Pública hasta hace unos años atrás, parecía ser menor y menos evidente con pocas sospechas. Sin embargo la situación real de la corrupción es bochornosa y generalizada, ya que en los últimos años, han venido saliendo a la luz una tras otra diversos acontecimientos delictivos vergonzosos que vienen causando estupor y rechazo en la colectividad por los constantes actos de corrupción que se vienen destapando y por las múltiples denuncias y procesos judiciales que se están juzgando por distintos delitos como,

---

<sup>62</sup> En este sentido véase a MUÑOZ CONDE, F. “Derecho penal parte especial”, 14 edición, Valencia 2002, pp. 986-992. El tipo objetivo se da ya con la conducta de la influencia aunque no se consiga efectivamente una resolución. Si además el funcionario o autoridad sobre el que se influye toma una resolución y ésta reporta un beneficio económico para el que influye o para un tercero se dará el tipo cualificado previsto en los párrafos últimos de los artículos 428 y 429 del código penal.

tráfico de influencias, cohecho, prevaricación, violación de secretos, malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales, nombramientos ilegales y otros, cometidos por autoridades y funcionarios públicos, donde están comprometidos precisamente los funcionarios de confianza y los altos cargos del gobierno, como ejemplo tenemos, el caso Gurtel o Bárcenas en el Partido Popular, el caso de los ERES en Andalucía del Partido Socialista, donde las prácticas delictivas se han instaurado sistemáticamente en la Administración Pública, durante la gestión o el gobierno de dichos partidos políticos, estos hechos repudiables incluso han llegado a tener un impacto internacional perjudicial para nuestro país.

Esta crisis moral y la ambición de obtener mayores beneficios para incrementar el patrimonio personal, no solamente se amparan en el uso y abuso del poder y la influencia que ostentan los grupos dominantes especialmente la clase política, sino que cuentan con una legislación penal hecha a medida y satisfacción de estos grupos de poder. Por ello, gozan de la benevolencia del Código Penal Español y la indiferencia de los legisladores, al haber establecido penas mínimas y generosas para los delitos cometidos por funcionarios públicos.

Por otro lado, también debemos señalar que existen ciertas anomalías en la administración y se produce una cierta lenidad y una casi “adecuación social” de algunas prácticas, como las recomendaciones, favoritismos, amiguismos, enchufes, relaciones sentimentales y otros, que extienden el fenómeno hasta el punto de que pocos son los favorecidos en las oposiciones o concursos públicos, que se valen o cuentan con estos recursos para acceder a la función pública, sin ninguna clase de reparos ni responsabilidad de quienes lo practican. El hecho es más frecuente, como es lógico, cuando se trata de ocupar puestos de libre designación, por los políticos que suelen dejarse llevar por consideraciones de “fidelidad política” o “afectivas”, antes que por criterios de cualificación, a pesar de que estos son los únicos que se deben tomar en cuenta para el acceso a la Administración Pública. A ello se añade otras formas de manifestación vinculante por medio de dádivas, invitaciones a comidas, prestaciones sexuales, obsequios de toda índole, con el objeto de conseguir determinados favores o beneficios para uno mismo, para los allegados o para terceros.<sup>63</sup>

Muchos de estos actos eran considerados conductas delictivas y lo siguen siendo,

---

<sup>63</sup> Así, CUGAT MAURI, M. “La desviación del interés general y el tráfico de influencias”, pp. 159-166.

conforme a los tipos de cohecho (artículos 419 a 427), negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios, abusos en el ejercicio de la función (artículos 439 a 443), además de otros delitos a los que pueden dar lugar, como el delito de prevaricación, violación de secretos, etc. El que no se castiguen como es debido, no es un problema de laguna legal, como intencionadamente se ha dado ha entender por parte de algunos doctrinarios. La “adecuación social” a la que se hace referencia, genera una esfera real de connivencia, de valores entendidos, de usos y costumbres sociales que hacen verdaderamente difícil denunciar y probar los hechos, para deslindar las simples sospechas o rumores de escándalo sin trascendencia penal. Quizás falte también una ética y conciencia social, no sólo entre los obligados de velar por los intereses públicos sino, entre los particulares o la colectividad en general, so pena de que estos actos deben ser castigados rigurosamente con penas mayores.<sup>64</sup>

El tráfico de influencias en nuestro país, es un problema de sensibilidad, de sobriedad y honestidad en el manejo de los caudales e intereses públicos, más que de prohibición y de penas ínfimas que establece el código penal, ya que ésta es ineficaz para atajar la amplia gama de conductas delictivas que ocurren en la actividad administrativa. Si se patrimonializa el poder en la función pública y cada cual hace de él, un dominio particular, difícilmente puede erradicarse el problema por la vía del derecho penal. Es más, la huida del derecho penal puede servir de pretexto o de fachada formal para los intereses que realmente mueven los hilos de la actuación pública. Sin embargo, no debe olvidarse que en el loable intento de democratizar la gestión pública, limpiándola de esta lacra que la corroe, el derecho penal ocupa un lugar determinante debiendo aplicarse dentro de los principios de intervención mínima en coordinación con otras ramas, como es el Derecho Administrativo.

### III.- CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL DELITO

Los delitos que forman parte del Capítulo VI del título XIX del Código Penal relativos al “delito de tráfico de influencias”, sin duda poco tienen que ver con el verdadero tráfico o negocio de influencias que se llevan a cabo en la órbita de la Administración Pública, por los funcionarios o por personas particulares. Como muy acertadamente

---

<sup>64</sup> Véase a BECCARIA, C. “De los delitos y las penas”, Alianza editorial, Madrid 1986.

señalan Orts y Valeije, la denominación de “tráfico de influencias” suele emplearse para designar aquellas situaciones en las que se utilizan para obtener ventajas, influencias o relaciones que se afirman tener sobre aquellos funcionarios que deben decidir sobre asuntos públicos.<sup>65</sup> Así, si bien son estas las situaciones que contempla la última de las figuras delictivas incluidas en este capítulo (Art. 430 del CP), no parece esa la idea genérica a la que responden los delitos tipificados en los artículos 428 y 429 del CP.

Por el contrario, las conductas previstas en los preceptos indicados presentan una clara afinidad con el delito de cohecho. Esta última figura delictiva pretende evitar la interferencia de intereses ajenos o contrarios a los públicos en la adopción de las decisiones públicas, por cuanto se endereza a la tutela del principio de imparcialidad y objetividad en el ejercicio de las funciones públicas, a idénticas metas, que en principio responden los delitos de tráfico de influencias. Sin embargo a diferencia de lo que ocurre en el delito de cohecho, en el tráfico de influencias se incriminan aquellos supuestos en los que se persigue situar al funcionario en una posición parcial respecto a su futura decisión utilizando medios distintos a las dádivas o presentes para influir en su proceso de motivación. No obstante, los delitos de los artículos 428 y 429 del CP, únicamente contemplan la conducta del particular o funcionario que pretende incidir en la voluntad de otro funcionario público, prevaliéndose de sus facultades o bien de una relación jerárquica o personal. En cambio, no se contempla la conducta del funcionario que se deja influir por esa clase de situaciones y adopta una decisión parcial o se manifiesta dispuesto a adoptarla, precisamente porque puede existir un acuerdo previo entre ellos o una contraprestación o intercambio de favores.<sup>66</sup>

De este modo, en el delito de tráfico de influencias solo se confiere protección a una de las partes que vulnera el principio de imparcialidad, que se corresponde con aquella que concierne al particular en el delito de cohecho, concretada en la obligación de dirigirse a la administración para formular sus peticiones sin interferir ilícitamente en la toma de decisiones, es decir utilizando los cauces lícitos para su obtención. Esta tutela

---

<sup>65</sup> Al respecto véase a ORTS BERENGUER, E. y VALEIJE ÁLVAREZ, I. “Comentarios al delito de tráfico de influencias”, en VIVES AN TÓN (coordinador), *comentarios al código penal de 1995*, Valencia 1996, p. 1844. El Art. 428 del CP sanciona la interferencia que un funcionario o autoridad ejerce en el proceso motivador de otro funcionario o autoridad, prevaliéndose de ciertas situaciones, con el objeto de conseguir una resolución favorable.

<sup>66</sup> En este sentido véase la opinión de SÚAREZ MONTES, R. “Consideraciones político-criminales sobre el delito de tráfico de influencias”, *homenaje a la memoria del profesor Juan del Rosal*, RDP, Madrid 1993, pp. 1083-1106.

parcial del citado principio se infiere de la ausencia de previsión típica relativa a la conducta del funcionario, que se deja influir por situaciones ajenas a los intereses públicos y adopta una resolución (o se muestra dispuesto a adoptarla) que beneficia a la persona que ha influido en él, prevaliéndose de relaciones jerárquicas, personales o familiares. Esa falta de coherencia entre la sanción que corresponde al que influye y al que se deja influir, dificulta seriamente la interpretación de estos delitos.<sup>67</sup> Pues, si bien, al igual que en el delito de cohecho, es posible que la sanción penal solo alcance a uno de los implicados en la relación, lo más frecuente es que ambos contribuyan con su conducta a cercenar el principio de imparcialidad, que debe presidir la adopción de las decisiones públicas. Así, no parece adecuado sancionar tan solo al particular que influye sobre un funcionario, cuando éste, por ejemplo, se dejó influir, y movido por relaciones de amistad adopta una resolución que favorece al que influye sobre él. Adviértase que en este caso, debe haber mediado, no solo una relación de amistad, sino una dádiva o recompensa, responderían ambos por un delito de cohecho, si la resolución fuera injusta, o bien únicamente el funcionario en el caso de que la resolución adoptada fuese ajustada a derecho (en este sentido STS 10 de marzo de 1998, RJ 1998-1086). Se pronuncia también en sentido similar Olaizola Nogales.

En consecuencia, las necesidades de tutela del bien jurídico sobre el que basculan estos comportamientos, sólo quedan suficientemente colmadas con la incriminación del sujeto que ejerce influencia, en aquellos supuestos en los que la influencia implica una amenaza o coacción, pero no en los demás casos.<sup>68</sup> Además de adoptarse una perspectiva de análisis amplio, se dotaría de sustantividad propia a los delitos de tráfico de influencias. Estas infracciones, de modo semejante al cohecho, pasarían a tutelar un aspecto concreto de la actividad pública, la ausencia de interferencia en el proceso de motivación de las decisiones públicas, cuyo ámbito de aplicación no estaría condicionada a la efectiva obtención de una resolución injusta o arbitraria, pues de adoptarse ésta, se estaría conculcando además otro principio, el de la legalidad.

La anterior precisión pretende significar que, en los casos expuestos, la conducta

---

<sup>67</sup> En esta misma línea afirma QUINTERO OLIVARES, G. / MORALES PRATS, F. y Otros, "Comentarios al código penal", 9ª edición, Pamplona 2011, pp. 1854-1865.

<sup>68</sup> Sobre este particular véase la opinión de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y OLAIZOLA NOGALES, I. "La evolución legislativa del delito de tráfico de influencias", en *Actualidad Jurídica Aranzadi* 223, Bilbao 1995, pp. 1-5. En base a la nueva redacción del tipo y las consideraciones expuestas, cabe afirmar que actualmente el Art. 430 del CP no puede proteger, como había defendido la doctrina en relación con el anterior Art. 404 bis c), el prestigio y buen nombre de la Administración Pública.

del funcionario (que se ha dejado influir y ulteriormente ha adoptado una resolución) solo puede alcanzar relevancia típica, en su caso, cuando la resolución adoptada es arbitraria e injusta; extramuros del derecho penal restan los supuestos en que la resolución adoptada no reviste tales caracteres, así como aquellos otros casos en los que no llega a adoptarse tal resolución por factores externos (por ejemplo, por que el plan que ha urdido y asumido es descubierto). De este modo, conforme a la propuesta aquí sugerida, el delito de tráfico de influencias podría configurarse como residual del delito de cohecho, al objeto de ofrecer respuesta punitiva de aquellos atentados contra el principio de imparcialidad.

Es opinable que estos supuestos deban merecer relevancia típica; pero también es discutible que deba merecer la atención del derecho penal, únicamente la conducta del que influye, opción por la que se ha decantado con poco acierto el legislador. Lo que aquí se reclama es que el legislador sea coherente y que, si se decide conferir relevancia jurídico-penal a las conductas descritas de tráfico de influencias, proceda de forma consecuente, incriminando los referidos actos con plenitud en atención a todos los perfiles de desvalor presentes en el mismo.

No obstante, desde esta perspectiva, resulta político-criminalmente viable realizar una selección fragmentaria de conductas dolosas, al objeto de incluir la incriminación de algunos supuestos o prácticas perennizadas en la comisión de estos delitos, cuyos hechos o actos son peculiares de carácter sui géneris, de difícil descubrimiento en su fase preparatoria, estos hechos previos no deben ser ignorados por los legisladores, que han optado por el criterio resultadista, supeditada a la obtención de la resolución y el beneficio económico, basada en el pragmatismo dogmático y jurídico tradicional continuista, de posturas interesadas y defensoras de ciertos grupos de poder o clase política dominante, que subsiste intacto bajo esta muralla legislativa, por la dificultad existente en la investigación y el juzgamiento de funcionarios por delitos de tráfico de influencias, siendo aún más difícil cuando se trata de aquellos que ostentan poder e influencia como poderosos recursos de bloqueo a la acción de la justicia.<sup>69</sup>

En estos casos, los legisladores tampoco han tomado en consideración, ni siquiera

---

<sup>69</sup> Al respecto véase a SÚAREZ-MIRA RODRIGUEZ, C. y Otros, "Manual de derecho penal, tomo II parte especial", 4ª edición, Navarra 2006, pp. 539-541. La influencia se puede dar no solo sobre el funcionario con competencias para resolver, sino también sobre aquellos que desarrollen funciones significativas condicionantes de aquella, como en el caso de los informes técnicos, el visto bueno o la aprobación previa de otros funcionarios o instancias para su posterior resolución.

han mencionado alguna circunstancia agravante por la condición especial del cargo de confianza o representación que se desempeña, habiéndole dado un tratamiento horizontal y superficial a la figura del tráfico de influencias, a pesar de que éste, constituye un delito base, es decir, es el escenario o la antesala donde se originan y se fecundan los otros delitos que se generan y se hacen evidentes por su resultado, como el delito de prevaricación, de cohecho, de malversación de caudales públicos, de nombramientos ilegales, de fraudes y exacciones ilegales, de las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos, de la infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos, de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales y otros, que tienen su origen en el tráfico de influencias, mediante actos preparatorios o hechos previos discretos de difícil descubrimiento, que no levantan sospechas de su trama ni dejan huellas de su realización, estas conductas abstractas se manifiestan generalmente en su fase final con el resultado o el beneficio obtenido, y precisamente los legisladores solo han tomado en consideración el estadio final de las conductas para tipificarlo como tal, ignorando los hechos previos “típicos y esenciales” causantes del resultado.

De este modo, se advierte claramente que el Código Penal únicamente sanciona la conducta del sujeto que ejerce influencia, mientras no se modifique el contenido y la configuración del delito de tráfico de influencias, la conducta del funcionario que se deja influir y adopta una decisión que beneficia económicamente al que influyó será atípica, a no ser que pueda subsumirse en otro delito, como el de prevaricación o el tipificado en el Art. 439 del CP. Esta inadecuada tipificación propicia un desequilibrio valorativo cuando sanciona lo menos, la inducción a adoptar una resolución parcial; y no lo más, la propia adopción imparcial de la resolución, vulnerando así el correcto razonamiento jurídico-penal de la regla “a fortiori”.<sup>70</sup> Esta incomprensible situación conduce a imponer una pena más drástica al funcionario o particular inductor de la prevaricación, que al funcionario que se dejó influir y comete un delito de prevaricación, para dar así satisfacción a las relaciones personales que le unen con el sujeto beneficiario de la

---

<sup>70</sup> En este sentido véase a QUINTERO OLIVAREZ, G., MORALES PRATS, F, y Otros, “Comentarios a la parte especial del derecho penal”, 9ª edición, Pamplona 2011, pp. 1801-1802. Como acertadamente señalan Orts y Valeije, la denominación de tráfico de influencias, suele emplearse para designar aquellas situaciones en las que se utilizan para obtener una ventaja de las influencias o relaciones que se afirman tener sobre los funcionarios que deben decidir sobre asuntos públicos. Si bien estas son las situaciones que contempla la última de las figuras delictivas incluidas en este capítulo (Art. 430 del CP), no parece ser esta la idea genérica a la que responden los delitos tipificados en los artículos 428 y 429 del CP.

resolución. Estos desaciertos legislativos se deberían corregir imponiendo una sanción a las dos partes, es decir, tanto al sujeto que influye, como al que se deja influir, con independencia de la adopción de la efectiva resolución, pues de producirse ésta, si a la vez fuera constitutiva de otro delito, debería apreciarse un concurso de delitos, de forma semejante a lo que ocurre en el delito de cohecho.

Por otro lado, también puede ocurrir y se debe tomar en cuenta, aquellos casos en los que no hace falta la influencia o la inducción por parte de otros, cuando es el propio funcionario público quién actúa por motivación e interés propio, y es el mismo funcionario quién planifica y realiza todos los actos necesarios para conseguir una resolución que beneficie a familiares o a terceros. En este caso, sería una conducta atípica que tampoco está contemplado en los delitos de tráfico de influencias.

#### IV.- LA CONFIGURACIÓN DEL TRÁFICO DE INFLUENCIAS EN EL CÓDIGO PENAL

A pesar de las corrientes históricas de ciertas concepciones tradicionales y patrimonialistas de la función pública, la sumisión de la actividad administrativa a determinados principios consagrados en el Art. 103 de la Constitución del Estado, que básicamente suponen su dedicación esencial al servicio firme de los “intereses generales”, conduce al adelantamiento de la trinchera penal hacia la persecución de conductas que se sitúan en muchos casos, en la frontera misma de la lesión o el riesgo, para el que con carácter general puede considerarse como bien jurídico protegido de todos los delitos contra la Administración Pública, es decir, la eficacia imparcial de dicha administración en esa actividad tendente a cubrir las prestaciones que de ella se esperan, en un estado social y democrático de derecho, conforme prevé el Art. 1.1 de la Constitución del Estado.

Hasta tal punto, se pretende cerrar o limitar el círculo de la protección penal en esta materia, que por algún sector doctrinal, se ha denunciado cierto grado de superfluidad en la tipificación del delito de tráfico de influencias, procedente de la Ley Orgánica 9/1991 de 22 de marzo, que entre otras reformas orientadas a ese mismo propósito de reforzar desde la óptica penal, la integridad y transparencia de la acción administrativa y política, introdujo en el derogado código de 1973 los artículos 404 bis a), 404 bis b) y 404 bis c), con una redacción similar, aunque con sensibles diferencias, y en todo caso

con penas considerablemente más benignas a los establecidos en los artículos 428, 429 y 430 del código penal de 1995, manteniendo esa misma dinámica la última reforma del código penal, que introdujo la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de Junio, en la que se incluye la responsabilidad penal de las personas jurídicas, estas modificaciones son pequeños avances en materia penal, en el amplio terreno donde se desarrollan una diversa gama de conductas delictivas, que aún carecen de configuración penal, por lo tanto convoca a una firme reflexión coherente que propugne la rectificación y perfeccionamiento de su contenido y alcances de acuerdo a los profundos cambios socio-económicos y al incremento incesante de la actividad delictiva que se vienen experimentando en la actualidad en todos los niveles de la Administración Pública.

Por ello, las críticas se han centrado básicamente en dos focos. En primer lugar, se imputa al legislador un insuficiente rigor técnico, manifestado en la imprecisión y la improvisación de los tipos penales (en este sentido Berdugo), como consecuencia de una política legislativa “ad exhibendum”,<sup>71</sup> impulsada por el designio de salir al paso de una sucesión de acontecimientos escandalosos de marcada resonancia social, y de la tarea pedagógica o jurídica de la exigencia de probidad en el ejercicio de la función pública, que en la búsqueda de eficacia real en la aplicación de los tipos penales que se crean, y en segundo lugar, se ha sugerido el solapamiento de la práctica totalidad de las conductas subsumibles en tales tipos con otros ya existentes con anterioridad,<sup>72</sup> como el cohecho, las negociaciones prohibidas a funcionarios o la prevaricación, que frecuentemente entran en concurso con estas figuras y que han llevado incluso al Tribunal Supremo a denunciar cierta “falta de rigor en el tratamiento sistemático” de las mismas (sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1992).

Sin embargo, como aconseja la lógica jurídica, no han faltado posiciones favorables para la incorporación y mantenimiento de estas conductas típicas; que, como en su lugar se ha señalado, aparecen en el nuevo texto dotadas de algunas modificaciones técnicas orientadas a hacer más viable su aplicación en la medida en que incluyen

---

<sup>71</sup> Sobre el particular véase a BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. “Anotaciones sobre el delito de tráfico de influencias, delitos de los funcionarios públicos”, CGPJ, Madrid 1994, pp. 203-209. En esta línea manifiesta POLAINO NAVARRETE, que la sistemática legal del tráfico de influencias es compleja y su configuración delictiva muy compleja, por causa de diversos factores, como la multiplicidad de elementos típicos, el enojoso casuismo del que adolecen las descripciones positivas y la delimitación respecto de otras figuras delictivas contra la Administración Pública.

<sup>72</sup> Véase también a SERRANO BUTRAGUEÑO, I. “Código penal de 1995, comentarios y jurisprudencia”, Granada 2002, pp. 2382-2396.

precisamente conductas fronterizas, que en muchos casos constituyen “la antesala e incluso dan cobertura a aquellos otros delitos, arrojando luz sobre zonas de impunidad” (en este sentido VALEIJE ÁLVAREZ).<sup>73</sup> En suma, se trata una vez más, como en el conjunto de los delitos tipificados en este título XIX, el espíritu de mantener dentro del derecho, de la Ley y de la ética, el valor social indiscutible de la función pública (Sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de junio de 1994). Por ello manifiesta acertadamente MUÑOZ CONDE, que “el tráfico de influencias es una lacra social que durante mucho tiempo ha conculcado y aún conculca la rectitud, y sobre todo la imparcialidad de la actuación administrativa”.<sup>74</sup> La presencia secular de la influencia interesada, el enchufe y el amiguismo, se introduce en la vía que exterioriza la finalidad patrimonialista y familiar que entraña estos comportamientos, en sus manifestaciones extremas desembocan de pleno en la órbita del derecho penal, debido a la vulneración manifiesta del interés general de la colectividad.

Estas actuaciones anormales, que se suscitan en la administración en general, chocan con la comprensión de la Administración Pública, como poder público no originario y subordinado, que consagra el Art. 103 del texto constitucional. La Administración Pública como recuerda ALEJANDRO NIETO, nace para servir los intereses generales,<sup>75</sup> la Constitución rechaza que la administración esté al servicio de un partido político, del gobierno o del estado. Porque si bien es cierto, que el gobierno dirige la administración civil y militar, esta situación no significa que la administración tenga que servir al gobierno, a quién tiene y debe servir, es a los intereses generales de la colectividad, la sociedad es el fin supremo del estado y la ley, su existencia se debe a ella. Por tanto el estado debe brindarle la protección y la seguridad necesarias. Los intereses generales inspiran el acto reglado y el fin básico de la Administración Pública, que deben en cualquier caso fundamentar los actos discrecionales que realicen en el ejercicio de sus cargos para servir al interés público, conforme a las potestades que se ostentan.

Estas manifestaciones, nos indican por un lado la clave, porqué determinadas

---

<sup>73</sup> Véase sobre esta opinión a VALEIJE ÁLVAREZ, I. “El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho”. EDERSA, Madrid 1995, pp. 37-52.

<sup>74</sup> En esta misma línea manifiesta con meridiana claridad MUÑOZ CONDE, F. “Derecho penal parte especial”, 19 edición, Valencia 2013, pp. 927-930 y 955-961.

<sup>75</sup> De igual forma NIETO, ALEJANDRO. “La administración sirve con objetividad los intereses generales”, en estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor E. García de Enterría, editorial Civitas, Madrid 1991, pp. 2185-2253.

actuaciones de la administración, que lesionan ese interés público al que debe atender su funcionamiento, pueden llegar a fundamentar una responsabilidad y por otro, como el carácter funcionalmente secundario del derecho penal tiene aquí otra clara manifestación. Es decir, establecido un interés digno de mantenimiento, rigen en este caso igual que en todo el derecho penal, los principios de última ratio, proporcionalidad y eficacia, consustanciales al derecho penal, propio del estado social y democrático de derecho. Frente a estos principios y muy especialmente frente a aquellos que van referidos a la decisión político-criminal de recurrir al derecho penal, subsidiariedad y última ratio. La realidad muestra dos rasgos que obran en sentido opuesto: el valor simbólico del derecho penal y conectado a este rasgo, la huida del derecho penal como decisión político-criminal respecto a su utilización como medio de control.

Desde DURKHEIM, se ha subrayado como las leyes penales cumplen en la sociedad una función añadida, a aquella de proteger bienes jurídicos mediante la prevención o el castigo de los comportamientos que les lesionan o ponen en peligro. Esta función añadida es la denominada función simbólica. El símbolo puede tener diversos contenidos según HASSEMER como indica:

- Reflejar una declaración de desvalor (aborto).
- Exteriorizar una apelación moral (medio ambiente).
- Reflejar una respuesta sustitutoria del legislador (terrorismo).

En este último grupo, se emplea el derecho penal ante situaciones socialmente críticas en la conciencia de que la solución de la misma se adapte al ordenamiento punitivo. En estos casos se está empleando el derecho penal con la finalidad de exteriorizar, el máximo interés por la erradicación de un conflicto, que está enraizada en un sector de la sociedad y resiste a los medios de control existentes, que es precisamente por el carácter simbólico y de huida del derecho penal, que tuvo lugar con la reforma del código penal de 1991, que introdujo el delito de “tráfico de influencias” del cual nos ocupamos concretamente, nosotros entendemos, que esta conducta implica todos aquellos actos o hechos encaminados a conseguir cualquier tipo de predominio o determinación, incidiendo en las decisiones que deben de adoptar en asuntos públicos los encargados de la dirección, gestión y funcionamiento de la Administración Pública, de acuerdo al mandato imperativo de las leyes y la Constitución.

## V.- CONCLUSIONES.

Primera.- Se evidencia un desacierto legislativo en la construcción formal de estas normas, que desnaturalizan la figura real de este tipo penal, que aún demanda una labor de investigación más profunda que procure descubrir el auténtico escenario donde se desarrollan a priori los hechos, con el objeto de corregir la deficiente configuración que se le ha dado al delito de tráfico de influencias “ influir para conseguir una resolución o beneficio económico”, fórmula legislativa sostenida en base a criterios resultadistas y dogmatismos jurídicos recalcitrantes.

Segunda.- Se ha optado por una configuración diseñada ha conveniencia, que no solo excluye hechos y conductas auténticamente punibles, sino que distorsiona la figura del tráfico de influencias, situación que hace difícil tipificar este delito como tal y que se traduce en la dificultad que existe para denunciar, juzgar e imponer penas a los sujetos responsables, y precisamente por ello, no llegan a prosperar las denuncias que se interponen por el delito de tráfico de influencias o terminan con sobreseimiento o juzgándose por delitos distintos (como cohecho, prevaricación, etc.).

Tercera.- Por ello, insistimos en la necesidad de perfeccionar el texto actual de los artículos 428, 429 y 430 del CP, y que se debe ampliar los alcances de su contenido, a fin de que comprenda también aquellas conductas que se gestan y se realizan durante los actos preparatorios orientados a la ejecución del delito planteado. Así mismo, se establezcan penas rigurosas y eficaces para combatir estas conductas delictivas que tienen la apariencia de un fenómeno invisible instaurado en la Administración Pública, siendo el síntoma delictivo aparente “la corrupción”, llamado así, en el argot popular a la primera percepción de estas conductas reprochables.

Cuarta.- Proponemos la modificación sustancial de estos preceptos, cuyo espíritu legislador esté orientado fundamentalmente ha “prevenir y regular las causas y no los efectos”, y se adapten a la situación política, económica y cultural de la sociedad actual, con el objeto de evitar el incremento de la delincuencia funcional en la Administración Pública de las comunidades autónomas y del propio Estado Español.

Quinta.- Los casos que causan mayor alarma con estos delitos en la sociedad española, son protagonizados por los propios funcionarios públicos que aprovechando

su condición de tal, hacen uso precisamente del “poder y la influencia” para llevar a cabo operaciones interesadas con apariencia de legalidad, con el objeto de obtener beneficios para sí, o para familiares y terceros, desviando así el interés público.

Sexta.- Por ello, se hace evidente la ineficacia de los artículos 428, 429 y 430 del código penal, que demanda una modificación sustancial de su contenido y alcances, que sean coherentes con la configuración de los tipos penales para la persecución efectiva del delito de tráfico de influencias, exenta de condicionamientos resultadistas y de formulismos interesados, que hasta ahora solo han acentuado la inoperancia de estas normas, además de la concesión generosa de los legisladores, al establecer penas simbólicas o mínimas que no se corresponden con la gravedad y la magnitud de las conductas delictivas de los funcionarios públicos. Por otro lado, ha propiciado el fortalecimiento de la corrupción como fenómeno delictivo aparente, que se ha generalizado en la Administración Pública.

Séptima.- El tratamiento del delito de tráfico de influencias en el Código Penal, todavía descansa sobre los pilares tradicionales de su configuración y mantiene aún el pensamiento y criterios empíricos que se han adoptado en su momento por los legisladores, dotándole de una configuración estructural incongruente y ficticia que desnaturaliza la figura auténtica del tráfico de influencias, habiéndose limitado a legislar los efectos finales del delito, sin tomar en consideración aquellos hechos o actos preparatorios que se fecundan en la fase inicial entre los sujetos a través de pactos o acuerdos, para llevar a cabo los planes propuestos con el objeto de obtener los beneficios que se persiguen. Por ello, proponemos la modificación estructural que abarque y permita precisar el delito de tráfico de influencias en la extensión total de su ámbito real, sin parámetros condicionantes para la imputación de conductas delictivas, en coherencia con los avances de la doctrina penal universal.



## CAPÍTULO CUARTO

### DESCRIPCIÓN DEL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS

#### I.- CONCEPTO Y OBJETO MATERIAL DEL DELITO

La verdadera figura de este delito tal como su nombre indica, se refiere al tráfico o negocio de influencias que llevan a cabo los funcionarios o particulares con el objeto de obtener un beneficio o ventaja de la Administración Pública, cuya acción típica consiste en el acto y efecto de influir en otra persona que tenga la condición de funcionario o autoridad. Esta conducta de influir implica la sugestión, invitación, inclinación o instigación que una persona lleva a cabo sobre otra para alterar el proceso motivador de ésta. Es decir, la influencia debe entenderse como la capacidad o el poder de persuasión que tiene una persona, para conseguir que un funcionario o autoridad realice la voluntad de aquél. La acción influenciada puede realizarse directamente tratando con la persona que ha de resolver o decidir el asunto que se persigue, o también indirectamente haciendo uso de influencias a través de otro funcionario o autoridad, para que sea éste a su vez quién influya sobre el funcionario decisor, de modo que el objeto principal siempre será la obtención de un beneficio económico o de cualquier otra ventaja directa o indirecta para sí mismo, para familiares o para terceros, para ello la influencia ha de ser efectiva e idónea que procure el beneficio perseguido.<sup>76</sup>

De acuerdo a lo que establece el código penal vigente, los medios por los que el sujeto activo ha de tener capacidad para influir sobre el funcionario o autoridad están

---

<sup>76</sup> En este sentido véase a COBO DEL ROSAL, M. y Otros, "Derecho penal parte especial", 2ª edición, Madrid 2005, pp. 908-909. El verbo rector único, como bien dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de febrero de 1998, es el de influir, esto es, 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 un funcionario o autoridad, respecto de una decisión a tomar en un asunto relativo a su cargo abusando de una situación de superioridad. Esta última necesidad se ha de derivar de una situación de prevalimiento entre el funcionario o autoridad que influye y al que se le intenta influir o con otro al que se le pueda derivar la finalidad pretendida.

legalmente tasados, la influencia deberá proceder del prevalimiento del cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica, quedando excluidos aquellos medios que sean diferentes, como el ofrecimiento de dádivas, de bienes patrimoniales muebles o inmuebles, intercambio de favores, contraprestaciones recíprocas diversas, vínculos familiares y afectivos. Siendo precisamente estos otros medios o recursos los que realmente se utilizan y del cual se valen a priori para canalizar la influencia con el objeto de conseguir el beneficio o la ventaja perseguida. Por esto, y por muchos otros aspectos, no estamos de acuerdo con el criterio “restrictivo y formulista” que ha optado el legislador en la configuración del delito de tráfico de influencias, reduciendo a su mínima expresión, es decir a la obtención de la resolución y el beneficio económico. Cuando en realidad, la mafia y el poder de la influencia, abarca situaciones y ámbitos ilimitados, donde se opera con absoluta impunidad por las rieles de la discrecionalidad bajo el limbo del secretismo. De forma que, la planificación y ejecución de dichas conductas se llevan a cabo mediante procedimientos insospechables con hábiles maniobras, al que se le da incluso una apariencia de legalidad, para burlar cualquier sospecha o descubrimiento de las actuaciones encaminadas interesadamente de manera ilegal. En la que, no siempre se termina con la obtención de una resolución o beneficio económico, sino que se pueden concluir de diversos modos y alcanzar múltiples fines.

Es más, estos hechos no salen a la luz ni se pueden descubrir, debido a la naturaleza abstracta de su realización, que se ampara en el secretismo del compromiso o el acuerdo previo de los sujetos participantes en las operaciones tendenciosas, pues esta situación imposibilita la obtención de las pruebas de su realización en el ámbito donde suceden los hechos o el núcleo donde operó en sí, el monstruo de la influencia, es decir en su fase inicial como actos previos que ocurren con anterioridad a la obtención de la resolución y el beneficio económico. Y precisamente los pactos o acuerdos verbales secretos a priori, son la característica auténticamente peculiar del tráfico de influencias, estos actos preparatorios fueron ignorados por los legisladores y por la doctrina en general. Por ello, este asunto dificulta seriamente la obtención de pruebas objetivas para demostrar las actuaciones delictivas realizadas, esta situación alimenta el vicio o la ambición de quienes hacen uso y abuso de influencias, para conseguir beneficios o ganancias para incrementar su riqueza o patrimonio.

Con esta aclaración concreta sobre el aspecto esencial del delito, corresponde analizar la naturaleza jurídica del mismo, conforme a lo previsto en el código penal y a los criterios adoptados en la tipificación del delito. En este sentido, debemos resaltar dos cuestiones determinantes en la configuración de este tipo penal que son: la resolución y el beneficio económico. Evidentemente el código exige que la influencia vaya dirigida a la obtención de una resolución, a su vez, esta resolución ha de ser idónea para generar un beneficio económico. El que realmente se consiga o no el beneficio económico es una circunstancia que únicamente afecta a la pena que se debe imponer, pero en cualquier caso, su ausencia no impide la presencia del tipo penal.<sup>77</sup> La cuestión problemática estriba, en determinar si la “resolución” constituye el resultado típico, o bien si por el contrario, se trata de una condición objetiva de punibilidad o incluso si la cuestión ha de ser enfocada desde una óptica distinta, puede pensarse que el resultado típico es la consecución de la resolución. También cabe inclinarse por que la obtención de la resolución funciona como una condición objetiva de punibilidad, de manera que la concurrencia o no de la resolución funcionaría como discriminante del ámbito típico.

Las consecuencias de una u otra opción aparecen en el terreno de las formas imperfectas. Si la resolución funciona como resultado, entonces una influencia que no consigue la resolución sería una tentativa; si funciona como condición objetiva de punibilidad, la ausencia de una resolución impide la tipicidad de la conducta. Este condicionamiento establecido, para nosotros es un absurdo legislativo.

Ahora bien, tomando como base lo establecido por el Art. 428 del código penal que textualmente dice: “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 situación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero incurrirá en las penas de prisión de seis meses a dos años, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo

---

<sup>77</sup> Así MUÑOZ CONDE, F. “Derecho penal parte especial”, 19ª edición, Valencia 2013, pp. 958-959. El tipo objetivo se da ya con la conducta de influencia, aunque no se consiga efectivamente una resolución. Si además el funcionario o autoridad sobre el que se influye toma una resolución y ésta reporta un beneficio económico para el que influye o para un tercero, se dará el tipo cualificado previsto den los incisos últimos de los artículos 428 y 429.

de tres a seis años. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior”.

A nuestro juicio la acción es influir, y lo que ocurre es que el legislador ha expresado la tendencia que ha de tener dicha acción. La influencia se debe dirigir a obtener la resolución. Desde este punto de vista, la obtención de la resolución es un especial elemento de la autoría. Vista así la cuestión ha de llegarse a la conclusión de que no estamos ante un delito de resultado, sino ante un delito de peligro concreto, cuya estructura en este caso se circunscribe a una tentativa de inducción en el que la acción se concentra en el hecho de “influir para conseguir”. Evidentemente, esto conduce a que no son posibles las formas imperfectas, es indiferente a que se consiga o no la resolución, que se obtenga o no el beneficio económico. Si se obtuviera la resolución, el hecho de conseguir el beneficio económico solo influye en el veredicto que se debe tomar para imponer la pena correspondiente.

Junto a ello es preciso señalar, que la resolución debe tomar en cuenta también que dicha influencia sea idónea o eficaz para producir el resultado deseado y obtener el beneficio económico. Esto quiere decir, que si la influencia tiende a conseguir una resolución, que en modo alguno puede directa ni indirectamente producir un beneficio económico, dicha influencia sería atípica. Por consiguiente, ha de quedar claro que no toda influencia es abarcada por el tipo penal. Por una parte, la influencia debe proceder del “prevalimiento” del cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica, y por otra parte, la influencia debe tender a conseguir una resolución que pueda generar un beneficio económico.

El beneficio económico debe ser interpretado en su sentido amplio, comprendiendo tanto el beneficio directo como el indirecto, tanto el beneficio en el sentido de ganancia, como en el sentido de ausencia de pérdidas, o en el caso de eximir o anular pagos y desembolsos obligados o impuestos.<sup>78</sup> No interpretar de este modo, conduce a reducir excesivamente el ámbito de aplicación del tipo penal, que ya de por sí no abarca todos los supuestos, ni la amplia gama de procedimientos y medios que se emplean en el ejercicio de influencias sobre funcionarios y autoridades, por los particulares o los

---

<sup>78</sup> Sobre este aspecto esencial refiere en este sentido LAMARCA PÉREZ, C. y Otros. “Delitos y faltas”, la parte especial del derecho penal, 2ª edición, Colex, Madrid 2013, pp. 725 y 726. El concepto de beneficio hace referencia a todo provecho de naturaleza económica que resulte del delito, tanto el directo, como el indirecto, y tanto en el sentido de ganancia patrimonial, como el de ausencia de pérdidas (SAP de Málaga de 10 de octubre de 2000).

propios funcionarios. Así mismo, creemos nosotros que se debe tomar en cuenta, el uso de influencias sobre funcionarios o autoridades para motivar de que dicten resoluciones que perjudiquen a terceros o se abstengan o demoren en dictar dichas resoluciones. Estas prácticas son recursos del cual se valen personas importantes que ostentan poder político o económico, así como las organizaciones, empresas o entidades que tienen interés directo en determinados asuntos.

También es oportuno señalar, la existencia de poderosas influencias a nivel internacional que emplean entre otros, las grandes empresas transnacionales, entidades financieras o comerciales y aún los gobiernos, con el objeto de condicionar y determinar la actuación y decisión de sus destinatarios que generalmente son funcionarios o autoridades de países en vías de desarrollo. Como muestra, un ejemplo concreto, la influencia y apoyo económico para la financiación de la campaña electoral del candidato Alberto Fujimori Fujimori, en las elecciones generales del Perú en el año 1995, por parte de los representantes del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA), a cambio de concesiones financieras y operativas en el territorio nacional peruano. Estas prácticas transnacionales de tráfico de influencias poderosas a alto nivel directivo o ejecutivo se utilizan en los compromisos internacionales por los gobiernos, las grandes organizaciones, los grupos financieros y personajes poderosos, que abarcan el escenario internacional para expandirse o controlar sus dominios, valiéndose para ello, precisamente del “poder y la influencia” que ostentan, para imponer y proteger sus intereses políticos, económicos o financieros. Aunque estos supuestos referidos, así como otros tantos son casos atípicos, no han sido tomados en consideración por los legisladores, que han optado por una legislación aparente en cuanto a su alcance y aplicación con respecto al delito de tráfico de influencias.

Creemos que se debe reflexionar seriamente sobre el contenido y alcances de los artículos 428, 429 y 430 del código penal, con el objeto de ampliar su campo de acción que dé cobertura a todas las acciones o conductas constitutivos de delito, los mismos que son excluidos e ignorados por los legisladores y la propia doctrina, apreciándose por tanto, un inminente vacío legislativo en la que resultan inaplicables y carecen de alcance normativo en la órbita legislativa del tráfico de influencias y el abuso del poder, que se perenniza y subsiste fortalecido al amparo precisamente del “poder y la influencia”, bajo el seudónimo o la identidad popular de “CORRUPCIÓN”.

Por ello, debemos impulsar la reforma total de estas normas con el objeto de perfeccionar su contenido y alcances, que se adapten y apliquen a la amplia gama de acciones y situaciones que ocurren en el ámbito político, económico y social, acorde a los nuevos adelantos de la ciencia, los avances de la moderna política criminal, la dogmática penal, la criminología, los aportes de la ciencia penitenciaria, los cambios socio-económicos y a los acontecimientos escandalosos de repercusión nacional e internacional que se vienen destapando en la Administración Pública de algunas Comunidades Autónomas y de instituciones estatales, protagonizados por los propios funcionarios públicos, por los gobernantes de turno, especialmente por la clase política. Por todo ello, incumbe una labor revisora de dichas normas, con el objeto de proponer fórmulas abiertas y adecuadas para una legislación científico-dinámica del delito de tráfico de influencias.<sup>79</sup> Y con ello tratar de acabar con la impunidad y romper las barreras de protección con que se han blindado los grupos de poder, los gobernantes, los propios políticos legisladores, para que no sean quizás ellos mismos, los propios destinatarios de una legislación penal eficaz y rigurosa.<sup>80</sup>

Luego de esta observación, continuando el sentido de nuestro análisis, ahora con respecto al Art. 429, que dice: “El particular que influyere en un funcionario público o autoridad, prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución, que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, será castigado con la penas de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido. Si obtuviere el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior”.

Se trata de un supuesto similar al anterior artículo con la diferencia de que en este caso, el sujeto activo del delito es un particular. La modificación introducida afecta al prevalimiento que ha de utilizar para influir en el funcionario público, que en este caso no proviene del ejercicio de las facultades del cargo, sino de otro distinto. La penalidad en ambos supuestos es el mismo, si bien en el caso del funcionario o autoridad (Art. 428) será impuesta además, la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo

---

<sup>79</sup> En este sentido *QUINTERO OLIVAREZ, G. y MORALES PRATS, F.* “Comentarios al nuevo código penal”, *doctrina y jurisprudencia*, 4ª edición, Barcelona 1996, pp. 2145-1155.

<sup>80</sup> En esta misma línea manifiesta también *CABELLO MOHEDANO, F.* “Razón, bien jurídico y conducta típica en el delito de tráfico de influencias”. *Estudios Penales y Jurídicos, homenaje al profesor Casas Barquero*, Córdoba 1996, pp. 83-101.

público. En cuanto a la obtención del beneficio económico perseguido, funciona como un elemento agravante del tipo penal, elevando la penalidad en su mitad superior.

En cuanto al Art. 430 del CP, cuyo texto dispone: “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. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este código una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este capítulo, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.

En esta modalidad, los sujetos activos son personas particulares y también puede ser cualquier funcionario que actúa como particular. Dentro de la problemática del sujeto activo, también ha de tenerse en cuenta, que si el hecho fuera realizado por una organización, entidad, empresa, sociedad o fundación, podrá imponerse la suspensión de las actividades de la misma y la clausura de sus dependencias abiertas al público por tiempo de seis meses a un año. Realmente el código no lo establece así, pero lo que ocurre es que, tal como aparece redactado, es un disparate.

La lectura del Art. 430, párrafo 2º, conduce a pensar, que se trata de un precepto mutilado al que le falta una parte, precisamente la que debiera expresar y tomar en cuenta el vínculo de las organizaciones, empresas, partidos políticos o entidades, con el uso y ofrecimiento de influencias. Puesto que no siempre el uso de influencias por una persona o varias, desde dentro de una organización, empresa o entidad es admisible, que la pena repercuta también sobre éstas. En la práctica real, gozan de absoluta impunidad, por la ineficacia y mutilación normativa. Aunque aparentemente la redacción típica de la norma establece, que se puede llegar incluso, a su clausura por tres años. Por ello, es preciso aplicar una interpretación legal y establecer que sea la propia organización, empresa o entidad, la que se encuentre vinculada con el uso y ofrecimiento de influencias. Es decir, que ha de ser la organización, empresa o entidad las que realicen el uso y ofrecimiento de influencias, y son ellas las que poseen la situación de prevalimiento del cual se valen para influir. Aunque son las personas las que actúan en su representación, estas pueden ser sustituidas por otras, en cualquier

momento, o cuantas veces les convenga para ocultar o disimular “el ejercicio y ofrecimiento de influencias”, para evitar y burlar la acción de la justicia, en la imputación de hechos delictivos. Además de la potencial influencia y el poder mediático que ostentan, como poderosos recursos de bloqueo y protección de sus intereses.<sup>81</sup>

Así mismo se aprecia, que el código penal en una manifiesta incorrección, pretende determinar la acción típica de forma referencial, similar a las conductas descritas en los artículos anteriores. La conducta típica del Art. 430 abarca dos modalidades: a) el ofrecimiento de influencias para ejercer ante funcionario público y solicitar por ello, dádivas, presentes o cualquier otra remuneración y b) la aceptación de ofrecimiento o promesas con el mismo objeto de influir o gestionar ante funcionario público.

De la redacción legal se desprende, que en cualquier caso el ofrecimiento del uso de las influencias ha de partir del sujeto activo, si bien en un caso, éste solicita la dádiva y en el otro acepta la promesa. Mantener esta interpretación, conduce a que no quede abarcado por el tipo penal la conducta del que acepta la propuesta de un tercero, de hacer uso de esas influencias sobre una autoridad o funcionario público. Esta exclusión carece de razón de ser, pues en un importante número de casos, es precisamente la persona que desea la influencia, la que acude al intermediario invocando o solicitándole la misma y esto, es lo que ocurre generalmente en la práctica y es la auténtica figura del tráfico de influencias, muy utilizado en los países en vías de desarrollo, conocido con el nombre de “mercado de favores”.<sup>82</sup>

Ahora bien, si intentamos por otra interpretación a partir de su contenido, de que, como el código se refiere a aceptar un ofrecimiento, entonces el precepto acogería ambas posibilidades, esto es, tanto cuando el sujeto adopta una actitud activa ofreciendo ejercer la influencia; como cuando el sujeto receptor de la propuesta de hacer uso de la influencia, acepta el ofrecimiento que se le realiza. Tal interpretación lógica en el terreno del deber ser, no se corresponde con la redacción legal, dado que a

---

<sup>81</sup> Al respecto véase BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. “Anotaciones sobre el delito de tráfico de influencias”, *delitos de los funcionarios públicos*, Madrid 1994. pp. 203-209.

<sup>82</sup> Así mismo véase a VALEIJE ÁLVAREZ, I. “El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho”, Madrid 1996, pp. 251-256. El genuino tráfico de influencias, como su propio nombre indica, es una venta de influencias, y aunque es una figura delictiva que carece de unos contornos claros y precisos en la mayoría de los ordenamientos donde se recoge, apunta a la conducta de quién, aparentando crédito, influencia o relaciones cerca de otros funcionarios con competencia decisoria en la administración, recibe o hace prometer dinero o alguna ventaja patrimonial como recompensa de su mediación, en la resolución favorable de un determinado asunto que dependa de aquellos, a fin de obtener los beneficios o ventajas que se persiguen.

tenor de ésta, la conducta del sujeto ha de ser activa. Es el sujeto activo el que ofrece el tráfico de influencias y solicita la dádiva, o acepta lo que a cambio se le ofrece o promete. En el primer caso, el sujeto activo es el que pone “precio” o “condición” a sus servicios, mientras que en el segundo caso, el sujeto acepta el precio o condición ofrecida o prometida.

Como hemos indicado, el código no concreta la acción típica; el Art. 430 únicamente se refiere al hecho de ofrecer, hacer uso de influencias, por lo que por vía interpretativa es preciso establecer el límite en cuanto a los siguientes aspectos: ¿Es suficiente con jactarse de tener prevalimiento ante un funcionario público, para que se considere cometido este delito?. O, de otro modo.

- ¿Es suficiente un ofrecimiento en general sin hacer referencia a los medios a utilizar para influir sobre funcionario público?. Entonces corresponde delimitar estas dos cuestiones: Por una parte, el tipo de la influencia ofrecida, y por otra, la forma del ofrecimiento de ésta.

La primera cuestión surge por cuanto en los tipos relativos al ejercicio de influencias (artículos 428 y 429), la influencia está concretada en la existencia del prevalimiento, mientras que en el tipo del ofrecimiento de influencias (Art. 430), en principio, no existe tal especificación, Ahora bien, y sin perjuicio de que, en el plano teórico, una influencia puede conseguirse por muy diversos medios, lo cierto es que al referirse el Art. 430 a las conductas descritas en los artículos anteriores, ha de concluirse que la influencia a que se refiere el Art. 430, es precisamente y no otra a la que aluden los artículos 428 y 429. De manera que al igual que en la modalidad anterior, “la influencia” ha de proceder del prevalimiento del cargo, situación o relación, quedando excluida cualquier otra influencia que derive de un motivo diferente. Por consiguiente, no puede ser ejercida mediante dádivas, regalos o promesas, pues ello no daría lugar a este delito sino al de cohecho. Si para influir en el funcionario median dádivas, el sujeto activo no estaría actuando como vendedor de humo, sino como “persona intermedia” en un delito de cohecho. Así mismo, la influencia ha de ser potencialmente cierta, real, quedando excluidas de este tipo las falsas influencias, que son las que conformarían un delito de estafa del Art. 248 del código penal, sin perjuicio de la polémica existente alrededor de la estafa sobre los negocio con causa ilícita.

La segunda cuestión se refiere a la concreción del ofrecimiento en su forma: ¿basta

con la mera jactancia de tener influencias sobre un funcionario público?, ¿es suficiente con ofrecer una resolución que no compete al proponente, sino que necesariamente incumbe a un tercero que es funcionario público?. Al respecto se ha formulado la teoría de la promesa implícita, conforme a la cual en toda promesa de conseguir un acto de tercero (funcionario público) ya existe la acción típica del delito de venta de humo, sin que sea preciso especificar la forma en que el oferente pretende llegar a tal fin. Pero, tal teoría, en cuanto supone moverse en el campo de las hipótesis, no es admisible al menos como formulación genérica. Ello no quiere decir que el oferente tenga que explicar detalladamente los medios de los que se intenta valer para hacer efectiva la influencia, pero, aunque no sea en forma excesivamente explícita, si al menos debe quedar claro, que ofrece una influencia seria y derivada del prevalimiento ante un funcionario público.

Para la consumación, basta el mero ofrecimiento del uso de la influencia y la solicitud de la dádiva o la aceptación de la promesa, sin que sea necesario que la dádiva sea entregada o que se materialice. No caben por tanto, formas imperfectas de ejecución. Ahora bien, debemos plantearnos qué relación existe entre el Art. 430 y los artículos 428 y 429. En otras palabras, es decir, si tras el ofrecimiento y la solicitud de la dádiva o presente el sujeto realmente ejerce su influencia y consigue una resolución obteniendo por ello un beneficio económico para un tercero, deben entrar en aplicación los dos preceptos (Art. 428 y el Art. 429 si es particular) o por el contrario, el ejercicio de la influencia absorbe el ofrecimiento de la misma. ¿El artículo 430 es una forma imperfecta de los artículos 428 y 429, configurado como un delito independiente?.

## II.- EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS.

### II.1.- CUESTIONES GENERALES

En principio, con relación al bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias, el mismo que forma parte del título XIX (delitos contra la Administración Pública); Capítulo VI (del tráfico de influencias), a partir de la protección del ejercicio de las funciones públicas como actividad al servicio del interés general, punto de partida en la que se inscribe la mayoría de la doctrina moderna y concibe como objeto de

protección en estos delitos. No obstante, la necesaria concreción del bien jurídico en los distintos delitos de este Título, atendiendo a los diferentes aspectos de la función pública que pueden verse afectados, requiere distinguir entre los delitos de ejercicio de influencia sobre funcionario o autoridad de los artículos 428, 429 y el ofrecimiento de influencia a persona particular del Art. 430, que presenta una relación lejana con la función pública inicialmente, pero orientada intencionalmente a posteriori a una conexión o relación con la misma. En cuanto a los primeros tipos, éstos consisten básicamente en presionar al funcionario o autoridad competente de la administración para que resuelva de manera favorable para quién ejerce la influencia, en un asunto de su interés. Diferenciándose únicamente en los sujetos activos, la condición de funcionario o particular y en las penas. El funcionario influido debe emitir una resolución que resulte beneficiosa económicamente para el sujeto influyente o un tercero, en principio, para que resulte reprochable, debe suponer la desviación del interés general, a favor del sujeto particular o de un funcionario.

Las reglas para determinar o medir la desviación del bien común o la vulneración de las normas, se rigen por la Constitución Española como norma suprema rectora, y estas coinciden con aquellos aspectos inherentes de la función pública como el sometimiento a la ley y el derecho, directa consecuencia del principio de legalidad, como exigencia general que rige para las administraciones, se constituye en el primer baremo de control respecto a la desviación de la legalidad. En cambio, cuando se trata de la administración en stricto sensu, el Art. 103 de la Constitución, es algo más prolijo en cuanto a los criterios que rigen su actuación: como la objetividad en el servicio de los intereses generales, la imparcialidad que debe ser garantizada por la ley y el sometimiento a la finalidad de su actuación.

Esta precisión, demanda algunas consideraciones lógicas: en principio, aunque la Constitución no se refiere expresamente a la objetividad de los Tribunales, tampoco a su imparcialidad, ni el sometimiento a sus fines, esto no significa, que no sean exigencias propias de su actuación, ni que se tenga que diferenciar el bien jurídico en estos delitos, cuando se cometan sobre los tribunales o sobre las administraciones. Lo que ocurre, es que la aplicación de la ley es su única finalidad, y a la ley se le supone la expresión del interés general y el carácter de igualdad para todos sus destinatarios, siendo la característica esencial de la independencia de la propia función jurisdiccional,

unida a la responsabilidad frente a la ley, que se constituyen como garantías de ciertos valores como la objetividad y la imparcialidad como normas y principios de su actuación. En cambio, respecto a la actuación de la administración en stricto sensu, que no es esencialmente independiente, la imparcialidad y la objetividad deben aparecer como exigencias específicas de obligada observancia.

Como es obvio, la función administrativa se asienta en una persecución del interés general, como más imprecisa que la mera aplicación de la legalidad propia de los Tribunales, por lo que no es de extrañar que el propio Art. 103 de la CE lo defina, como el sometimiento no solo a la ley, sino también al derecho. Precisamente, por que la persecución del interés general puede ponerse en peligro por el conflicto con los intereses particulares; la objetividad en el servicio al interés general y la imparcialidad de la administración, son principios que la Constitución consagra expresamente, como informadores de la actuación administrativa. Pero con independencia de esa sumisión exclusiva a la ley en un caso, o a la ley y el derecho en otro, que fundamentalmente afectan a la problemática de la calificación de las resoluciones como justas o injustas, en definitiva el carácter lesivo del tráfico de influencias, en estas consideraciones sobre el bien jurídico, afecta a la imparcialidad de las administraciones en su servicio al interés general y la vulneración de las normas y principios que rigen su actuación, dejando a salvo las diferencias estructurales entre la Administración de Justicia y la Administración Pública como tal.

Por otro lado, también debemos tomar en consideración las distintas posiciones que ha adoptado la doctrina, en su propósito de identificar acertadamente el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias, así tenemos entre otras la posición sostenida por BACIGALUPO, que en un Estado de Derecho, la confianza de los ciudadanos en el ejercicio correcto de la función pública, se lesionará cada vez que las decisiones de la autoridad, aparezcan como producto de motivaciones ajenas al cumplimiento de la ley y especialmente cuando exista el peligro de que puedan ser “compradas” por los particulares, para satisfacer intereses ajenos.<sup>83</sup> En otras palabras, hay un interés social legítimo de que los funcionarios públicos se encuentren lejanos a una actuación movido por la idea del enriquecimiento personal, que conlleva

---

<sup>83</sup> *Uno de los impulsores en la determinación del bien jurídico en los delitos de funcionarios públicos es BACIGALUPO, E. “Sobre la reforma de los delitos de los funcionarios”. Documentación Jurídica, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid 37-40/1983, pp. 1995-1105.*

inevitablemente la intención de llevar a cabo negocios o asuntos que anulen su imparcialidad y el correcto ejercicio de los deberes. En este último caso, el correcto ejercicio de los deberes del cargo, como bien jurídico tutelado, recibió la crítica de OCTAVIO DE TOLEDO por la visión estatalista y autoritaria de las normas que contienen, aunque es innegable que cualquiera de los delitos cometidos por los funcionarios, supone una infracción a los deberes del cargo, pero elevar a la categoría de bien jurídico “el deber de cargo”, puede convertir en delictiva una conducta sin nocividad real,<sup>84</sup> convirtiendo en imposible la delimitación de la esfera de lo punible y lo sancionable en el campo administrativo.

Con respecto a los intereses privados en la función pública, este constituye un elemento que determina la conducta típica, que subyace en todos los delitos de funcionarios, en este sentido la doctrina interpreta esta situación, como un simple interés económico, cuando el funcionario directa o indirectamente, se interese en cualquier clase de operación o contrato que interviene por razón de su cargo, conforme señala LUZÓN PEÑA, la conducta debe consistir, en intentar obtener un beneficio económico a través de una resolución que favorezca a sus destinatarios que persiguen el lucro por vía indebida, interponiéndose el interés particular frente al interés general de la colectividad.<sup>85</sup> Con estas connotaciones no se pretende identificar al interés general como bien jurídico, ya que este concepto jurídico amplio conlleva en el ámbito administrativo, como dice GARCÍA DE ENTERRÍA, un principio expansivo que es capaz de acabar con las tradicionales facultades discrecionales,<sup>86</sup> en cambio en el ámbito jurídico-penal, podría considerarse como un elemento indeterminado, con relevancia en todo caso, en la sede de la antijuridicidad, sino poner de manifiesto que toda conducta de funcionario regida por intereses particulares, quiebra un principio fundamental de la actuación administrativa reconocido por la Constitución como la imparcialidad de la administración, por ello la administración pública debe servir al interés general con criterios de imparcialidad y conforme a las reglas establecidas. El criterio de la imparcialidad que rige en la administración como bien jurídico tutelado en

---

<sup>84</sup> En este sentido véase a OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, “Los delitos relativos al tráfico de influencias”, *Comentario a la ley*, Madrid 1998.

<sup>85</sup> De igual manera en esta línea manifiesta LUZÓN PEÑA, D.M. “Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios”, del Art. 401 del código penal, *comentario a la STS (Sala 2ª)*, de 29 de mayo de 1989, la Ley 4/1989, Madrid, pp. 416-427.

<sup>86</sup> También confróntese la aportación importante que hace GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “Democracia, jueces y control de la administración”, *Civitas*, Madrid 1995.

los delitos de funcionarios, fue apuntado por MUÑOZ CONDE para el tipo de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos, coincidiendo con él en este sentido otros juristas como MIR PUIG y VIVES ANTÓN.

También es necesario señalar de forma general, que el bien jurídico ha ostentado desde siempre un papel central en la teoría jurídico-penal. De una parte el bien jurídico protegido en un tipo legal, constituye uno de los aspectos esenciales de cara a su interpretación. Por otra parte, junto a esta reconocida función intrasistemática, la doctrina dominante le asigna a la teoría del bien jurídico también una función crítica. Esta última consiste en la posibilidad de declarar la inexistencia de un bien jurídico merecedor de protección, frente a supuestos de penalización de conductas meramente inmorales (como en el caso de la prostitución), por ello, en ciertos casos la función crítica es contemplada con cierto escepticismo, aunque la doctrina mayoritaria sigue considerando el bien jurídico como la base irrenunciable de un sistema jurídico-penal racional. Como bien señala ROLAND HEFENDEHL, los bienes jurídicos constituyen vínculos reales posibilitadores de la libertad externa de la persona y por ello valiosos, constituidos a partir de la actuación entre personas, en tanto es parte y partícipe de las relaciones comunitarias, el sujeto vive inmerso en vínculos mediadores, que deben entenderse como condiciones para su libertad externa.<sup>87</sup>

Debe destacarse, que la categoría de bien jurídico, se percibe como un concepto relacional, comprende una relación considerada como positiva, valiosa, como un bien entre un algo, es decir entre una realidad y un sujeto, con ello se pone de manifiesto que los bienes jurídicos no son valores, ni tampoco son meros objetos o hechos, sino son vínculos reales inherentes a las personas o a la colectividad, por ello, se entiende que los bienes jurídicos colectivos no son sino la suma de los bienes jurídicos de los ciudadanos. Con respecto al bien jurídico, a la doctrina jurídico-penal le ha sido siempre asignada una función evidentemente crítica, tanto en su vertiente constructiva, como también en su vertiente destructiva o negativa. De una parte, en relación con la legislación, que en un sentido político-criminal, dicha función ostenta una enorme significación, en tanto opera como hilo conductor para la fundamentación y limitación de la génesis y formulación de los tipos penales, así como para su sistematización en

---

<sup>87</sup> Sobre el particular véase a ROLAND HEFENDEHL (ed.), "La teoría del bien jurídico". *¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales S.A., Madrid 2007, pp. 37, 54-57.

el marco del código penal. De otra parte, ha de servir como ayuda a la aplicación de los preceptos recogidos en la Parte Especial del código penal, en tanto funciona como criterio orientativo en la interpretación de estos. Con estas aclaraciones alcanzadas sobre el bien jurídico de modo general, nos permitirá determinar con mayor acierto el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias, dada la pluralidad de posiciones discordantes en la doctrina sobre la identificación del mismo.

## II.2.- IDENTIFICACIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

En la doctrina se han desarrollado y mantenido distintas posiciones con relación al bien jurídico tutelado. Por ello, resulta necesario señalar los distintos argumentos sostenidos, con mayor o menor acierto en la identificación del bien jurídico en el caso concreto del delito de tráfico de influencias. Aunque la mayoría de los doctrinarios consideran que el bien jurídico protegido: es “la imparcialidad de la administración”, ninguno ha realizado un estudio exhaustivo a fondo, sobre el delito de tráfico de influencias, con el objeto de demostrar la verdadera esencia del delito, que permita conocer el amplio universo donde se desarrollan estas conductas delictivas y quienes son los verdaderos sujetos que llevan a cabo estas prácticas, donde se originan y como opera el monstruo invisible de “la influencia y el poder”, habiéndose limitado algunos al análisis superficial de esta figura delictiva para sostener sus propios fundamentos o reproducir los mismos argumentos con ciertos matices para diferenciarlos, sin hacer énfasis en la ambigüedad de la norma penal en cuanto a la configuración de los tipos penales. Tal es así, que los Artículos 428, 429 y 430 del código penal, es acogido con agrado por la doctrina mayoritaria como una acertada producción legislativa y en estas basan todos sus argumentos sin ninguna clase de reparos ni reflexiones, a pesar del carácter restrictivo y condicionante del que están dotadas estas normas. Es así, que en la labor de identificación del bien jurídico, se han mantenido posiciones dispersas con criterios lógico-jurídicos distintos, aunque la mayoría sostiene “la imparcialidad de la administración” como bien jurídico, creemos, que este bien jurídico, es más propio del delito de cohecho.

En este sentido, las distintas posiciones que se mantienen en la doctrina, a pesar de las diferencias existentes en la determinación del bien jurídico protegido en este delito,

sostienen argumentos diversos de acuerdo a los criterios adoptados en la que se toma en cuenta como destinatario de la protección solamente a la Administración Pública y a la función pública, y que no se precisa de manera uniforme un bien jurídico concreto para el delito de tráfico de influencias, limitándose a los principios rectores que la Constitución establece al efecto, entre los criterios dominantes tenemos:

#### 1.- EL CRITERIO DEL “CUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DEL CARGO”

Los argumentos que se sostienen según este criterio si bien se basan en el cumplimiento del deber, también se sabe que en la doctrina española, se han eliminado las referencias sobre la fidelidad al Estado. Con ello, ciertamente se ha superado los rasgos autoritarios que se vinculaban al bien jurídico, cuya característica propia es más bien, la de una infracción disciplinaria de carácter administrativo, de rasgos distintos al ilícito penal. En este sentido, CASAS BARQUERO mantiene una postura mixta en la que, si bien se considera la afectación objetiva al normal funcionamiento de la administración, se prioriza el elemento subjetivo del interés común.<sup>88</sup> Así también, en esta línea CABELLO MOHEDANO considera, que en la determinación del bien jurídico protegido, asume relevancia la tutela del interés de la Administración Pública, que se traduce en la rectitud, la imparcialidad y buena reputación de los funcionarios públicos, que implica el buen funcionamiento de la misma<sup>89</sup>. Por ello, se pretende concretar el objeto de tutela del delito cometido por el funcionario en el ejercicio de sus deberes básicos inherentes a su condición de tal, como es el fiel desempeño de las funciones del cargo, dentro de la organización jurídico-administrativa que le compete, así como la confianza conferida en el cargo como titular de la misma, que se deposita por parte del Estado y la propia sociedad en general. En cambio, con relación al delito cometido por los particulares, difiere el contenido de bien jurídico, en la medida, en que éste no pueda infringir deberes del cargo, al respecto se considera que actúa en perjuicio o detrimento de las funciones públicas del Estado, cuando el fin perseguido se hace a través de promesas o dádivas que comprometen y distorsionan la actuación del

---

<sup>88</sup> De esta opinión CASAS BARQUERO, E. “Tráfico de influencias”, *Estudios penales en memoria del profesor FERNANDEZ-ALBOR, Universidad Santiago de Compostela 1989*, pp. 165-174.

<sup>89</sup> En esta misma línea CABELLO MOHEDANO, F. “Razón, bien jurídico y conducta típica en el delito de tráfico de influencias”, *Estudios penales y jurídicos, homenaje al profesor CASAS BARQUERO, E., Córdoba 1996*, pp. 83-101.

funcionario. En este sentido coincide BACIGALUPO, al referirse al bien jurídico en los delitos cometidos por los funcionarios en general, concuerda explícitamente con los postulados de BINDING, y sostiene abiertamente que el bien jurídico es “la infracción del deber especial del cargo”,<sup>90</sup> con lo que considera que estos delitos comportan la infracción de un deber propio de la función pública desempeñada. Los declarados esfuerzos del autor por superar la mera infracción del deber, solo consiguen llevarle a una ampliación del bien jurídico que no logra deshacerse del tono subjetivista. Así, considera que los delitos de funcionarios aparte de comportar tal ejercicio contrario al deber, debe importar una lesión de la confianza pública en el ejercicio de la función administrativa o judicial, que se traduce, en la inobservancia de las normas y los principios rectores del Estado de Derecho. De modo que estas posturas tradicionales, confunden las normas y los deberes de cargo que todo funcionario público debe observar, con los bienes comunes y los derechos de los ciudadanos, que significa el interés general de la colectividad.

## 2.- EL CRITERIO DEL “CORRECTO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA”

En este caso, los que optan por este criterio consideran, que en las modalidades previstas en los artículos 428 y 429 del código penal, tienen en común el bien jurídico tutelado que ha su vez coincide con el protegido en el delito de cohecho. Es así, que los defensores como BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE que mantienen esta posición, sostienen que el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias es, “el buen funcionamiento de la Administración Pública”,<sup>91</sup> dado que la sociedad exige que los servicios públicos de la Administración Pública, funcionen correctamente con objetividad, imparcialidad y transparencia, conforme a los parámetros constitucionales. Este propósito resulta seriamente afectado si las autoridades, los funcionarios públicos o incluso los particulares generan o aprovechan situaciones de prevalimiento para obtener ventajas o beneficios económicos directos o indirectos. En la misma línea, sin

---

<sup>90</sup> Así también BACIGALUPO, E. “Sobre la reforma de los delitos de los funcionarios”, *Documentación Jurídica*, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid 37-40/1983, pp. 1995-1105.

<sup>91</sup> En este sentido BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y Otros, “Comentarios al código penal”, 1ª edición, Madrid 2007, pp. 903-905. Se entiende la definición de bien jurídico como la adhesión subjetiva a la norma del deber, que se traduce en la obediencia o la fidelidad a la confianza del Estado.

más argumentos SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAILLO sostienen igualmente, que el bien jurídico protegido es, “el buen funcionamiento de la Administración Pública”, ya que ésta se ve afectada cuando la influencia va encaminada a la obtención de un resultado o beneficio económico.<sup>92</sup> Por su parte LAMARCA PÉREZ manifiesta, que en los delitos contra la Administración Pública se respalda el correcto funcionamiento de esta infraestructura organizativa, tal como así afirma la jurisprudencia reciente, “el recto y normal funcionamiento de la actividad de la Administración Pública”, con sujeción al sistema de valores instaurado en nuestra Constitución, y en concordancia con ello, señala que el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias es “el correcto ejercicio de la potestad administrativa”, de modo que en estos delitos se sancionan las conductas de funcionarios, autoridades y particulares que vician la eficacia o el cumplimiento de los fines que tiene asignado constitucionalmente la función pública.<sup>93</sup> Así mismo, corroborando los argumentos que sostienen entre otros los mencionados anteriormente, GARCÍA VALDÉS manifiesta, lo que caracteriza a estos delitos es, la confianza traicionada en la correcta gestión de la cosa pública por parte de los encargados de servirla, la ausencia de integridad del autor que se debe presuponer siempre, precisamente por la propia índole del puesto, mando o cargo desempeñado.<sup>94</sup> En esta misma vertiente POLAINO NAVARRETE señala claramente, que el bien jurídico protegido es, “el valor de la incorruptibilidad funcional”, que resulta lesionada por el ejercicio de la acción del tráfico de influencias determinante de una resolución facilitadora de un beneficio económico.<sup>95</sup> Las características sustantivas que definen el contenido material del injusto en el delito de tráfico de influencias son: a) la abusiva influencia del titular de un cargo público sobre otro funcionario encargado de decidir en un asunto de su función o competencia de forma objetiva. b) la finalidad de conseguir una corrupta resolución de éste en tanto mediatizada por el autoritario ejercicio con

---

<sup>92</sup> Así mismo SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAILLO, A. “Derecho penal parte especial”, Madrid 2011, pp. 842-845. El beneficio económico puede revestir formas muy variadas. Puede ser desde una cantidad dineraria hasta otras situaciones que reporten una ventaja económica, por ejemplo en los puestos de libre designación que se otorgan a funcionarios que no lo merecen, siempre que concurren los elementos del delito, ésta es una situación que con relativa frecuencia se da en la Administración Pública, que siempre quedan impunes, o se resuelven en vía administrativa en ciertos casos.

<sup>93</sup> De esta forma refiere LAMARCA PÉREZ, C. y Otros, “Delitos y faltas”, la parte especial del derecho penal, 2ª edición, Madrid 2013, pp. 696-698.

<sup>94</sup> En este sentido también refiere GARCÍA VALDÉS, C. “Derecho penal práctico: Parte especial”, Editorial Universitaria Areces, Madrid 1999, pp. 345- 348.

<sup>95</sup> Así mismo, POLAINO NAVARRETE, M. y Otros, “Lecciones de derecho penal parte especial”, adaptada a la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del código penal, tomo II, Madrid 2011, pp. 337-341.

prevalimiento del cargo. c) la posibilidad de generar un enriquecimiento económico, dimanante de dicha resolución. Así también SÚAREZ-MIRA RODRIGUES, refiriéndose a los tipos penales que castigan aquellos comportamientos con los que se quiere desviar el regular funcionamiento de las administraciones en el desarrollo de sus cometidos, sostiene con claridad que el bien jurídico protegido es “la integridad de la Administración Pública”,<sup>96</sup> en virtud de los artículos 9, 103, 106 y 117 de la Constitución del Estado, que reclaman de las distintas administraciones públicas un comportamiento imparcial de acuerdo a la legalidad establecida, que no sea discriminatorio ni arbitrario. Como así observa OCTAVIO DE TOLEDO, la relación entre los comportamientos previstos y el bien jurídico, se aprecian demasiado distanciados, pues en algunos casos se castigan las conductas que sólo suponen un peligro remoto, como sucede en el Art. 430 del CP, y en otros casos se excluyen a los funcionarios influenciados como se aprecia en los tipos previstos en los artículos 428 y 429, esta situación hace que las previsiones legales sean de presumible ineficacia para luchar contra estos delitos y en definitiva contra el fenómeno de la corrupción.<sup>97</sup> Con relación al bien jurídico protegido en el tipo penal del Art. 430, se aprecia que el adelantamiento de las barreras de imputación penal, se extienden también a las conductas con estructura de actos preparatorios, sustanciando el contenido del delito de subjetivismo. De modo que, se tiende a primar el desvalor del acto, sobre el resultado, permitiendo con ello la definición del bien jurídico como adhesión subjetiva a la norma del deber, que se traduce en la obediencia o la fidelidad, que fundamenta la correlativa confianza del estado y la sociedad en tales actitudes subjetivas. En este sentido, MORILLAS CUEVA y PORTILLA CONTRERAS, si bien consideran que el delito de tráfico de influencias afecta el principio de la objetividad, se aprecia de modo general que en todos los delitos de funcionarios, existe una infracción del deber y se afecta la confianza pública<sup>98</sup>. Así mismo, GARCÍA PLANAS, en una línea más de compromiso, alude a la imparcialidad de la Administración Pública, sin desprenderse del elemento subjetivo a

---

<sup>96</sup> Sobre el mismo véase también a SÚAREZ-MIRA RODRIGUEZ, C. y Otros, “Manual de derecho penal tomo II parte especial”, 4ª edición, Navarra 2006, pp. 537-539.

<sup>97</sup> Como así refiere OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, “Los delitos relativos al tráfico de influencias”, *Revista la Ley* 1998, p. 1519. Se critica la existencia de unos tipos excesivamente valorativos y poco precisos, también se censura la contradicción con las exigencias de subsidiariedad del derecho penal.

<sup>98</sup> En este sentido, MORILLAS CUEVA, L. y PORTILLA CONTRERAS, G. “Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias”, *comentarios a la legislación penal, tomo XVI, Madrid 1994, pp. 231 y ss.*

través de la referencia al prestigio de la administración como objeto de protección y afirma, que en los tipos penales que corresponden a los artículos 428 y 429 del código penal, el bien jurídico protegido es la “imparcialidad y el prestigio de la Administración Pública”,<sup>99</sup> por tanto, el contenido del injusto será su descrédito. Sin embargo este autor no lleva este planteamiento a sus últimas consecuencias subjetivistas, puesto que posteriormente se declara contrario a la tipificación de la conducta contenida en el Art. 430, en la medida en que no se protege la función pública, ya que en los actos preparatorios inicialmente no existe vínculo con la Administración Pública. Por lo tanto, no se justifica su penalización, en virtud del principio de última ratio.

### 3.- EL CRITERIO DE “LA OBJETIVIDAD Y LA IMPARCIALIDAD”

La posición adoptada con este criterio, es distinta a la anterior y se sostiene la concepción del bien jurídico protegido de modo general en los delitos contra la Administración Pública, tomándose en cuenta su función de prestación o de servicio como fundamento para la determinación del bien jurídico. En este sentido MUÑOZ CONDE señala, que los tipos penales de tráfico de influencias tienen una naturaleza parecida al delito de cohecho, con el que tienen en común un bien jurídico protegido similar que es, “la imparcialidad en el ejercicio de la función pública” y una misma finalidad político-criminal, que es evitar la desviación del interés general hacia fines particulares,<sup>100</sup> considera que los dos primeros tipos penales de tráfico de influencias conculcan la rectitud y la imparcialidad de la actuación administrativa, ésta última exigida por el Art. 103 de la CE, en la medida en que afectan el proceso motivador del funcionario que le conduce ha adoptar una decisión proyectada. Sin embargo, en el caso del Art. 430 se plantea el problema, de cual es en este delito el bien jurídico protegido, como el tipo penal no exige ni siquiera que la supuesta influencia llegue ha utilizarse, en principio estaríamos en la fase de actos preparatorios o en el comienzo de ejecución del delito previsto en el Art. 429, parece que lo único que se pretende con el castigo de esta conducta es proteger “el prestigio y buen nombre de la Administración Pública, un concepto ciertamente etéreo y difícilmente aprehensible. De igual forma,

---

<sup>99</sup> Así mismo, véase a GARCÍA PLANAS, G. “El nuevo delito de tráfico de influencias”, *Colegio de Abogados de Baleares, Palma de Mallorca 1992*, pp. 3-16.

<sup>100</sup> Así, MUÑOZ CONDE, F. “Derecho penal parte especial”, 19ª edición, Valencia 2013, pp. 955-959.

coincidiendo con esta posición ORTS BERENGUER considera que el bien jurídico protegido en estos delitos, se encuentra en los servicios que han de prestar los poderes públicos, con arreglo a los principios de imparcialidad y objetividad como garantía de un sistema legal establecido.<sup>101</sup> Por su parte, SÚAREZ MONTES sin hacer referencia directa al concepto de bien jurídico, vincula este delito con un conjunto de medidas para garantizar la objetividad y el correcto funcionamiento de la Administración Pública, que se constituye en la columna vertebral de una sociedad organizada política y jurídicamente, que representa no sólo al estado, sino a la sociedad en su conjunto, de modo que, la actividad administrativa debe desarrollarse en estricta observancia de los principios y las normas que la gobiernan, para el correcto cumplimiento de sus funciones y garantizar la prestación de los servicios en condiciones de igualdad, sin discriminación de ninguna clase, en la que el objetivo principal sea siempre, “velar por el interés común de la colectividad”, como bien jurídico protegido.<sup>102</sup>

Así también es preciso señalar, algunas posiciones doctrinarias que destacan por su mayor aproximación o acierto, con respecto a la identificación concreta del bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias, que ha permitido avanzar en la ardua tarea de identificar el bien jurídico apropiado, así debemos destacar la aportación importante entre otros de CUGAT MAURI en su obra “La desviación del interés general y el tráfico de influencias”, ha realizado un estudio amplio sobre el delito de tráfico de influencias y ha propuesto importantes argumentos doctrinarios sobre el bien jurídico, llegando a sostener que en el delito de tráfico de influencias, el bien jurídico protegido es, “la imparcialidad en el ejercicio de la función pública”.<sup>103</sup> Por que, la imparcialidad constituye el núcleo del bien jurídico afectado por el delito de tráfico de influencias, de modo que la exclusión de los factores subjetivos, garantiza las condiciones personales necesarias en el ejercicio de la función pública, cuya finalidad fundamental es la satisfacción de los “intereses generales de la colectividad”, en virtud de los valores de objetividad e imparcialidad que siempre se deben observar como principios rectores consagrados por la Constitución y las leyes. De igual forma, QUERALT JIMÉNEZ

---

<sup>101</sup> ORTS BERENGUER, E. y VALEIJE ÁLVAREZ, I. “Comentarios al delito de tráfico de influencias”, en VIVES ANTÓN (coordinador), comentarios al código penal de 1995, Valencia 1996, pp. 1779 y ss.

<sup>102</sup> En este sentido, con respecto al tema que nos ocupa afirma categóricamente SÚAREZ MONTES, R. “Consideraciones político-criminales sobre el delito de tráfico de influencias”, homenaje a la memoria del profesor JUAN DEL ROSAL, Madrid 1993, PP. 1083-1106.

<sup>103</sup> Se destaca los argumentos suficientes que alcanza CUGAT, MAURI, M. “La desviación del interés general y el tráfico de influencias”, Cedecs, Barcelona 1997, pp. 100-115.

considera que el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias, concretamente es “La objetividad e imparcialidad de los poderes públicos”, como elemento asegurador de la capacidad prestacional de servicios de un Estado Social y Democrático de Derecho.<sup>104</sup> Conforme expresa en este sentido la STS 300/2012, de 3 de mayo, que recoge sentencias anteriores, reconoce que el bien jurídico protegido consiste en “la objetividad e imparcialidad de la función pública”, concordando así entre otras, con la SSTS 480/2004, de 7 de abril, SSTS 335/2006, de 24 de marzo. En la que se incluyen tanto las funciones administrativas como las judiciales, el bien jurídico que se trata de proteger básicamente, es que la actuación de la Administración Pública se desarrolle con la debida objetividad e imparcialidad, para el cumplimiento de sus fines al servicio del interés general de la comunidad. Coincidiendo con los argumentos referidos, por su parte QUINTERO OLIVAREZ además hace algunas observaciones puntuales sobre estos delitos y manifiesta que las conductas previstas en los artículos 428 y 429 del CP, presentan una clara afinidad con el delito de cohecho, esta última figura delictiva pretende evitar la interferencia de intereses ajenos o contrarios al interés general en la adopción de decisiones públicas, por cuanto se endereza a la tutela del principio de “imparcialidad y objetividad en el ejercicio de las funciones públicas”,<sup>105</sup> a idénticas metas responden los delitos de tráfico de influencias. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en el delito de cohecho, en el tráfico de influencias se sitúa al funcionario en una posición parcial respecto a su futura decisión utilizando medios distintos a las dádivas o presentes para influir en su proceso de motivación. No obstante, los tipos penales del Art. 428 y 429, contemplan únicamente la conducta del funcionario o particular que pretende incidir en la voluntad de otro funcionario público, prevaliéndose de las facultades del cargo o de una relación personal, en cambio no contempla la conducta del funcionario que se deja influir por esa clase de situaciones y adopta una decisión parcial o se manifiesta dispuesto a adoptarla. De esta forma las necesidades de tutela del bien jurídico sobre el que basculan estos comportamientos,

---

<sup>104</sup> En esta línea QUERALT JIMÉNEZ, J. “Derecho penal español parte especial”, 6ª edición, Barcelona 2010, pp. 1176-1181.

<sup>105</sup> En este sentido QUINTERO OLIVAREZ, G. / MORALES PRATS, F. y Otros, “Comentarios a la parte especial del derecho penal”, 9ª edición, Pamplona 2011, pp.1799-1801. De este modo, en el delito de tráfico de influencias, sólo se confiere tutela a una de las vertientes del principio de imparcialidad. Esta tutela parcial del citado principio, se infiere de la ausencia de previsión típica relativa a la conducta del funcionario que se deja influir por situaciones ajenas a los intereses públicos y adopta una decisión que beneficia a la persona que ha influido en él, prevaliéndose de relaciones jerárquicas o personales.

sólo quedan suficientemente colmadas con la incriminación del que ejerce influencia en aquellos supuestos en los que la influencia se tornan en una amenaza o coacción, pero no en los demás casos. La protección de los bienes jurídicos en estos delitos, tiene por objeto tutelar un aspecto concreto de la actividad pública, la ausencia de interferencia en el proceso de motivación de las decisiones públicas, cuyo ámbito de aplicación no está condicionado a la obtención de una resolución injusta o delictiva, pues de adoptarse ésta se estaría conculcando además el principio de legalidad.

Los diversos planteamientos que se sostienen en la doctrina para la determinación del bien jurídico protegido en el delito que nos ocupa, se basan fundamentalmente en los distintos criterios que se han adoptado, manteniéndose posiciones contradictorias en la propia doctrina que entorpece una posible uniformidad de criterios congruentes para la identificación apropiada del bien jurídico en el delito de tráfico de influencias, que encaje o abarque a la totalidad de tipos penales, y no solamente se determine de forma parcial con criterios divergentes para los tipos penales del Art. 428 y 429, aún no definidos de forma precisa. Y con respecto al tipo penal del Art. 430, todavía aún no se ha encontrado un bien jurídico concreto, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, tampoco existen propuestas o planteamientos doctrinarios encaminados a determinar o identificar el correspondiente bien jurídico, o por lo menos traten de justificar el vacío jurídico-dogmático que viene arrastrando este tipo penal. Habiéndose limitado las exposiciones o las opiniones en la doctrina al fácil recurso de observar y cuestionar su existencia con argumentos contrarios o evasivos, adoptando una postura desinteresada y evitar así la ausencia de iniciativas o propuestas en la investigación y el estudio del mismo, o simplemente para no darle la debida importancia y pasar de página. A pesar de que, como afirman algunos doctrinarios, el tipo penal del Art. 430 del CP, es la auténtica figura delictiva del delito de tráfico de influencias. Sin embargo, no se le ha dado la debida importancia y aún no se le dedicado un exhaustivo estudio, todavía descansa en el limbo de las contradicciones con una serie de posiciones discordantes que entorpecen la posibilidad de uniformizar criterios y alcanzar un consenso para la determinación del bien jurídico apropiado en este delito.

Por otra parte, adicionalmente conviene hacer algunas aclaraciones con relación al principio de imparcialidad y objetividad en otros ámbitos de la administración, como en la función jurisdiccional. En este sentido, la exposición del bien jurídico que se hace en

la doctrina se centra básicamente en el análisis de la imparcialidad, que se sustrae del artículo 103 de la Constitución. Es cierto que el delito puede ser cometido, no sólo por un funcionario público, sino también por una autoridad o un magistrado. De modo que el fundamento del bien jurídico se puede encontrar, tanto en los artículos 103, 106 y 117.1 de la CE. Sin embargo, el trabajo se centra en el problema que plantea el principio de imparcialidad estipulado en el Art. 103 de la CE, en la medida en que su cumplimiento y control es complejo en la esfera administrativa, por la admisión de cierta discrecionalidad en la concreción del interés general y la adopción de las vías más eficaces para su consecución. Con respecto al órgano jurisdiccional, es preciso tomar en consideración algunos aspectos legales determinantes que lo distinguen, como la independencia, la inamovilidad y la responsabilidad de los Jueces y Magistrados, que deben actuar sometidos únicamente al imperio de la ley (Art. 117.1 CE), al margen de las presiones políticas o de cualquier tipo de influencias que puedan interferir o alterar sus decisiones.

De lo expuesto se deduce, que el sometimiento a la ley como consecuencia directa del principio de legalidad (Art. 9.3 CE) que es propio del Estado de Derecho, se convierte en una exigencia general que rige la actuación de todas las administraciones, y se constituye en el primer baremo de control a la vulneración de la legalidad, como garantía del interés general. En cuanto a la Administración Pública, la Constitución precisa los criterios que rigen su actuación, la imparcialidad que debe ser garantizada por la ley y el sometimiento a la finalidad de su actuación (Art. 103 CE).<sup>106</sup>

Esta precisión demanda algunas consideraciones en el caso de la administración de justicia, aunque la Constitución no se refiere expresamente a la objetividad, a la imparcialidad, ni el sometimiento a sus fines, esto no significa, que no sean exigencias propias de su actuación. Lo que ocurre es que la aplicación de la ley, es un mandato imperativo en un Estado de Derecho, y a la ley se le supone la expresión del interés general, de modo que el carácter de independencia del órgano jurisdiccional está

---

<sup>106</sup> *Art. 103 de la CE: 1.- La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.*  
*2.- Los órganos de la administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley.*  
*3.- La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.*

vinculada al cumplimiento de la ley, siendo su máxima finalidad velar por el interés general de la colectividad, como garantía de imparcialidad, objetividad y el respeto al principio de igualdad ante la Ley. Por ello debemos resaltar que en el caso de los Tribunales, su servicio al interés general equivale, o se identifica con la aplicación de la ley en la resolución de conflictos, mientras tanto en la Administración Pública, tal identificación no se produce, sencillamente porque sus órganos no son los garantes de la aplicación de la ley, aunque igualmente están sometidas a ella. En este caso la actuación administrativa se ve presidida por la finalidad del interés general, junto a la sumisión a la ley y al derecho.

### III.- FUNDAMENTOS PARA LA IDENTIFICACIÓN DEL BIEN JURÍDICO

En nuestro intento de contribuir a la doctrina penal, con respecto al bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias. Nos atrevemos a formular una propuesta o iniciativa concreta, en base a la información obtenida de diferentes fuentes que han servido de referencia y han ilustrado nuestra percepción con respecto a la identificación del bien jurídico. Entre las fuentes podemos citar la amplia bibliografía o la labor científica que existe sobre este tema en la doctrina penal, el derecho penal parte especial, la Constitución Española y las legislaciones internacionales, tomando en consideración los adelantos alcanzados por la ciencia y la doctrina penal universal, en consonancia con los constantes cambios políticos, legislativos y socio-económicos que se vienen dando a nivel internacional, y que se traduce en un fenómeno “mutatis mutandi” en la evolución de la sociedad actual. Por consiguiente, intentamos plantear iniciativas propias con el objeto de contribuir a la labor de identificación del bien jurídico apropiado que encaje o comprenda a la totalidad de los tipos penales del delito que nos ocupa, al margen de los criterios que se sostienen en la doctrina y las posiciones divergentes que aún se mantienen con diversos argumentos sobre este aspecto.

Con este objeto, luego de la explicación detallada anteriormente sobre este tema, nos atrevemos a formular esta propuesta al amparo de lo dispuesto por el Art. 103 de la CE, y mantenemos nuestra posición para sostener concretamente, que el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias es: “La imparcialidad y el interés general de la colectividad”, porque con la comisión de este delito se vulnera el principio de

imparcialidad y objetividad en el ejercicio de la función pública y se afecta al interés general de la sociedad, como destinatario final de este ataque, especialmente tratándose de los tipos penales configurados en los artículos 428 y 429 del CP respecto a la actuación de los funcionarios públicos. Coincidiendo con la opinión de la doctrina mayoritaria, estamos de acuerdo con que el bien jurídico concreto es: “la imparcialidad y la objetividad en el ejercicio de la función pública”. Pero además debe considerarse como bien jurídico, “el interés común de la colectividad”, por que, a quién le afecta en última instancia es precisamente al interés común de la colectividad, y es la sociedad quién sufre el menoscabo de sus bienes y derechos como destinatario final de estos ataques. Y en el caso del Art. 430 cuando se trata de la participación de personas particulares o de los mismos funcionarios en calidad de particulares, en el ofrecimiento o compra venta de influencias, en este caso, si bien no se afecta al principio de imparcialidad y objetividad en el ejercicio de la función pública, por que inicialmente no existe ninguna relación directa con la Administración Pública, pero a posteriori todas esas conductas o acuerdos están orientados o se proyectan a ella, por lo tanto, llegarán ha afectar en última instancia siempre al interés general de la colectividad, como destinatario final de esos ataques. Por que, todos los actos de influencia terminan siempre vinculando o comprometiendo ha la Administración Pública. Como es evidente, casi todas las tramas o los delitos de tráfico de influencias que se vienen juzgando en las distintas instancias judiciales, generalmente se han originado o se han fecundado en ámbitos o esferas privadas entre personas particulares y funcionarios que actúan como particulares, pero esos actos de influencia o pactos entre supuestos particulares se orientan siempre a la Administración Pública con el objeto de conseguir beneficios o ventajas. Por ello, la tutela que se debe brindar en estos casos deben tener siempre como destinatario final, la protección del interés general de la colectividad, y no sólo la actuación del funcionario o de la Administración Pública, por que el ejercicio de la función pública por los funcionarios públicos o la actividad administrativa, están reguladas a priori por las respectivas leyes y la propia Constitución del Estado.

En consecuencia, con la protección de la “imparcialidad y el interés general de la colectividad” como bien jurídico, se abarcaría de modo uniforme la totalidad de los tipos penales que comprende el delito de tráfico de influencias, que se sostiene en el fundamento “político-criminal” de que la Administración Pública, es una organización

jurídico-política del Estado, es un instrumento y un medio para el cumplimiento de sus fines. Por ello, la Administración Pública nace para servir y defender los intereses generales, y por tanto, a quién tiene y debe servir es a “los intereses generales de la colectividad”. Por que “la sociedad es el fin supremo del Estado y las Leyes”, y es a la colectividad, a quién se le debe brindar toda clase de protección, es ella la que percibe y sufre en última instancia el ataque y la violación de sus bienes y derechos., y es el Estado quién tiene la obligación moral y legal de brindarle dicha protección.

Por otra parte, si hacemos referencia a las distintas posiciones que se mantienen en la doctrina, con respecto al bien jurídico protegido, encontramos una pluralidad de criterios con posiciones discordantes. Es así, que entre los diversos bienes jurídicos que se sostienen en la doctrina tenemos entre otros: “el buen funcionamiento de la Administración Pública”, “La imparcialidad y el prestigio de la Administración Pública”, “La imparcialidad en el ejercicio de las funciones públicas”, “La objetividad y la imparcialidad en la actuación administrativa”, “La infracción de la legalidad y el deber propio de la función pública”, etc. La variedad de bienes jurídicos que se manejan en la doctrina, nos convoca a una reflexión para encausar con mejor acierto las divergencias existentes. La percepción que tenemos en esta coyuntura sobre el alcance de estos bienes jurídicos en estas circunstancias, tienen relación solamente con los artículos 428 y 429 del CP y con respecto al Art. 430, todavía no se identifica un bien jurídico determinado, ni se ha planteado ningún fundamento jurídico-penal que justifique esta situación incomprensible o el vacío manifiesto que se viene arrastrando con relación a este tipo penal.

Los supuestos bienes a los que hemos hecho referencia anteriormente como la imparcialidad, la objetividad, la legalidad, la transparencia, el buen funcionamiento, la integridad, el prestigio y otros valores de la Administración Pública, son normas y principios rectores de obligado cumplimiento en la actuación administrativa que están establecidas por mandato imperativo de la Constitución y las Leyes, y por lo tanto, los funcionarios públicos deben observar y acatar en el ejercicio de sus funciones todas las normas establecidas, por que actuar de otro modo sería vulnerar dichas normas. Por ello, tanto la imparcialidad, la objetividad, la legalidad y otros valores, concretamente más que bienes jurídicos, son normas y principios que rigen el ejercicio de la actividad administrativa de los funcionarios públicos, de allí que en la consideración de estos

valores humanos, no se llegue a comprender o encajar el bien jurídico protegido en todos los tipos penales de este delito, quedando insuficiente su determinación. Por que el delito de tráfico de influencias tiene un universo delictivo muy amplio, a pesar de que los legisladores le han dado una configuración restringida que está condicionada a la actuación de los funcionarios y la obtención de la resolución para conseguir un beneficio económico. Habiendo blindado de este modo para encubrir una amplia gama de conductas delictivas, que se fecundan en la órbita oscura del tráfico de influencias y el ejercicio del poder, del cual se valen los funcionarios públicos y los propios gobernantes de turno, especialmente la clase política para ejercer dominio e incrementar sus patrimonios.

Por ello, en concordancia con la doctrina mayoritaria, nuestro planteamiento sostiene que, la imparcialidad y el interés general de la colectividad, constituyen los pilares básicos del bien jurídico afectado por el delito de tráfico de influencias. Precisamente en este delito, como en la prevaricación, la decisión pública está en el centro de interés de la protección penal, y por lo tanto entran en consideración los principios constitucionales que le han de orientar a la actividad administrativa. De modo que la imparcialidad se vulnera en el momento que se adopta una decisión contraria a las normas establecidas y ello afecta directamente el interés común de la sociedad, como sujeto destinatario. El ejercicio de la función pública no sólo se debe apoyar en las reglas o formas correctas de actuación, sino que se debe observar y acatar las normas y principios establecidos por la Constitución y las Leyes.

No obstante, en el supuesto caso de adoptar una posición en la misma línea de los criterios que se sostienen en la doctrina, entonces estamos de acuerdo con la opinión más próxima o semejante a la nuestra de algunos doctrinarios, en cuanto a la determinación del bien jurídico en este delito, pero no en la dispersión de criterios, ni en la diversidad de bienes jurídicos que se sostienen. De modo que, si debemos precisar el bien jurídico concreto para cada tipo penal en concordancia con la opinión doctrinaria de acuerdo a los criterios que se sostienen. Entonces, en este caso nuestra posición con respecto a la identificación del bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias sería: “la imparcialidad y objetividad en el ejercicio de la función pública”, para el caso de los artículos 428 y 429 del CP. Y “el interés común de la colectividad”, para el caso del Art. 430, pero en ambos casos siempre debe considerarse el interés

general de la colectividad, por ser la esencia y el destinatario final de los ataques, como he señalado y explicado en la primera parte de la formulación de mi propuesta.

#### IV.- LA CONDUCTA TÍPICA EN EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS

Con relación a este aspecto en el delito de tráfico de influencias, conviene precisar que los tipos penales contemplados en los artículos 428 y 429 del CP, tienen en común la misma conducta típica que es la “acción de influir”, diferenciándose básicamente en el sujeto activo, siendo un funcionario o autoridad en el primero y una persona particular en el segundo. En cambio, en el caso del tipo penal previsto en el Art. 430, la conducta típica consiste en el ofrecimiento de influencias de personas particulares o de funcionarios que actúan en calidad de particulares. Con esta aclaración, es preferible definir la conducta típica de cada tipo penal separadamente, del modo siguiente:

##### 1º.- EJERCICIO DE INFLUENCIAS SOBRE FUNCIONARIO PÚBLICO O AUTORIDAD REALIZADO POR FUNCIONARIO O AUTORIDAD.

Esta primera modalidad de tráfico de influencias tipificada en el Art. 428 del CP, incrimina la conducta del funcionario que influye sobre otro funcionario o autoridad, prevaliéndose de sus funciones u otra clase de relaciones, para obtener una resolución que le reporte un beneficio económico directo o indirecto, por lo que el sujeto activo en este delito sólo puede ser un funcionario público o autoridad.

El núcleo fundamental de la conducta típica del delito como refiere QUINTERO OLIVAREZ, reside en la conducta de influir sobre un funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para el sujeto influyente o para un tercero. No obstante, esta influencia para ser típica debe derivar del prevalimiento del ejercicio de las facultades del cargo, o bien de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con uno o más funcionarios y debe tener por finalidad la obtención de una resolución favorable.<sup>107</sup>

Para cometer esta modalidad de tráfico de influencias, no es suficiente con la mera

---

<sup>107</sup> En este sentido véase a QUINTERO OLIVAREZ, G. / MORALES PRATS, F. y Otros. “Comentarios a la parte especial del derecho penal”, 9ª edición, Pamplona 2011, pp. 1802-1810. La estructura del delito dificulta la distinción de estos comportamientos típicos. Si bien la intención del legislador ha sido la de excluir los problemas derivados de la necesidad de probar la concurrencia de resultados, así como soslayar su interpretación como condición objetiva de punibilidad, el castigo del tráfico de influencias por regla general seguirá exigiendo en el estricto plano probatorio, la comprobación de que se ha emitido una resolución beneficiosa para un tercero, con el que existe una clara relación personal o jerárquica.

influencia sin más, lo esencial es prevalerse de otras situaciones con la finalidad de influir sobre el funcionario competente para que adopte una decisión o emita una resolución que beneficie económicamente al sujeto activo del delito o a un tercero. La primera de las formas de prevalimiento que el código considera adecuada para influir en el proceso de motivación para tomar una decisión, es “el abuso de las facultades propias del cargo”. Las condiciones de esta forma de influencia hacen que únicamente puedan ser llevadas a cabo por un funcionario público o autoridad y no por un particular. Esta clase de prevalimiento consiste en abusar de la condición subjetiva de funcionario o de las atribuciones propias del cargo que se desempeña. Así, podrá cometer este delito el funcionario competente o cuanto menos indicado para informar sobre determinados extremos de importancia en orden a la adopción de una resolución que deba ser emitida por otro funcionario. Por consiguiente, el elemento fundamental que el tipo requiere, en la modalidad delictiva analizada, reside en el uso indebido de facultades por parte del funcionario, con la precisa finalidad de obtener una resolución que le beneficie al sujeto influyente o a un tercero (sobre el concepto de influencia véase la STS de 10 de marzo de 1998, RJ 1998, 1086).

La segunda de las formas típicas de prevalimiento no se diferencia sustancialmente de la anterior, esta consiste en influir sobre otro funcionario o autoridad prevaliéndose de las relaciones jerárquicas. También en este supuesto la conducta típica únicamente podrá ser llevada a cabo por un funcionario público, si bien, éste deberá ser el superior jerárquico del funcionario que debe adoptar la resolución o bien de otro funcionario (tráfico de influencias en cadena). En estos casos, la acción de influir puede consistir en dar una orden, si se trata del superior jerárquico del funcionario obligado a emitir la resolución, o en hacer uso de su rango superior para incidir en la resolución del que no es inferior jerárquico. En estos casos, se observa que el funcionario obligado a emitir la resolución puede actuar por miedo a futuras represalias o perjuicios, o movido por el interés de obtener en el futuro ciertos favores o un mejor trato del funcionario superior. Con independencia de esta situación, el principio de imparcialidad y objetividad queda conculcado desde el momento en que el funcionario jerárquicamente superior persigue obtener una resolución favorable, utilizando para ello cauces distintos a los legales.

Por último, la influencia también puede llevarse a cabo con prevalimiento de las relaciones personales con el funcionario que debe adoptar la resolución o con otro

funcionario (STS 4 febrero 1997, RJ 1997, 883 y STS 15/2009, de 9 de julio, JUR 2009, 382332). Este supuesto a nuestro parecer, no es equiparable a los anteriores. En primer lugar, por que para abusar de esta clase de relaciones (de parentesco, de amistad, de pertenencia a un mismo partido político o amorosas) no se requiere la condición de funcionario, a diferencia del resto de las acciones tipificadas en el Art. 428 del CP. En segundo lugar, por que el ejercicio de influencias prevaliéndose de esta clase de relaciones, reportará al funcionario que se deja influir una ventaja subjetiva e inmaterial, como puede ser la satisfacción de las relaciones de amistad, de parentesco, obtener favores sexuales o el ascenso en un puesto laboral o político.

Las acciones típicas antes indicadas, deben ir dirigidas a conseguir una resolución que pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para el que influyó sobre el funcionario o para un tercero. Así, a pesar de que el código no requiere la emisión de la resolución ni la efectiva obtención del beneficio, deberá no obstante probarse la concurrencia de ese elemento subjetivo del injusto, esto es, la intención de obtener una resolución que le beneficie a él o a un tercero. Ello implica que la influencia ha de estar enderezada a la consecución, en primer lugar, de una resolución. A diferencia del delito de cohecho, el Art. 428 del CP no emplea el término acto propio del cargo, sino el de resolución. Así, la influencia ha de dirigirse a la obtención de una resolución de carácter decisorio. Aunque en la doctrina, algunos se muestran críticos con la utilización del elemento resolución como GARCÍA ARÁN, pues con la inclusión de este elemento condicionante, se trata de filtrar una amplia gama de conductas delictivas que también procuran obtener beneficios o ventajas por otras vías o formas sin la necesidad de requerir una resolución.<sup>108</sup> Esta inclusión del término resolución, permite excluir del ámbito típico las influencias ejercidas sobre un funcionario, con menor desvalor o que siendo graves pueden ser sancionados a través de la aplicación de otras formas delictivas específicas, así por ejemplo, en el supuesto caso de que un funcionario o particular se prevale de las relaciones de amistad o de pertenencia a un mismo partido político, para conseguir que otro funcionario le revele una información valiosa que no debe ser divulgada, con la intención de hacer uso de ellas y beneficiarse económicamente o conseguir ciertas ventajas para sí o para terceros.

---

<sup>108</sup> Sobre este particular véase a GARCÍA ARÁN, M. "Los delitos de tráfico de influencias en el código penal de 1995", *los delitos contra la Administración Pública en el nuevo código penal*, Sevilla 1996, pp.13-24. La influencia puede dirigirse tanto a la realización de un hecho típico como atípico penalmente.

La influencia, además de dirigirse a la obtención de una resolución, debe perseguir un beneficio económico que se derive directa o indirectamente de ella. De este requisito típico se infiere que la resolución pretendida debe ser idónea objetivamente para producir un beneficio, aunque éste no se derive de ella de forma directa, pues es suficiente con que pueda suponer por ejemplo, el ahorro de unos gastos o pagos necesarios con el fin de obtener una licencia de apertura de un negocio, sin que concurren alguno de los requisitos legales, como la falta de medidas de seguridad, de servicios sanitarios o de insonorización, requeridas por la ley.

Así mismo, nada establece el código penal sobre el carácter conforme o contrario a derecho de la resolución sobre la que se influye. Aunque el establecimiento de la pena y las dificultades probatorias, parecen aconsejar que la resolución que se persigue a través de la influencia, sea ilícita, el Tribunal Supremo se ha mostrado partidario de admitir este delito, también cuando la resolución perseguida es conforme a derecho (vid. Sentencia núm. 9/2003 de 27 de marzo, ARP 2003, 359).

También debemos indicar, que es posible la influencia en cadena, conforme se infiere del tenor del Art. 428 del CP. Esta clase de tráfico de influencias se produce cuando la influencia no se ejerce directamente sobre el funcionario que debe adoptar la resolución, sino sobre otro funcionario, para que éste a su vez influya sobre el funcionario competente para que adopte la resolución perseguida. En estos casos, los funcionarios que ejercieron influencias responderán como autores del delito de tráfico de influencias previsto en el Art. 428 del CP.

Con respecto al delito del Art. 428 del CP, COBO DEL ROSAL manifiesta, que es un delito especial impropio, en el que los sujetos activos, sólo pueden ser los funcionarios públicos o autoridades. La conducta típica en este delito, es la acción de influir, que consiste en 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 un funcionario público o autoridad, respecto de la decisión que debe tomar en un asunto relativo a su cargo abusando de una situación de superioridad.<sup>109</sup> Esta circunstancia debe derivar de una situación de prevalimiento entre el funcionario o autoridad que influye y el funcionario influido, o con otro, al que se le pueda derivar la finalidad pretendida. Por prevalimiento, se entiende en este caso, la utilización por parte del funcionario o

---

<sup>109</sup> Así COBO DEL ROSAL, M. y Otros, *"Derecho penal parte especial"*, 2ª ed. Madrid 2005, pp. 908-912.

autoridad, de una determinada situación de poder como mero instrumento que permite con mayor facilidad, el condicionamiento de una decisión que debe adoptar otro funcionario en el marco de la gestión pública.<sup>110</sup> Dicha situación de poder que informa el prevalimiento debe estar sustentada en el ejercicio de las facultades del cargo, en una relación de jerarquía, o en una relación personal.

La influencia debe dirigirse a la consecución de una resolución que pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico. Para el perfeccionamiento delictivo no es necesario que se produzca la resolución ni que exista beneficio económico, aunque éste juega como criterio de concreción de la pena, agravándola si se da tal beneficio. Es imprescindible por contra, que se manifieste y pruebe la intención por parte del sujeto activo de obtener la resolución y el beneficio para él o para un tercero.

## 2º.- EJERCICIO DE INFLUENCIAS SOBRE FUNCIONARIO PÚBLICO O AUTORIDAD REALIZADO POR PERSONA PARTICULAR.

Con relación a la segunda modalidad de tráfico de influencias previsto en el Art. 429 del CP, se puede afirmar que la conducta típica es prácticamente similar al anterior, en el que los criterios diferenciadores son mínimos como los siguientes: a) el primero y principal delimitador básico del tipo, es la exigencia de que el sujeto activo del delito, sea una persona particular, b) el segundo y como consecuencia del anterior, es el prevalimiento que sólo se funda en la relación personal del sujeto particular, con el funcionario público o autoridad que ha de dictar la resolución o con otro funcionario o autoridad competente, c) el tercero y último afecta a la penalidad, que siendo idéntica la pena privativa de libertad y la multa, excluye sin embargo y coherentemente por la condición del sujeto activo, la pena de inhabilitación. Al igual que en el Art. Anterior se distingue entre si se hubiere obtenido o no el beneficio económico.

En si, esta modalidad de tráfico de influencias tipificado en el Art. 429 del CP, no difiere de la anterior modalidad en cuanto a los elementos sustanciales. Así son aplicables al análisis de este precepto, las consideraciones expuestas con relación a la conducta típica del Art. 428 del CP. Solamente cabe destacar la falta de justificación en la equiparación de sanciones cuando el que influye es un funcionario público o una persona particular.

---

<sup>110</sup> Así refiere MORILLAS CUEVA, L. y PORTILLA CONTRERAS, G. "Los delitos revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias", comentarios a la legislación penal, tomo XVI, Madrid 1994, pp. 231 y ss.

En nuestra opinión, hubiera resultado más adecuado desde el punto de vista político-criminal, diferenciar entre aquellas modalidades que consisten en influir a través del abuso del cargo o de las funciones públicas, que deberían constituir un tipo agravado, y el tráfico de influencias con prevalimiento de una relación personal cometido por una persona particular o por un funcionario, supuesto que debería integrar el tipo básico. En esta modalidad típica del Art. 429, el ejercicio de influencias por las personas particulares mediante prevalimiento, es mucho más ingenioso o sutil que aquella que puede regir entre los funcionarios públicos, y por lo general, está absolutamente ausente el elemento de la coacción, que no tiene lugar en este caso. Es más, el ejercicio de influencias por personas particulares sobre funcionarios o autoridades, habitualmente siempre discurre por los causes de la discrecionalidad o el secretismo para evitar su descubrimiento.

### 3º.- OFRECIMIENTO DE INFLUENCIAS A PERSONAS PARTICULARES.

Esta tercera modalidad de tráfico de influencias previsto en el Art. 430 del CP, es posiblemente la figura penal más compleja y cuestionada por algunos doctrinarios. Sin embargo ésta, es la auténtica figura típica del delito de tráfico de influencias. Se refiere al comportamiento de aquellas personas que se ofrecen a realizar las conductas referidas en los artículos 428 y 429 del CP, solicitando por ello de personas particulares dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o bien aceptando algún ofrecimiento o promesa a cambio de influir posteriormente en un funcionario público o autoridad. Debiéndose considerar también dentro de este delito la demanda o la compra venta de influencias, siendo esta modalidad el más empleado o habitual en la esfera delictiva de los delitos contra la Administración Pública. Este delito se desarrolla en el ámbito privado, siendo el sujeto activo una persona particular, pero también puede ser un funcionario o autoridad si actúa como particular, al margen del cargo que ocupa.

La conducta típica, consiste en solicitar o aceptar alguna clase de remuneración actual o futura para sí o para un tercero, por ofrecer influencias que se dicen tener con determinados funcionarios o autoridades. Es un delito de peligro abstracto, ya que la acción que se castiga es precisamente el ofrecimiento a un tercero, al margen de que si realmente se hace o no uso de esas hipotéticas influencias. Si el ofrecimiento es falso, es decir, si se crea ante un tercero la apariencia irreal de tener influencias o la posibilidad de ejercer ante un funcionario o autoridad, se concretaría un concurso de

normas con el delito de estafa del Art 248, con la aplicación preferente de ésta, en esta modalidad típica no se requiere que se realice la influencia sobre funcionario público o autoridad, por que si así fuese se aplicaría el Art. 429, tampoco ni que se retribuya, entonces entraría en juego el delito de cohecho.

El sujeto al que se dirige la solicitud o que ofrece o promete tiene una doble dimensión, precisamente en atención a la conducta que realiza. Sí es sólo intermediario no tiene responsabilidad. Si ofrece, promete o da, habrá que estar a la posterior actitud del sujeto activo para incluirlo como inductor o cooperador del nuevo delito cometido, que por otra parte, de producirse entrará en concurso con el delito del Art. 430 del CP.

En esta modalidad, como bien señala QUINTERO OLIVAREZ, la primera conducta típica se articula sobre la solicitud de dádivas o presentes como contraprestación al ofrecimiento de un potencial y presunto tráfico de influencias sobre los funcionarios o autoridades. Siendo así, del tenor del Art. 430 del CP se infiere, que no es necesaria la aceptación de la solicitud ni el efectivo uso de las influencias, ni tan siquiera que estas sean efectivamente reales. Por tanto, el delito se consume con la mera solicitud de recompensa, una vez que se ha efectuado el referido ofrecimiento. La segunda modalidad delictiva alude a la aceptación del ofrecimiento de dádivas o promesas. En esta última hipótesis se encuentra implícita una contraprestación pactada, consistente en un hipotético tráfico de influencias.<sup>111</sup>

Se trata de un tipo de conductas mixtas alternativas, en el que se contempla las distintas fases por las que puede atravesar el acuerdo o pacto entre las personas particulares. Así mismo, el tipo penal comentado demanda la concurrencia de un elemento subjetivo del injusto, que es, la finalidad de realizar cualquiera de las conductas tipificadas en los artículos anteriores, esto es, que las dádivas o presentes solicitados o recibidos constituyan una contraprestación por la realización de un potencial tráfico de influencias.

Con relación a la posible participación del sujeto al que se dirige la solicitud de dádivas, presentes o remuneraciones, es preciso indicar que la propia estructura típica, con respecto al tipo de participación necesaria, excluye la posibilidad de que responda

---

<sup>111</sup> *En este sentido QUINTERO OLIVAREZ, G. / MORALES PRATS, F. y Otros, "Comentarios a la parte especial del derecho penal, 9ª edición, Pamplona 2011, pp. 1808-1810. En concreto, esta es la infracción que realmente responde al epígrafe de estos delitos, visto además la pena específica en este caso, se castiga claramente la actuación o la actividad delictiva de los llamados conseguidotes que generalmente son personas particulares y están profesionalmente organizados.*

por este delito el particular intermediario de la indicada solicitud, con independencia de que cual fuere su respuesta. La responsabilidad del que compra la influencia "in fieri" depende de que ulteriormente el destinatario de las dádivas o presentes haga uso efectivo de las mismas. En esos casos responderá como inductor o cooperador del delito de tráfico de influencias del Art. 429 del CP.

Como señala MUÑOZ CONDE, la conducta típica se proyecta sobre la esfera privada. La única relación que muestra con la función pública inicialmente, es la referencia a la misma como objeto de la influencia, el sujeto que ofrece hacer uso de esa influencia puede o no tenerla, puede hacer o no uso de ella, pero en todo caso puede ser responsable si ofrece hacer uso de esa influencia. Lo que se sanciona es la venta de influencias reales o presuntas que se afirman tener con los funcionarios públicos, con el objeto de hacer uso de éstas, para obtener de la Administración Pública unos beneficios o ventajas para el que compra las influencias (sentencia núm. 335/2006, de 24 de marzo, RJ 2006, 2319).

La sanción que corresponde a la persona particular por llevar a cabo esta conducta, es idéntica a aquella que corresponde al que trafica de forma efectiva y real con influencias. Esta injustificada equiparación de conductas cuyo injusto presenta un desvalor cualitativamente diverso, se ve acentuada por la posibilidad de que el órgano jurisdiccional, acuerde además de las penas previstas en el Art. 431.1 del CP, la suspensión o clausura de las actividades de la sociedad, empresa o despachos abiertos al público, se trata de un dislate valorativo y punitivo que vulnera el principio de la proporcionalidad.

## V.- LOS SUJETOS DEL DELITO

En cuanto a los sujetos del delito, antes de hacer un análisis de cada uno de ellos, conviene distinguir entre lo que representa tanto el sujeto activo como el sujeto pasivo.

A.- EN PRIMER LUGAR.- El sujeto activo en el delito de tráfico de influencias es sin duda distinto en cada tipo penal, de modo que se puede resumir de forma concreta, para luego referirnos a cada sujeto, así:

1º- En el tipo penal del Art. 428 del CP, el sujeto activo puede ser únicamente, el funcionario público o autoridad.

2º- En el tipo penal del Art. 429 del CP, el sujeto activo es, una persona particular

3º- En el tipo penal del Art. 430 del CP, el sujeto activo es, una persona particular, pero también puede ser un funcionario o autoridad, si actúa en condición de particular.

Con relación al primero, COBO DEL ROSAL manifiesta, el tipo penal previsto en el Art. 428 del CP, es un delito especial propio, en el que sólo pueden ser considerados como sujetos activos del delito, los funcionarios públicos o autoridades que influyen sobre otro funcionario o autoridad para alterar el proceso motivador de éste, respecto de una decisión que debe tomar en un asunto relativo a su cargo, abusando de una situación de superioridad. Esta circunstancia debe de derivar de una situación de prevalimiento entre el funcionario público o autoridad que influye y el funcionario al que se le intenta influir, o a través de otro que lo pueda derivar a la finalidad pretendida.

Conforme se ha indicado, en este tipo penal solamente pueden ser sujetos activos, aquellos que tengan la condición de funcionario público o autoridad, por lo tanto estamos concretamente ante un delito de carácter especial, donde sólo se castiga la conducta del funcionario que influye, sin embargo no se castiga al funcionario influido, por lo que según la legislación es atípica la conducta del funcionario que se deja influir, de modo que si se da este caso, el funcionario influido podría cometer un delito de prevaricación si se dan los requisitos previstos en el Art. 404 del CP, aunque en este caso podría plantearse un concurso de normas y por esta regla sería de aplicación al funcionario influyente si actúa como autor de inducción y no como autor directo.<sup>112</sup>

El sujeto activo, es el funcionario público en sentido estricto o constituido en autoridad según QUERALT JIMÉNEZ, y señala que entre los sujetos debe existir una relación de hecho o de derecho entre el sujeto activo y el funcionario o autoridad sobre el que se actúa. Esta relación debe estar basada en la situación que se crea por el ejercicio del cargo del sujeto activo en relación con el funcionario que recibe la presión, lo que incluye lógicamente, la relación jerárquica o cualquier otra relación personal entre ambos sujetos.<sup>113</sup>

Con respecto al segundo, el tipo penal configurado en el Art. 429 del CP, sanciona la conducta de las personas particulares que ejercen influencia sobre un funcionario o autoridad. Estamos en este caso ante un delito común, llevado a cabo por un sujeto

---

<sup>112</sup> Así COBO DEL ROSAL, M. y Otros, *"Derecho penal parte especial"*, 2ª ed. Madrid 2005, pp. 908-911.

<sup>113</sup> En este sentido refiere QUERALT JIMÉNEZ, J. *"Derecho penal español parte especial"*, 6ª edición, Barcelona 2010. pp. 1177-1179.

particular que influye en un funcionario público o autoridad, y como es lógico el prevalimiento no se puede fundamentar en el ejercicio de las facultades del cargo, ni en la relación jerárquica, sino que su ámbito de aplicación se limita al prevalimiento de las relaciones personales, entre el sujeto particular y el funcionario o autoridad influidos.

Con relación al delito del Art. 429, denominado también como tráfico de influencias impropio, incrimina el ejercicio de la influencia del particular sobre el funcionario o autoridad. Este tipo constituye la contrafigura típica del delito previsto en el Art. 428, en base a la esencial diferencia, que se sustenta en la ausencia de la cualidad de funcionario público del sujeto activo del delito, por lo que esta figura integra un delito común y no especial.

En la medida en que un particular ejerce la influencia sobre un funcionario público o autoridad, en la doctrina se considera esta figura delictiva como un delito de tráfico de influencias impropio, cometido por un sujeto no cualificado que es el particular, aunque igualmente ubicado entre los delitos contra la Administración Pública, por que con la intervención tendenciosa del sujeto particular, se condiciona el normal funcionamiento de la Administración Pública y la voluntad de actuación de los funcionarios Públicos, que finalmente afecta el interés general de la sociedad.

Conforme se desprende del texto del Art. 429 del CP, el sujeto activo del delito es concretamente, una persona particular, que influye en el funcionario o autoridad, prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal, pudiendo serlo también cualquier funcionario público o autoridad, que actúe como particular y no prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal con el funcionario o autoridad influido.

El tipo penal contenido en el Art. 429 es prácticamente similar al tipo previsto en el Art. 428, con la diferencia de que el sujeto activo del delito es una persona particular o también puede ser un funcionario cuando actúa como particular sin prevalerse de su cualidad de funcionario, de allí que los mínimos criterios diferenciadores como señala COBO DEL ROSAL son los siguientes:

El primero y principal delimitador básico del tipo, es la exigencia de que el sujeto activo sea una persona particular, comprendiéndose también dentro de ésta, a una empresa o persona jurídica.

El segundo y como consecuencia del anterior, el prevalimiento sólo se funda en la

relación personal del sujeto particular, con el funcionario público o autoridad que ha de dictar la resolución o con otro funcionario o autoridad competente.

El tercero y último, afecta a la pena, que siendo idéntica en la pena privativa de libertad y en la multa, excluye sin embargo por la naturaleza del sujeto activo del delito, la pena de inhabilitación como es lógico.

En este sentido afirma QUERALT JIMÉNEZ, que el sujeto activo en este tipo penal es claramente cualquier persona particular, o también un funcionario o autoridad que actúa como sujeto particular ejerciendo influencia sobre otro funcionario. La diferencia con el tipo penal previsto en el Art. 428, radica naturalmente en que los sujetos activos del delito son diversos, y consecuentemente, también la relación en la que se basa el prevalimiento del particular, dicha relación debe ser con el funcionario o autoridad que se influye o haciendo valer sobre estos la relación que les une al sujeto activo con otro funcionario o autoridad y no necesariamente con el funcionario influido.

Con relación al tercero, en el caso concreto del tipo previsto en el Art. 430 del código penal, los sujetos del delito, vienen a ser, tanto aquellos que se ofrecieren a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores, como quienes aceptaren el ofrecimiento o promesa, nos encontramos ante una figura auténticamente típica de tráfico de influencias que se desarrolla en el ámbito privado, como una especie de actos preparatorios que luego son encausados necesariamente a la Administración Pública para perseguir sus objetivos. Los sujetos pueden ser personas particulares, jurídicas y funcionarios o autoridades que actúan como sujetos particulares.

La conducta de los sujetos del delito, consiste en solicitar o aceptar alguna clase de remuneración actual o futura, para sí mismo o para un tercero, por ofrecer influencias que se dicen tener con determinados funcionarios o autoridades, con el objeto final y futuro de obtener beneficios o ventajas para el o los sujetos interesados en conseguir o comprar influencias. Estamos ante un delito abstracto, en el que la acción que se castiga, es precisamente el ofrecimiento de influencias a un tercero, al margen de que se haga o no uso de las influencias ofrecidas.

Las consideraciones que se perciben del contenido del Art. 430 del CP, sobre la actuación o participación de los sujetos que intervienen en los actos preparatorios de este delito, vienen a ser la antesala o el origen de los otros tipos penales previstos en los artículos 428 y 429 del CP, con la diferencia de que estos actos primarios se

realizan en el ámbito privado, en la que pueden intervenir ya sea personas particulares, jurídicas o funcionarios que actúan como particulares sin hacer uso de las facultades del cargo. De modo que estos tienen la consideración de sujetos activos, el problema o la dificultad estriba en la identificación del sujeto pasivo del delito en el caso concreto del Art. 430, figura auténticamente típica del delito de tráfico de influencias, sancionado por el legislador merecidamente como un delito autónomo, que se sustenta en la defensa del “interés general de la sociedad” como un bien común, cuya protección le corresponde al Estado, por ser la comunidad quién sufre en última instancia el ataque de sus derechos y libertades. Si bien este delito se inicia y se realiza en el ámbito privado, pero su propósito y proyección delictiva va dirigida a la Administración Pública con el objeto de conseguir beneficios o ventajas patrimoniales para los sujetos activos que trafican estratégica y profesionalmente con influencias, ya que el *modus operandi* en la actualidad ha evolucionado superando con creces las previsiones legales, conforme nos demuestra la actualidad delictiva del país. A pesar de ello, gran parte de la doctrina todavía se muestra contrario al espíritu legislativo de esta norma penal y se limitan a cuestionar con argumentos fáciles que se justifican en la inaplicabilidad de la norma, o la falta de protección de bien jurídico alguno.

Se aprecia claramente en la configuración penal del Art. 430, que el sujeto activo del delito puede ser tanto una persona particular, una persona jurídica o el funcionario o autoridad que no actúa en el ejercicio de su cargo. De modo que, como manifiesta QUINTERO OLIVAREZ, la primera conducta típica del sujeto activo, se articula sobre la solicitud de dádivas, presentes o cualquier remuneración, como una contraprestación al ofrecimiento de un presunto tráfico de influencias sobre un funcionario o autoridad.<sup>114</sup>

Tal es así, del tenor del Art. 430 se desprende que, no es necesaria la aceptación de la solicitud, ni el efectivo uso de las influencias, ni tan siquiera que estas sean realmente ciertas. Por tanto el delito se consuma con la mera solicitud de recompensa, una vez que se haya efectuado el referido ofrecimiento por parte del sujeto activo del delito. La segunda modalidad delictiva alude a la aceptación del ofrecimiento de dádivas, promesas o cualquier otra remuneración, en el hipotético caso de una efectiva

---

<sup>114</sup> *En este sentido QUINTERO OLIVAREZ, G. / MORALES PRATS, F. y Otros, “Comentarios a la parte especial del derecho penal, 9ª edición, Pamplona 2011, pp. 1808-1810. La sanción que corresponde al particular por llevar a cabo esta conducta es similar a aquella que corresponde al que trafica de forma efectiva y real con influencias, de forma que esta injustificada equiparación de conductas cuyo injusto presenta un desvalor cualitativamente diverso, no es comparable.*

contraprestación a cambio de ejercer influencia en funcionario o autoridad.

En esta misma línea refiere QUERALT JIMÉNEZ, que el sujeto activo puede serlo cualquiera, es decir, persona particular, jurídica o funcionario o autoridad que actúa en calidad de particular, cuya acción consiste en solicitar o aceptar de terceros contraprestaciones económicas o su promesa por ejercer influencias sobre autoridad o funcionario que debe resolver un determinado asunto. Poco importa que el sujeto oferente o aceptante vaya a ejercer tal influencia o que pueda ejercer como lo desea. Lo que se castiga no es la influencia, sino el alarde de ejercerla, estamos ante un delito de mera actividad que se consuma con el ofrecimiento de los servicios o con la aceptación de la contraprestación, no requiere que ésta sea efectivamente entregada, ni que se ejerza influencia alguna

Por su parte señala CONDE MUÑOZ, que en esta modalidad típica el sujeto activo sólo puede ser el particular o el funcionario o autoridad que no actúa en el ejercicio de su función, que ofrece hacer uso de la influencia a cambio de una dádiva, presente o remuneración, siendo la nota característica de estas conductas delictivas, tanto el ofrecimiento de hacer uso de la influencia, como el de solicitar o aceptar por ello una contraprestación económica.<sup>115</sup>

A diferencia de lo que sucede en los artículos 428 y 429 del CP, la conducta que aquí se tipifica nada tiene que ver directamente con el ejercicio de la función pública, tanto el sujeto activo, como la persona a quién se dirige el ofrecimiento de la influencia, son personas particulares y la esfera en el que se realiza este delito, es el ámbito privado. La relación que existe con la función pública en la fase inicial del delito, es la referencia a la misma como objeto de la influencia. El sujeto que ofrece hacer uso de esa influencia puede o no tenerla, puede llegar a hacer uso o no de ella, pero en todo caso es responsable si ofrece hacer uso de esa influencia (real o presunta), estamos ante una conducta punible tipificado en el Art. 430 que se consuma con el simple ofrecimiento de hacer uso de influencias cerca de las autoridades o funcionarios, siempre y cuando se solicite o se acepte de un tercero, dádivas, presentes o cualquier otra remuneración económica.

El ofrecimiento de la utilización de la influencia funcional por parte del sujeto activo, constituye un medio ejecutivo de las conductas de solicitud o de aceptación, en

---

<sup>115</sup> Así, CONDE MUÑOZ, F. *“Derecho penal parte especial”*, 19ª edición, Valencia 2013, pp. 958-961.

el cual los elementos del acto típico descrito en la figura legal, han de concurrir en una relación típica ocasional y no necesariamente causal entre los sujetos particulares, dicha relación puede comprender a familiares, amistades o personas que tengan vínculos personales con funcionarios o autoridades, o se encuentren próximo a la Administración Pública, como es el caso de las grandes empresas, organizaciones o personas con poder económico.

En cuanto a la autoría y participación del sujeto activo en los delitos de tráfico de influencias, el Art. 428 configura un delito especial, el Art. 429 un delito común, y el Art. 430 acumula la doble caracterización, al tipificar conductas que son realmente actos preparatorios de cada uno de los delitos anteriores, que ha sido elevado a la categoría de delito autónomo por el legislador. Nada de ello plantea especial problema, a la vista de la jurisprudencia que admite la participación de las personas particulares en los delitos especiales. Además, la Ley 5/2010 ha modificado el segundo párrafo del precepto analizado para recoger en él, la posible responsabilidad de las personas jurídicas. De este modo se habilita a las empresas, sociedades, etc. que influyan o intenten influir en los funcionarios para que adopten decisiones que les favorezcan, y también a aquellas empresas o entidades que funcionan como intermediarios entre la Administración Pública y las empresas, ofertando influencias reales o presuntas.

B.- EN SEGUNDO LUGAR.- Con respecto a la determinación del sujeto pasivo en el delito de tráfico de influencias, conviene indicar que tanto en la doctrina mayoritaria, como en la jurisprudencia, aún no se han planteado argumentos jurídico-doctrinarios para definir concretamente al sujeto pasivo en el delito de tráfico de influencias, lo que ha dado lugar a una incertidumbre jurídica y una dispersión de criterios en la definición del sujeto pasivo en cada uno de los tipos penales que integra este delito.

Sin embargo, debemos destacar la aportación importante de algunos doctrinarios entre ellos de QUERALT JIMÉNEZ, quién sostiene categóricamente que, el sujeto pasivo en el delito de tráfico de influencias es “la comunidad”, es decir la colectividad en general, porque es ella la que sufre el ataque, o ha quién le afecta en última instancia el menoscabo de sus derechos y oportunidades.<sup>116</sup> Cualquier ataque al

---

<sup>116</sup> Conforme sostiene así QUERALT JIMÉNEZ, J. “Derecho penal parte especial”, 6ª edición, Barcelona 2010, pp. 1177-1181. El funcionario o autoridad sobre el que se ejerce la influencia, puede ser sujeto pasivo o denunciante de estos delitos, pero también puede llegar a ser sujeto activo, sin que la influencia y el prevalimiento tengan que incidir necesariamente en la disminución de su responsabilidad, habría en estos casos una estructura similar a la de inducción, pero no de autoría mediata.

interés común, implica un ataque a la colectividad que es el titular legítimo del interés general y el Estado es quién debe brindarle toda clase de protección y servicios a través de la Administración Pública. En consecuencia, se entiende que el sujeto pasivo en los tipos penales del Art. 428, 429 y 430 del CP es concretamente “la colectividad en general”, como titular del interés general. Aunque puede darse el caso, cuando se trate de los artículos 428 y 429, excepcionalmente el sujeto pasivo del delito, podría ser hasta cierto punto el funcionario presionado, cuando es objeto de una presión o influencia con abuso de superioridad, que sobre él ejerce un superior, para doblegar su voluntad y obligarle a tomar una decisión forzada.

En esta línea afirma MUÑOZ CONDE, con algunas matizaciones en el supuesto de un caso concreto, el funcionario o autoridad sobre el que se ejerce la influencia “puede ser” sujeto pasivo e incluso puede convertirse en denunciante de estos delitos, cuando una presión o influencia inculca su rectitud y profesionalidad, pero también en otros casos, puede llegar a ser sujeto activo de un delito de prevaricación, malversación de caudales públicos o cualquier otro delito, sin que la influencia y el prevalimiento tengan que incidir necesariamente en la disminución de su responsabilidad, en estos casos se estaría dando una estructura similar a la de inducción, pero no la de autoría mediata. Además de estos casos referidos, se podrían dar una variedad de supuestos con respecto al rol que juega el funcionario público en el desempeño de sus funciones, donde no solamente puede llegar a ser el objeto del delito, sino también puede convertirse en sujeto pasivo o activo del delito en ciertos casos, pero normalmente el sujeto pasivo en el delito de tráfico de influencias, es la comunidad como legítimo titular del interés general, y que con la vulneración de las normas y reglas de actuación en la función pública por parte de funcionarios en su afán de conseguir beneficios extras o ventajas, afectan al interés general del cual es titular precisamente la comunidad.

En concordancia con lo expuesto, creo que la especialidad de estos delitos se encuentra en que su titular no es ningún ciudadano particular, sino el conjunto de la colectividad, es decir la comunidad, en la medida en que la Administración Pública está orientada a proteger y satisfacer los intereses públicos. El problema se encuentra en la defensa de los intereses difusos, puesto que, como se ha observado, la falta de un sujeto pasivo específico ha contribuido a incrementar estos delitos que no se pueden denunciar debido a la defectuosa configuración del delito de tráfico de influencias.

Sin embargo, debemos indicar que los acontecimientos delictivos que se vienen descubriendo de forma habitual y sistemática en todos los niveles de la Administración Pública, nos demuestran claramente la situación y la evolución de las conductas delictivas funcionariales, en la que se constata realmente que los propios funcionarios públicos, son los protagonistas principales que realizan y participan activamente en las operaciones o tramas delictivas, y por tanto, no son sujetos pasivos como sostiene un sector de la doctrina, sino sujetos activos y necesarios que canalizan las operaciones delictivas por influencias o intereses espurios.

En estos tipos penales resulta especialmente relevante, la distinción conceptual entre sujeto pasivo y el objeto de la acción, puesto que no coinciden en el mismo sujeto a la vez, debiendo distinguirse el segundo del primero. Ello es consecuencia, de que siendo el bien jurídico de carácter colectivo, “el funcionario público influido no se considera sujeto pasivo”. De modo que no tiene la legitimación legal ni procesal para interponer una querrela. En cambio, será considerado objeto de la acción, en tanto que sobre él recae la acción típica que deriva en el desvalor del resultado. De este modo se debe entender que el funcionario público además de ser el objeto de la acción delictiva del sujeto activo, se convierte en un medio o en el eje fundamental para canalizar la realización de todos los actos necesarios de la trama, con la finalidad de conseguir los objetivos que se persiguen y en esta secuencia influencia-medio-fin, el funcionario público presta necesariamente su contribución al aceptar y decidir voluntariamente participar en la operación que le plantea el funcionario influyente, ya sea por razones del cargo, por situaciones derivadas de su relación personal o jerárquica, o por ser parte de la trama y beneficiario indirecto, como viene sucediendo en la tramas de corrupción que últimamente se vienen descubriendo en las distintas instancias de la Administración Pública. Por ello, el funcionario público no puede ser considerado como sujeto pasivo del delito, si acaso puede ser objeto del delito y un medio para alcanzar el fin perseguido. Últimamente las formas tradicionales de ejercer influencias han evolucionado de sobre manera como resultado de las constantes prácticas delictivas en la órbita de la Administración Pública. Actualmente para el ejercicio de influencias en un funcionario público o autoridad ya no se utiliza la presión, el chantaje, el abuso de autoridad, la intimidación o fuerza moral. Estos métodos han cambiado, hoy en día para ejercer influencias se recurren a medios o comportamientos diplomáticos, a los pactos,

los acuerdos, el intercambio de favores, la participación en beneficios, etc., para así mantener el secreto de la operación y evitar su descubrimiento.

## VI.- EL TIPO SUBJETIVO DEL DELITO

En cuanto al elemento subjetivo de la conducta típica en el delito de tráfico de influencias, estamos francamente ante un delito doloso, que es cometido intencional y estratégicamente, tanto por los funcionarios públicos como por los particulares, con el ánimo espurio de conseguir beneficios o ventajas de la Administración Pública. Como bien señala COBO DEL ROSAL, es un delito doloso, no sólo porque el legislador, razonablemente no ha tipificado de forma expresa la imprudencia, sino porque la estructura delictiva de este delito es intrínsecamente dolosa. Ya que la exigencia de la utilización del prevalimiento para condicionar la voluntad del funcionario o autoridad, con el ánimo de obtener un beneficio económico para sí, o para un tercero, excluye cualquier otra posibilidad que no sea el dolo directo. Por lo tanto, no es admisible la imprudencia, ni el dolo eventual. De modo que, el dolo requiere el conocimiento por parte del sujeto activo, del posible uso del prevalimiento y la voluntad de ejercer tal predominio, que dado el carácter intencional del delito se presentan como evidentes.<sup>117</sup>

Con relación a la conducta típica del Art. 428 del CP, tratándose de funcionarios o autoridades, estamos ante un delito doloso, por cuanto la acción de la influencia es una conducta deseada, y por tanto la actuación del funcionario público está debidamente planificada y organizada a priori, con la finalidad de obtener ciertos beneficios o ventajas para sí, o para un tercero, prevaliéndose de las facultades del cargo o de cualquier otra situación derivada de la relación personal o jerárquica existente con otro funcionario o autoridad.

De igual modo, tratándose de la conducta del Art. 429 del CP que es similar a la del Art. 430 del CP, también nos encontramos ante un delito doloso que es cometido intencional y premeditadamente por los particulares, con el mismo ánimo de conseguir beneficios económicos o ventajas de la Administración Pública. En el primer caso, la influencia del sujeto activo se ampara en el prevalimiento que deriva de la relación personal con el funcionario o autoridad sobre el que influye, de manera que esta

---

<sup>117</sup> Así COBO DEL ROSAL, M. y Otros, *"Derecho penal parte especial"*, 2ª ed. Madrid 2005, pp. 909-912.

situación favorable al particular, es propicia para persuadir intencionalmente en la conducta del funcionario, a sabiendas de su ilicitud, con el propósito premeditado de obtener de la Administración Pública un beneficio de forma directa o indirecta.

En estos casos, no es posible como sostiene QUERALT JIMÉNEZ, tampoco es admisible ninguna causa de justificación, por más que se trate de excusar en ciertas costumbres o recomendaciones entre funcionarios. Se trata de un delito claramente doloso, porque su estructura y planteamiento político-criminal así lo determina, donde el sujeto activo del delito actúa intencional y deliberadamente aprovechándose de las facultades del cargo o de sus relaciones personales o jerárquicas, con la finalidad de conseguir un beneficio para sí o para un tercero.<sup>118</sup>

En esta misma línea MUÑOZ CONDE afirma, que en la comisión del delito de tráfico de influencias ya sea por funcionarios o por particulares, se requiere naturalmente la existencia del dolo, ya que la imprudencia es incompatible con las expresiones “influir” y “prevalimiento”, que caracterizan estos delitos, y que además el ánimo de conseguir un beneficio económico o cualquier otra ventaja para sí, o para un tercero, va implícito en el dolo. En el supuesto de que el sujeto activo de la influencia sea un particular, es suficiente que el prevalimiento se derive de la relación personal con el funcionario o autoridad sobre el que se influye, de manera que esta situación favorable al particular, es idónea para persuadir intencionalmente en la conducta del funcionario, a sabiendas de su ilicitud, con el propósito premeditado de obtener de la Administración Pública un determinado beneficio o ventaja, de forma directa o indirecta, para sí, para un familiar, o para una empresa o persona jurídica del cual es parte o tiene interés directo.<sup>119</sup>

De forma similar afirman, SERRANO GÓMEZ Y SERRANO MAILLO, que en esta figura penal de tráfico de influencias, solo caben las conductas dolosas, porque así se deduce del término “influyere”, precisamente porque se lleva a cabo aprovechando la situación especial de “prevalimiento” del cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica.<sup>120</sup> Al respecto ZUGALDIA ESPINAR refiere, que lo característico de la conducta dolosa, es la actuación voluntaria con conocimiento de causa de los elementos del tipo, sin exigencia de ningún requisito adicional de carácter

---

<sup>118</sup> En este sentido, véase también a QUERALT JIMÉNEZ, J. “Derecho penal español parte especial”, 6ª edición, Barcelona 2010, pp. 1179-1181.

<sup>119</sup> Igualmente, MUÑOZ CONDE, F. “Derecho penal parte especial”, 19ª edición, Valencia 2013, p. 958.

<sup>120</sup> De igual parecer SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAILLO, A. “Derecho penal parte especial”, 16ª edición, Madrid 2011, pp. 842-845.

volitivo respecto al resultado. Sostiene que el elemento común y definidor de todas las conductas dolosas frente a la imprudencia es el “conocimiento”, de manera que es decisivo el hecho del conocimiento en la delimitación entre la conducta dolosa y la imprudente, en la conducta dolosa el sujeto actúa con dolo de forma voluntaria, con conocimiento del acto concreto que pretende realizar, en cambio en la conducta imprudente actúa sin la representación del peligro de su acción, o se lo representa, pero por un error de apreciación en los hechos, no considera un peligro concreto.<sup>121</sup>

En este sentido, siendo evidente la presencia de la intencionalidad en la actuación de los funcionarios y particulares con el ánimo de querer obtener ciertos beneficios a través de acciones premeditadas, se confirma que en dicha conducta va implícito el dolo. En esta línea, en coherencia con las opiniones anteriores LAMARCA PÉREZ manifiesta, los delitos de tráfico de influencias se sancionan sólo en su modalidad dolosa, siendo imposible la punición de la forma imprudente, por la inexistencia de un tipo específico que así se prevea concretamente en la ley. Además los tipos que están previstos en los Artículos 428 y 429 del CP, contienen expresas referencias a las finalidades específicas que se persiguen con la realización de la conducta típica, lo que excluye también la comisión del ilícito penal con dolo eventual.<sup>122</sup>

Manteniendo esta línea CUGAT MAURI por su parte afirma, que en el delito de tráfico de influencias sólo se ha previsto la forma dolosa en la comisión de este delito, considerando de manera especial el requisito de la influencia con prevalimiento, además del móvil del lucro, que se desprende de la exigencia del beneficio económico que se persigue.<sup>123</sup> En este sentido la doctrina unánimemente coincide en afirmar la evidencia indiscutible del carácter doloso en la comisión del delito de tráfico de influencias, que queda consolidado en el código penal vigente, en el que no se prevé acertadamente la modalidad imprudente, ya que estas son impunes conforme dispone el Art.12 del CP, que “las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley”. La inadmisibilidad de la imprudencia, además deriva

---

<sup>121</sup> Sobre este aspecto véase a ZUGALDIA ESPINAR, J. y Otros, “Derecho penal parte general”, la teoría jurídica del delito, 2ª edición, Valencia 2004, pp. 374-390.

<sup>122</sup> En el mismo sentido, LAMARCA PÉREZ, C. y Otros, “Delitos y faltas”, la parte especial del derecho penal, 2ª edición, Madrid 3013, pp. 726-728.

<sup>123</sup> Así también, CUGAT MAURI, M. “La desviación del interés general y el tráfico de influencias”, Cedecs, Barcelona 1997, pp. 233-235. El elemento subjetivo debe abarcar el conocimiento y la voluntad de obtención de la resolución, que afecte a la imparcialidad de la función pública, siendo indiferente que exista o no, correspondencia entre la resolución que se pensaba obtener y la realmente obtenida.

de la propia estructura de la conducta, que se fundamenta en la opción legislativa específica de disminuir relevancia penal a las conductas imprudentes contra la Administración Pública.

Como se aprecia en el código penal, se ha optado por el carácter doloso en la comisión del delito de tráfico de influencias, habiendo excluido la forma imprudente, además se considera que en la comisión del tipo básico se llega a aceptar una modalidad de delito de resultado cortado, en la que el elemento subjetivo adquiere especial relevancia. El tipo básico como se ha señalado, se consume con el mero ejercicio de influencia dirigido a obtener una resolución capaz de generar un beneficio económico, en la que no se exige la obtención del beneficio, ni la misma resolución.

Por consiguiente, confirmado el carácter doloso en el delito de tráfico de influencias, es preciso señalar sobre que elementos se debe desplegar el contenido del dolo, es decir, el conocimiento y la voluntad del sujeto activo. En efecto, se llega a deducir que el dolo debe abarcar concretamente el elemento de la influencia, el del prevalimiento, la resolución y el beneficio económico, como resultado del delito. Siendo así, no se pueden plantear dudas en cuanto a los requisitos de este elemento subjetivo, es decir que no se ven especiales dificultades en relación con los elementos de la influencia y el prevalimiento. En cambio si se presentan mayores problemas con respecto a la prueba del dolo, con relación al elemento de la resolución y el beneficio económico, que al no depender por completo de la voluntad del funcionario que influye, puede tener una entidad distinta a la deseada inicialmente, por ello se deben establecer los criterios concretos que permitan imputar objetiva y subjetivamente la conducta del sujeto con respecto a los elementos de la resolución y el beneficio.

En cuanto al contenido de la resolución, esta puede ser en el sentido que persigue el funcionario influyente, o puede ocurrir que sea distinta de la que esperaba el sujeto activo, pero aún tratándose de una resolución distinta de la que se proyectaba, se podrá considerar que está abarcada por el dolo, en la medida en que el elemento subjetivo cumpla los criterios de imputación subjetiva. Es decir, se conozca y tenga la voluntad de realizar la acción idónea para la consecución de la resolución, así mismo se conozca y se desee realizar la acción que incrementa el riesgo de producción del resultado y finalmente se conozca y actúe a sabiendas de que dicha acción atenta contra los más elementales principios de la actuación administrativa y vulnera el fin

protector de la norma, afectando el valor constitucional de la imparcialidad que siempre se debe observar en la función pública. En consecuencia el funcionario público o autoridad que actúa con pleno conocimiento de los actos que realiza, deseando o con el propósito de obtener una resolución desviada a través del ejercicio de la influencia, la que se obtenga estará abarcado por el dolo en lo esencial, aunque no se corresponda con los planes iniciales o pretendidos.

## VII.- LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

La Ley 5/2010, de 22 de junio, de Reforma del CP, introdujo una nueva regulación sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la comisión del delito de tráfico de influencias, en el Art. 430 párrafos segundo y tercero del CP. De esta forma se habilita una sanción penal para la empresa, sociedad, organización, asociación o fundación (por entonces con excepción de los partidos políticos), que influyan o intenten influir en la Administración Pública, para la resolución de un asunto o para que adopten decisiones que le favorezcan, así como también, para aquellas empresas u organizaciones que funcionan como intermediarios entre la Administración Pública y las empresas o los particulares, tanto ofertando o demandando influencias o aceptando contraprestación económica, con el objeto de influir en funcionario o autoridad.

En este sentido, con relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el Art. 430, en su párrafo segundo y tercero dispuso lo siguiente:

“Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este código una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este capítulo, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años”.

“Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”. Esto significa, que además de la pena de multa de seis meses a dos años, se podrá imponer a las personas jurídicas otras penas accesorias, como la suspensión de sus actividades y la clausura de sus locales y establecimientos, por el tiempo de seis meses a tres años.

Así mismo, será de aplicación lo dispuesto por el Art. 431 que dice: “En todos los casos previstos en este capítulo y en el anterior, las dádivas, presentes o regalos

caerán en decomiso”. Este precepto dispone el decomiso de las dádivas, presentes o regalos, entregados por el particular o la empresa en todos los supuestos de tráfico de influencias y cohecho. Como es evidente el código penal ha hecho extensivo el decomiso a los delitos de tráfico de influencias. No obstante, aquél únicamente podrá llevarse a cabo en los supuestos de tráfico de influencias del Art 430 y en todas las modalidades del delito de cohecho de los Artículos 419 y siguientes, siempre y cuando la contraprestación o la ventaja se hubieran hecho efectivas, y esta fuera decomisible. Podrán ser también objeto de decomiso aquellas ganancias procedentes del delito, que son distintas de la ventaja o remuneración objeto del delito de cohecho.

En los delitos de tráfico de influencias pueden ser de aplicación todas aquellas situaciones eximentes previstas en el Art. 20 del CP, siempre y cuando se cumplan sus propios requisitos. Igualmente se pueden aplicar las circunstancias atenuantes y agravantes previstas en el código, excepto aquellos que son propios de otros delitos, por ejemplo la alevosía que es propio de los delitos contra las personas (Art. 22.1).

Con relación al concurso de delitos, se debe observar que las conductas que se sancionan en los delitos de tráfico de influencias, son similares o afines a aquellas conductas que son objeto de los delitos de cohecho o de prevaricación. Así por ejemplo, si la resolución que se pretende obtener de la autoridad o funcionario, es delictiva o arbitraria, se estará en presencia de un concurso de leyes, entre un delito de tráfico de influencias y otro de prevaricación. Este concurso de delitos se resuelve con la aplicación del principio de alternatividad, y conforme a las previsiones del Art. 8.4 del código, dando preferencia a la aplicación de la norma que sancione más gravemente los hechos, es decir, se aplicará la norma que establezca la pena más grave para la acción punible. En la actuación delictiva de las personas jurídicas y de los particulares, se puede dar la concurrencia objetiva de una pluralidad de delitos, así como también puede dar origen a otros delitos. Por ejemplo puede concurrir con el delito de cohecho, estafa, prevaricación, malversación de fondos públicos, revelación de secretos, etc., debido a que la realización del delito de tráfico de influencias, se lleva a cabo en una órbita pluridimensional y pluripersonal como característica peculiar.<sup>124</sup>

---

<sup>124</sup> En este sentido refiere ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. “La reforma de 2010 del código penal”, *Eunomia, Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 1, Madrid 2011, pp. 75-84. Las conductas que se sancionan en el delito de tráfico de influencias son muy afines a los que son del delito de cohecho y prevaricación, de modo que, si la resolución que se pretende obtener del funcionario o autoridad es delictiva o arbitraria, se estará en presencia de un concurso de leyes, en la que puede darse también un concurso de sujetos.

Sin embargo, los cambios y la evolución legislativa que últimamente se viene produciendo en el gobierno del Partido Popular, con respecto a la corrupción, nos alcanza una importante modificación legislativa sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con respecto a un catálogo cerrado de delitos, entre los que se encuentra el delito de tráfico de influencias. De modo que, nos referimos a ello:

El pasado 1 de julio de 2015, entró en vigor la nueva Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que modifica la reforma del código penal operada por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, con esta última reforma del código penal se viene a precisar y clarificar el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. En efecto, a partir de la LO 1/2015, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

1º.- De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando de forma individual o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma (Art. 31. bis 1. a).

2º.- De los delitos en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, hubieren realizado los hechos, por haberse incumplido por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de las actividades, atendidas las circunstancias concretas del caso (Art. 31. bis 1. b).

No obstante, se mantiene igual la exención de la responsabilidad penal para las personas jurídicas públicas, es decir, para el Estado, las administraciones territoriales organismos reguladores, agencias y entidades públicas empresariales, organizaciones internacionales de derecho público, etc. y se suprime la exención para las sociedades mercantiles estatales que ahora podrán ser responsables penalmente.

Sin embargo, con la entrada en vigor de la nueva LO 1/2015, además del catálogo de delitos que establece la ley, que ahora son 22 entre los que se encuentra el tráfico de influencias, por los cuales son responsables penalmente las personas jurídicas, también podrán ser responsables de una nueva serie de delitos, que hasta ahora no se les podía considerar como autores. Siendo estos nuevos delitos los siguientes:

1.- Art. 258 ter del CP: Frustración de la ejecución.

2.- Art. 304 bis 5 del CP: Financiación ilegal de partidos políticos.

3.- Art. 366 del CP: Delitos contra la salud pública en la modalidad de práctica ilícita con medicamentos, productos sanitarios y adulteración de alimentos y aguas potables.

4.- Art. 510 bis del CP: Incitación al odio y la violencia.

Así mismo, una de las reformas más importantes implementadas por la LO 1/2015, es la aplicación de las causas de exención de responsabilidad penal para las personas jurídicas, si estas han diseñado e implementado un programa eficaz de prevención de delitos. Nos parece que esta premeditada implementación sobre la exención de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es una salida o vía de escape para justificar la responsabilidad penal y evitar las penas establecidas en el CP, como un recurso de bloqueo del cual podrán valerse las personas jurídicas, como dice el argot popular, hecho la ley hecho la trampa. Los requisitos aplicables para la excepción de responsabilidad penal de las personas jurídicas, son los siguientes:

i).- Que el órgano de administración, antes de la comisión del delito, haya adoptado y ejecutado con eficacia modelos de organización y gestión que incluyan medidas de vigilancia para prevenir delitos de esta naturaleza.

ii).- Que un órgano de la persona jurídica, con poderes autónomos de iniciativa y control, supervise el funcionamiento y cumplimiento del modelo de prevención.

iii).- Que el autor individual perteneciente a la persona jurídica, haya cometido el delito eludiendo fraudulentamente el programa de prevención.

iiii).- Que el órgano de supervisión, no haya omitido su función de vigilancia y control.

Con respecto, al establecimiento de penas por la responsabilidad penal de las personas jurídicas, éstas se encuentran previstas en el Art, 33.7 del CP y tienen la consideración de graves, que son aplicables de acuerdo a la naturaleza del delito y el beneficio obtenido. En efecto, las penas aplicables a las personas jurídicas son los siguientes:

Multa por cuotas o proporcional.

Disolución de la persona jurídica.

Suspensión de sus actividades.

Clausura de sus locales y establecimientos.

Prohibición de realizar actividades en el futuro

Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas.

Intervención judicial en la administración de la persona jurídica.

La pena de multa se establece como pena principal obligada, para todos los delitos previstos expresamente en el catálogo, el resto de penas se aplicarán con carácter potestativo de acuerdo a la naturaleza del delito cometido por la persona jurídica, y concretamente tratándose del delito de tráfico de influencias por influir en funcionario público o autoridad, la pena principal aplicable a las personas jurídicas es la prevista en el Art. 430, Párrafo segundo y tercero del CP. La pena es: Multa de seis meses a dos años, sin perjuicio de la aplicación potestativa de las otras penas previstas en el Art. 33. 7 del CP, así como lo dispuesto en el Art. 431 del CP, las dádivas, presentes o regalos caerán en decomiso. De modo que, la exposición efectuada sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas de forma general en el contexto del catálogo de delitos que la ley establece, entre los que se encuentra el delito de tráfico de influencias, de conformidad con lo dispuesto por la LO 1/2015, nos permite valorar y precisar el grado de participación y el rol determinante que desempeñan las personas jurídicas en el orden económico y social del país y especialmente el nivel de ingerencia que han desarrollado durante las últimas décadas en la actividad pública del Estado, las Comunidades Autónomas y Gobiernos Locales, que dio lugar a una serie de iniciativas legislativas, ya que la responsabilidad penal de las personas jurídicas, llegó a convertirse en un tema de debate abierto en el derecho penal y en la Unión Europea, que haciéndose eco de esta preocupación general alcanzó dos recomendaciones al respecto, como la Rec. (88)12, sobre la criminalidad económica y la Rec. (88)18, sobre la responsabilidad penal de la empresa. Precisamente entre las novedades más destacadas en ese entonces, fue la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del código penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Que recientemente fue modificada por la nueva Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como hemos explicado anteriormente.

#### VIII.- ESTUDIO COMPARATIVO DE LA SANCIÓN PENAL DEL TRÁFICO DE INFLUENCIAS

La sanción penal que el código penal prevé para los delitos de tráfico de influencias, se encuentran concretamente en los artículos 428, 429 y 430 del CP, que no han

variado con la reciente LO 1/2015, de 30 de marzo, que introdujo ligeras modificaciones solamente con respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. De modo que, las penas previstas para cada tipo penal son:

En el caso del Art. 428 del CP, tratándose de funcionarios o autoridades, las penas a imponer son: Prisión de seis meses a dos años, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. Si obtuviese el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior.

En el caso del Art. 429 del CP, tratándose de personas particulares, las penas a imponer son: Prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido. Si obtuviere el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior.

Y en el caso del Art. 430 del CP, tratándose de personas particulares, la pena es: Prisión de seis meses a un año.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el Art. 31 bis del CP, una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este capítulo, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años.

Además, atendidas las reglas establecidas en el Art. 66 bis, los jueces o tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 del código penal, que pueden consistir en: Disolución de la persona jurídica, suspensión de sus actividades, clausura de sus locales y establecimientos, prohibición de realizar actividades, inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas y la intervención judicial. Además, conforme establece el Art. 431 del CP, las dádivas, presentes y regalos, caerán en decomiso.

Con respecto al carácter procesal de estos delitos, el procedimiento se encuentra claramente establecido en el Art. 1.2.h) de la Ley Orgánica 5/1995, del Tribunal del Jurado, siendo este Tribunal el competente para el conocimiento y fallo de las causas que se sigan por los delitos de tráfico de influencias tipificados en los artículos 428, 429 y 430 del código penal.

No obstante, es preciso indicar que, con respecto a las penas que establece el código penal para el delito de tráfico de influencias, y las dificultades que implica su aplicación, éstas resultan demasiado generosas o ínfimas para los autores de estos

delitos, que no se corresponden de ninguna manera con la gravedad y la realidad delictiva que constantemente se vienen descubriendo y denunciando ante el órgano jurisdiccional, generando indignación y alarma social en la colectividad.<sup>125</sup>

Por ello, estamos convencidos de que el delito de tráfico de influencias, es una de las formas sistematizadas de corrupción, que está arraigada en la actividad pública, que fue siempre y seguirá siendo una práctica habitual y el medio adecuado de los particulares y funcionarios públicos para obtener beneficios económicos o ventajas de la Administración Pública, mientras no se dote de una efectiva legislación penal que establezca penas severas y proporcionales a la gravedad de las conductas delictivas, como respuesta a la expansión incontenible de estos delitos. Y por supuesto, en coherencia con los adelantos legislativos que se han alcanzado sobre este particular, en otros Estados. Tomando como referencia aquellas legislaciones internacionales que han avanzado considerablemente en este campo, donde se han tomado verdaderas decisiones políticas y legislativas para eliminar estos delitos contra la Administración Pública, estableciendo penas graves y efectivas para el caso del delito de tráfico de influencias, siendo la pena principal, la pena de prisión de cuatro a diez años de prisión, además de otras penas accesorias, como la pena de inhabilitación especial perpetua para ejercer cargo o empleo, con una variación relativa de las penas de un país a otro, como sucede en la legislación penal de algunos Estados como, Argentina, Francia, Alemania, Italia, Portugal, Perú y otros, que se han tomado en serio y con determinación sus políticas de prevención y lucha contra la corrupción y otros delitos contra la Administración Pública. Como ejemplo conviene citar algunas legislaciones que han avanzado notablemente en el caso concreto del delito de tráfico de influencias, estableciendo penas más severas y efectivas, que se diferencian enormemente de las penas establecidas en el código penal español, así tenemos:

El Código Penal Francés, que en el Capítulo II: “De los atentados contra la Administración Pública cometidos por personas que desempeñan una función pública”, introdujo mediante una Ley nº 2000-595, de 30 de junio del año 2000, el Art. 432-11, que luego fue modificado por la Ley 2003-495, de 12 de junio de 2003, cuyo contenido textualmente dice:

---

<sup>125</sup> Sobre el particular véase a MUÑOZ LORENTE, J. “Los delitos de tráfico de influencias”, (situación actual y propuestas de reforma en la lucha contra la corrupción), *Eunomia, Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 4, marzo-agosto 2013, Madrid 2013, pp.83-86.

& 2: De la corrupción pasiva y del tráfico de influencias cometidos por personas que desempeñan una función pública.

Art. 432-11. “Será castigado con diez años de prisión y multa de 1.000.000 de francos”, el hecho cometido por una persona depositaria de la autoridad pública, encargada de una misión de servicio público o investida de un mandato público de carácter electivo, de solicitar o aceptar, sin tener derecho a ello, en cualquier momento, directa o indirectamente, ofertas, promesas, dádivas, regalos u otras ventajas cualesquiera:

1º. Bien para realizar o abstenerse de realizar un acto de su función, de su misión o de su mandato, o facilitado por su función, su misión o su mandato.

2º. Bien para abusar de su influencia real o supuesta, con el fin de obtener de una autoridad o de una Administración Pública, distinciones, empleos, contratos o cualquier otra resolución favorable.<sup>126</sup>

Además el código penal francés en su Art. 432-17 dispone lo siguiente:

En los casos previstos en el presente capítulo, podrán imponerse a título accesorio las penas siguientes:

1º. La prohibición del ejercicio de los derechos cívicos, civiles y de familia, siguiendo las modalidades previstas en el Art. 131-26.

2º. La prohibición conforme a lo previsto en el Art. 131-27, de ejercer una función pública o la actividad profesional o social en cuyo ejercicio o con ocasión de la cual se haya cometido la infracción.

3º. El comiso, conforme a lo previsto en el Art. 131-21, de las sumas u objetos recibidos irregularmente por el autor de la infracción, con excepción de los objetos susceptibles de restitución.

4º. En el caso previsto en el Art. 432-7, la publicación o la difusión de la resolución adoptada en las condiciones previstas en el Art. 431-35.

Igualmente en el Capítulo III: De los atentados contra la Administración Pública cometidos por los particulares, en su Sección 1: De la corrupción activa y tráfico de

---

<sup>126</sup> Véase, el código penal francés (Parte Legislativa), en la siguiente dirección:

[http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes\\_traduits/penal\\_textE.htm](http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/penal_textE.htm)

Dernier texte modificateur: Loi 2003-495 du 12/06/03 (JO 13/06/03).

Traducción aprobada con la participación del Dr. JOSE LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI, Catedrático de la Universidad de San Sebastián.

influencias cometidos por los particulares, en el Art. 433-1 castiga a los particulares con diez años de prisión y multa de 1.000.000 de francos, manteniendo así la pena y el contenido del texto similar al Art. 432-11, con la única diferencia de los sujetos del delito. Y en cuanto a las personas jurídicas como responsables de estos delitos, el código penal francés dispone lo siguiente:

Art. 433-25. Las personas jurídicas podrán ser declaradas penalmente responsables de las infracciones definidas en el presente capítulo en las condiciones previstas en el Art. 121-2. Las penas aplicables a las personas jurídicas serán:

1º La multa, conforme a lo previsto en el Art. 131-38.

2º Por un periodo de hasta cinco años, las penas mencionadas en los apartados 2º, 3º, 4º, 5º, 6º y 7º del Art. 131-39.

3º El comiso, previsto en el Art. 131-21

4º La publicación o difusión de la resolución adoptada en las condiciones previstas en el Art. 131-35.

5º Para las infracciones previstas en los apartados 2º y 3º del Art. 434-43, la disolución, mencionada en el apartado 1º del Art. 131-39.

La prohibición mencionada en el apartado 2º del Art. 131-39, será aplicada a la actividad en cuyo ejercicio o con ocasión de la cual se haya cometido la infracción.

Igualmente, el Código Penal Argentino, es otra de las legislaciones que con mayor rigor y determinación persigue los delitos cometidos contra la Administración Pública por los funcionarios públicos, autoridades y personas particulares, tal es así, que el código penal Argentino en el Título XI: Delitos contra la Administración Pública, en su Capítulo VI: Cohecho y tráfico de influencias, regula específicamente estas conductas delictivas cometidos por funcionarios públicos o autoridades, que están previstas en el Art. 256 bis del código penal Argentino, habiendo sido incorporado dicho artículo, precisamente por el Art. 32 de la Ley Nº 25.188 BO, de 1 de noviembre de 1999, en el que dispone textualmente lo siguiente:

Art. 256 bis del CPA. “Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública”, el que por sí o por persona interpuesta solicitare o recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer valer indebidamente su influencia ante un funcionario público, a fin de que éste haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus

funciones.

Si aquella conducta estuviera destinada a hacer valer indebidamente una influencia ante un magistrado del poder judicial o del ministerio público, a fin de obtener la emisión, el dictado, la demora o la omisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a su competencia, el máximo de la pena de prisión o reclusión se elevará a doce años.<sup>127</sup>

Por su parte, el Art. 257 del código penal argentino, establece penas rigurosas para los magistrados o miembros del poder judicial, y dispone lo siguiente:

Art. 257. “Será reprimido con prisión o reclusión de cuatro a doce años e inhabilitación especial perpetua”, el Magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta para emitir, dictar, retardar u omitir dictar una resolución, fallo o dictamen en asuntos sometidos a su competencia.

El Art. 258 del CPA establece lo siguiente: Será reprimido con pena de prisión de uno a seis años, el que directa o indirectamente diere u ofreciere dádivas en procura de alguna de las conductas reprimidas por los artículos 256 y 256 bis, primer párrafo, si la dádiva se hiciera u ofreciere con el fin de obtener alguna de las conductas tipificadas en los artículos 256 bis, segundo párrafo y 257, la pena será de reclusión o prisión de dos a seis años en el primer caso y de tres a diez en el segundo.

También el Art. 258 bis del CPA dispone: Será reprimido con reclusión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública el que, directa o indirectamente ofreciere u otorgare a un funcionario público de otro Estado o de una organización pública internacional, ya sea en su beneficio o de un tercero, sumas de dinero o cualquier objeto de valor pecuniario u otras compensaciones, tales como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita realizar un acto relacionado con el ejercicio de sus funciones públicas, o para que haga valer la influencia derivada de su cargo, en un asunto vinculado a una transacción de naturaleza económica, financiera o comercial.

Así mismo, con respecto a la regulación penal del delito de tráfico de influencias, entre las legislaciones extranjeras importantes, está el Código Penal Alemán que

---

<sup>127</sup> Con respecto al código penal Argentino debemos indicar que fue actualizado el año 1984, por la ley 11.179, que posteriormente fue modificado en gran parte y sustituido sus artículos por la ley nº 25188, de 1 de noviembre, que entró en vigencia después del octavo día de su publicación.

también establece una sanción penal más rigurosa para los delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, que se encuentran ubicadas concretamente en la Sección Trigésima: Los hechos punibles en el ejercicio del cargo público, en el (&) Art. 331, dispone lo siguiente:

(1) Un titular de cargo o una persona especialmente obligada con el servicio público, que exija, se haga prometer, o acepte una ventaja para sí o para un tercero por una acción del servicio, será castigado con pena privativa de la libertad, hasta tres años o con multa.

(2) Un juez o árbitro que exija, se haga prometer o acepte una ventaja para sí o para un tercero como contraprestación por haber efectuado una acción judicial, o que realizará en el futuro, será castigado con pena privativa de la libertad, hasta cinco años, o con multa. La tentativa es punible.

(3) El hecho no es punible según el inciso 1, cuando el autor se deje prometer o no acepte una ventaja no exigida por él, y la autoridad correspondiente dentro del marco de sus competencias o bien autoriza de antemano la aceptación o el autor de inmediato da aviso a la misma y ella autoriza la aceptación.

El (&) Art. 332. Dice: (1) Un titular de cargo o una persona especialmente obligada con el servicio oficial, que exija, se haga prometer o acepte una ventaja para sí o para un tercero como contraprestación por haber efectuado una acción del servicio, o que efectuará en el futuro y con ello haya violado sus obligaciones de servicio, o que las violaría, será castigado con pena privativa de la libertad, de seis meses hasta cinco años. En casos menos graves, será castigado con pena privativa de la libertad, hasta tres años o con multa. La tentativa es punible.

(2) Un juez o árbitro que exija, se haga prometer o acepte una ventaja como contraprestación por haber efectuado una acción judicial, o que efectuará en el futuro y con ello viole sus obligaciones de servicio o que las violaría, será castigado con pena privativa de la libertad de un año hasta diez años. En casos menos graves será castigado con pena privativa de la libertad de seis meses hasta cinco años.

(3) En caso de que el autor exija, se deje prometer o acepte la ventaja como contraprestación por una futura acción, entonces deben aplicarse ya los incisos 1 y 2 cuando él se haya mostrado dispuesto frente al otro a:

1.- violar sus deberes en acción o

2.- Cuando la acción esté dentro de su discrecionalidad haberse dejado influir por la ventaja o dejarse influir por medio de la ventaja en el ejercicio de discrecionalidad.<sup>128</sup>

Por su parte, el Código Penal Italiano establece en el Libro Primero, Título I, en su Capítulo II, con la denominación: Sobre los crímenes de los individuos contra el arte de la Administración Pública, en el Art. 346. Millantato credito, cuyo texto traducido dice:

Art. 346. El que alardeando crédito o influencia con un funcionario público o empleado público que presta un servicio público, recibe, da o promete para sí mismo o para otros, dinero u otra utilidad como contraprestación de su mediación, al funcionario público o empleado, será castigado con pena de prisión, de uno a cinco años, y una multa de 600.000 a 4 millones. La pena será prisión de dos a seis años y multa de un millón, si el delincuente recibe, da o promete para sí mismo o para otros, dinero u otra utilidad con el pretexto de comprar a un funcionario o empleado, o a remunerarle.

También sobre esta materia el Código Penal Peruano prevé en el Título XVII bajo el título: Delitos contra la Administración Pública, Sección IV, en su Art. 400 dispone:

Art. 400 del CPP.- Tráfico de influencias: El que invocando o teniendo influencias reales o simuladas recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con pena privativa de libertad, no menor de cuatro ni mayor de seis años. Si el agente es un funcionario o servidor público, será reprimido con pena privativa de libertad, no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del Art. 36 del código penal.

Como es evidente, la mayoría de las legislaciones extranjeras establecen penas más rigurosas y efectivas para los delitos de tráfico de influencias, donde se demuestra la firmeza y determinación de las políticas y decisiones legislativas tomadas para afrontar estos delitos con verdadero espíritu jurídico-penal, sin reservas pre-meditadas, ni condicionamientos legales en la configuración de los tipos penales que sirvan como recurso de bloqueo o vía de escape para los autores del delito. Existiendo una

---

<sup>128</sup> La versión del Código Penal Alemán de 15 de mayo de 1871, con la reforma de 31 de enero 1998, traducida por la profesora Claudia López Díaz, es la publicada bajo el título: *Strafgesetzbuch*, 32a, edición *Deutscher Taschenbuch Verlag, C.H. Beck, Munich 1998*. La fecha debe ser tomada en cuenta con relación a las modificaciones posteriores y actualmente vigentes. Para ello, debe consultarse el texto difundido en la siguiente dirección: <http://jurcom5.juris.de/bundesrecht/index.html>, actualizada hasta el 30 de agosto de 2002. Código penal de 15 de mayo de 1871, en la versión de 13 de noviembre de 1998.

diferencia abismal con respecto al código penal español, en cuanto al establecimiento de penas y la tipificación de los delitos de tráfico de influencias, que aparte de su deficiente configuración está sometida a condicionamientos legales innecesarios, como es el caso del término resolución, cuando este término inventado a propósito ni siquiera se menciona en la norma penal de las legislaciones extranjeras mencionadas, lo que demuestra que la legislación penal en nuestro país, todavía está en manos de los grupos dominantes y principalmente para proteger sus intereses.

## IX.-CONCLUSIONES

Primera.- La conducta típica que caracteriza al delito de tráfico de influencias es básicamente el “acto de influir”, que consiste en la sugestión, invitación, inclinación o instigación que una persona o funcionario lleva a cabo sobre un funcionario público o autoridad para persuadir o alterar el proceso motivador de éste. La influencia debe entenderse como la capacidad o el poder de persuasión que una persona tiene, para conseguir que un funcionario o autoridad realice la voluntad de aquél. Para ello la influencia debe ser idónea y debe ser admitida por el funcionario influido.

Segunda.- Respecto al bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias, se mantienen distintos criterios con posiciones divergentes en la doctrina. No obstante, consideramos que la imparcialidad y el interés general de la colectividad, constituyen los pilares básicos del bien jurídico afectado por el delito de tráfico de influencias. Ya que las decisiones públicas están en el centro de interés de la protección penal, y por lo tanto entran en consideración los principios constitucionales que orientan la actividad administrativa. De modo que, la imparcialidad se vulnera en el momento que se adopta una decisión contraria a las normas establecidas, y ello afecta directamente el interés común de la colectividad como sujeto destinatario. El ejercicio de la función pública no sólo se debe apoyar en las reglas o formas correctas de actuación, sino que se debe observar y acatar las normas y principios establecidos por la Constitución y las Leyes.

Tercera.- En el supuesto de mantener una posición coherente con la doctrina mayoritaria estamos de acuerdo en la determinación concreta del bien jurídico, pero no en la diversidad de estos como se sostienen. De modo que, si se quiere precisar en esta línea para cada tipo penal, nuestra posición con respecto a la identificación del

bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias es: “la imparcialidad y objetividad en el ejercicio de la función pública”, tratándose de los artículos 428 y 429 del CP, y “el interés común de la colectividad” para el caso del Art. 430, pero en ambos casos se debe considerar el interés general de la colectividad, por ser la esencia y el destinatario final de los ataques. Es más, el delito de tráfico de influencias debería tener un mismo bien jurídico para los tres tipos penales y no crearse una incertidumbre dogmática al respecto, a falta de una adecuada identificación del mismo.

Cuarta.- No obstante, independientemente de la posición expresada en el sentido de la doctrina mayoritaria, nuestra propuesta sostiene que el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias, es concretamente: “La imparcialidad y el interés general de la colectividad”, porque con la comisión de este delito se vulnera el principio de imparcialidad y objetividad en el ejercicio de la función pública y se afecta al interés general de la comunidad, especialmente tratándose de los delitos del Art. 428 y 429 del CP. Coincidiendo con la opinión mayoritaria, estamos de acuerdo con que el bien jurídico es: “la imparcialidad y la objetividad de la función pública”. Pero proponemos que también debe considerarse como bien jurídico en estos delitos, “el interés común de la colectividad”, por que con la comisión de este delito se afecta esencialmente al interés general, y la colectividad es quién sufre el menoscabo de sus bienes y derechos como destinatario final de los ataques. En el caso del Art. 430 del CP cuando se trata de la participación de personas particulares en el ofrecimiento o compra venta de influencias, si bien no se afecta al principio de imparcialidad y objetividad de la función pública, por que inicialmente no existe ninguna relación directa con la Administración Pública, pero a posteriori todas esas conductas o acuerdos se proyectan a ella, por lo tanto, afectarán siempre al interés general de la colectividad, como destinatario final de los ataques. Por que, todos los actos de influencia terminan siempre vinculando o comprometiendo ha la Administración Pública.

Quinta.- En consecuencia, con la protección de la “imparcialidad y el interés general de la colectividad” como bien jurídico, se abarcaría de modo uniforme la totalidad de los tipos penales que comprende el delito de tráfico de influencias, que se sostiene en el fundamento “político-criminal” de que la Administración Pública, es una organización jurídico-política del Estado, es un instrumento y un medio para el cumplimiento de sus fines. Por ello, la Administración Pública nace para servir y defender los intereses

generales, y por tanto, a quién tiene y debe servir es a “los intereses generales de la colectividad”. Por que “la sociedad es el fin supremo del Estado y las Leyes”, y es a la colectividad a quién se le debe brindar toda clase de protección, es ella la que sufre en última instancia el ataque y la violación de sus bienes y derechos, y el Estado es quién tiene la obligación moral y legal de brindarle dicha protección.

Sexta.- En el delito de tráfico de influencias, el sujeto activo del delito puede ser un funcionario público, una autoridad, una persona particular o jurídica. En cambio el sujeto pasivo viene a ser la comunidad, por que ella es la legítima representante del interés general y a quién le afecta el ataque de los delitos. Excepcionalmente el sujeto pasivo del delito, podría ser hasta cierto punto el funcionario influido, cuando es objeto de una presión o influencia con abuso de superioridad, que sobre él ejerce un superior, para doblegar su voluntad y obligarle a tomar una decisión forzada.

Séptima.- El delito de tráfico de influencias es una de las formas sistematizadas de corrupción arraigada en la actividad pública, que fue siempre y seguirá siendo una práctica habitual y el medio adecuado de los particulares y funcionarios públicos para obtener beneficios o ventajas de la Administración Pública, mientras no se apruebe una verdadera legislación penal que castigue con penas graves la comisión de estos delitos. En coherencia con los progresos legislativos alcanzados en otros Estados, donde se han tomado verdaderas decisiones políticas y legislativas para sancionar con rigor estos delitos, estableciendo castigos mayores para los autores del delito.

Octava.- No obstante, es preciso señalar, las penas que establece el código penal para el delito de tráfico de influencias, al margen de las dificultades que implica su aplicación, éstas resultan demasiado generosas o ínfimas para los autores de estos delitos, que no se corresponden de ninguna manera con la gravedad delictiva y los perjuicios que vienen ocasionando. La legislación penal requiere una revisión y modificación urgente en cuanto a la sanción penal de estos delitos, que esté a la altura de las legislaciones avanzadas y dotarse de una legislación penal que establezca sanciones severas y efectivas para disuadir estos delitos de guante blanco.



**TERCERA PARTE**

**ESTRUCTURA LEGISLATIVA DEL DELITO DE TRÁFICO  
DE INFLUENCIAS**



## **CAPÍTULO QUINTO**

### **LAS MODALIDADES TÍPICAS EN EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS**

#### **I.- LA ESTRUCTURA LEGISLATIVA DEL DELITO**

Los tipos penales que integra el delito de “tráfico de influencias” están regulados bajo la rúbrica de los “Delitos contra la Administración Pública”, en el Título XIX, Capítulo VI, artículos 428 al 430 del código penal español. Estos delitos no pertenecen al grupo de los delitos tradicionales del derecho penal, tampoco estuvo considerado dentro del núcleo histórico de los denominados delitos de corrupción, como el delito de prevaricación, cohecho y malversación de caudales públicos, sino que su configuración es relativamente moderno y su incorporación al código penal reciente, a pesar de que su existencia históricamente es muy antigua que se remonta incluso a la época del Imperio Romano, y desde entonces ha existido y existe en todas las sociedades.

Su antecedente más inmediato se encuentra en la Ley Orgánica 9/1991, de 22 de Marzo, que introdujo por primera vez en el ordenamiento penal español la configuración del delito de tráfico de influencias integrado en los artículos 404 bis a), 404 bis b), y 404 bis c). Precisamente para frenar y dar respuesta punitiva a una serie de actuaciones corruptas y escandalosas que venían ocurriendo en la Administración Pública y especialmente en la clase política. Luego estos delitos fueron incorporados en el código penal de 1995 en los artículos 428, 429 y 430, casi textualmente, sin alteraciones relevantes. Posteriormente se introdujo una pequeña modificación con respecto a los referidos preceptos que se vieron afectados mínimamente con la promulgación de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de Junio, de Reforma del código penal, cuya entrada en vigor tuvo lugar a partir del 23 de Diciembre de 2010. Sin embargo es preciso señalar, que tras esa reforma adicional, la estructura típica de estos delitos se mantuvo inalterable, la reforma introducida solo se limitó a un incremento mínimo de la pena de

prisión, es decir de los seis meses a un año de prisión, pasó a ser de seis meses a dos años de prisión, esto con relación a los artículos 428 y 429 del CP, manteniéndose el espíritu generoso de los legisladores al establecer penas mínimas para estos delitos. Otra reforma que se introdujo con relación al Art. 430 del CP, es la responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuando el delito se lleve a cabo en nombre y en provecho de una persona jurídica. Sin embargo, nos llama la atención que en dicha reforma no se ocuparon ni se dieron cuenta de subsanar o solucionar, los problemas interpretativos que plantean los tipos penales establecidos y la deficiente configuración con que han proyectado los propios legisladores o los grupos de poder, que por su poca claridad y ambigüedad siguen dejando fuera del ámbito de tipicidad, una amplia gama de conductas viciadas o disfrazadas que son constitutivas de delito.

Del texto de los artículos 428, 429 y 430 del código penal y la fórmula adoptada en la configuración del delito de tráfico de influencias, se desprende básicamente que la columna vertebral de la conducta típica, es la acción de la influencia. De modo que el término “influir” como acción se debe interpretar en su amplio contexto y no solo en base a su vocablo o significado literal, como lo vienen haciendo los legisladores y la doctrina en general, al definir en un solo sentido a ésta, como 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 autoridad o funcionario, con respecto a una decisión que ha de tomar en un asunto relativo a su cargo, abusando de una situación de superioridad, al que un sector de la doctrina lo ha llamado como un ataque a la libertad del funcionario o autoridad.<sup>129</sup> Esta interpretación restrictiva que hace la doctrina se encasilla solo en una de las características o modalidades que abarca en su amplio contexto la acción de la influencia. Consideramos que la influencia premeditada que una persona o funcionario ejerce sobre otro funcionario, no es una presión ni un ataque a la libertad de un funcionario o autoridad. Sino es la influencia instigada a través de pactos o acuerdos planificados estratégicamente que pueden consistir en concesiones mutuas, con el fin de realizar los actos necesarios para la obtención de los beneficios perseguidos, mediante el ejercicio amistoso de la influencia que deriva generalmente de una estrecha relación personal o funcional y que da origen a los compromisos o acuerdos secretos entre los sujetos que deciden realizar la operación planteada. La

---

<sup>129</sup> Así CONDE MUÑOZ, F. “Derecho penal parte especial”, 19ª edición, Valencia 2013, pp. 956-958.

acción de la influencia puede operar no solo entre dos sujetos, sino que puede comprometer a varias personas y varias instancias. Este es el caso característico del tráfico de influencias en cadena o pluripersonal, precisamente éste, es el modo peculiar de las macro influencias que operan en la Administración Pública, al que popularmente se le conoce con el nombre de corrupción administrativa.<sup>130</sup>

También se debe hacer referencia a una amplia gama de influencias y a los diversos medios que se emplean en el universo de las relaciones humanas, que pueden tener su origen en los vínculos familiares, sentimentales, sociales, políticos, comerciales, religiosos o aquellos que se fundan en otro tipo de intereses o móviles de venganza o predominio. Pero sin duda, el móvil principal para la comisión de este delito, es el interés económico que anima y envía a los sujetos del delito.

Por otro lado, en cuanto a la conducta influenciada, ésta no puede reducirse solamente al prevalimiento, ni a la sugestión o presión que hace el funcionario superior a otro de igual o inferior categoría. El tráfico de influencias en sí, no es la presión, la imposición o la amenaza que se ejerce sobre un funcionario o autoridad, porque, por este medio ninguna trama prosperaría y serían descubiertos con facilidad. La auténtica figura de tráfico de influencias que se practica en la actualidad, como resultado de la expansión y la evolución delictiva que se ha alcanzado, emplea métodos o estrategias distintas a las tradicionales que pueden consistir como ya hemos indicado en pactos o acuerdos entre las partes, que pueden sustentarse en relaciones o vínculos existentes, concesiones recíprocas, participación en beneficios y otros. Es así, que las formas de procedimiento para influir en los funcionarios públicos, se han perfeccionado con las prácticas delictivas para evitar el descubrimiento y la imputación de sus autores.

## II.- LAS MODALIDADES TÍPICAS

El código penal español establece claramente en los artículos 428, 429 y 430 tres delitos independientes de tráfico de influencias, cada uno de los cuales presenta sus propios elementos característicos que lo distinguen. Sin embargo, el elemento nuclear sobre el que gira la conducta típica es el mismo en los tres tipos penales, es decir la

---

<sup>130</sup> Como así refiere BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. "Anotaciones sobre el delito de tráfico de influencias, delitos de los funcionarios públicos, Madrid 1994, pp. 206 y ss. La influencia consiste en el predominio o fuerza moral que una persona ejerce en el ánimo de otro.

influencia que viene a ser el objeto de estos delitos. De modo que, la estructura que establece el código penal con respecto a los tipos mencionados comprende legalmente tres modalidades típicas que son:

1.- El ejercicio de influencias de funcionario público o autoridad sobre otro funcionario o autoridad (Art. 428). Denominado por algunos en la doctrina como tráfico de influencias propio. Así mismo, tomando en cuenta la función o el cargo de los sujetos, se le conoce también como “tráfico de influencias especial”, esto en razón a la especialidad funcional de los sujetos.

2.- El ejercicio de influencias de personas particulares sobre funcionario público o autoridad (Art. 429). Llamado en un sector de la doctrina como tráfico de influencias impropio, por ser la modalidad típica de este delito que mayormente se practica por los particulares, que son los que habitualmente influyen sobre funcionarios o autoridades con el objeto de conseguir beneficios o ventajas.

3.- Ofrecimiento de influencias a personas particulares (Art. 430). El ofrecimiento para realizar influencias y la solicitud o aceptación de dádivas presentes o cualquier otra remuneración con este fin, puede ser llevado a cabo por personas particulares o por funcionarios que actúan en calidad de particulares al margen de sus cargos, y tienen por objeto encausar o ejercer influencia sobre el funcionario o autoridad competente para obtener los beneficios que se persiguen.

La sistematización legal del delito de tráfico de influencias es compleja, y su configuración delictiva muy defectuosa por causas que obedecen a diversos factores, como la multiplicidad de elementos típicos, el enojoso casuismo del que adolecen las descripciones positivas y la delimitación respecto de otras figuras delictivas contra la Administración Pública, además de la dificultades que entraña la aplicación de dichas normas penales, con respecto a una amplia gama de conductas en la actuación administrativa de los funcionarios públicos.<sup>131</sup>

El análisis de las modalidades típicas del delito de tráfico de influencias que se hallan comprendidos en los artículos 428, 429 y 430 del CP, por razones prácticas para un estudio adecuado, lo desarrollaremos de manera independiente para destacar la trascendencia y la naturaleza de cada uno de los tipos penales, de acuerdo con la

---

<sup>131</sup> Sobre este particular véase a POLAINO NAVARRETE, M. y Otros, “Lecciones de derecho penal parte especial”, adaptada a la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del código penal, tomo II, Madrid 2011, pp. 336-339. La incriminación del tráfico de influencias se estructura en tres tipos penales autónomos.

estructura establecida por el código penal, en coherencia con la metodología empleada por la doctrina mayoritaria, que nos permitirá aclarar las características peculiares de cada uno de ellos y distinguir las diferencias o semejanzas que existen, a pesar de las observaciones críticas que todavía existen en un sector de la doctrina.

### III.- EL EJERCICIO DE INFLUENCIAS DE FUNCIONARIO PÚBLICO O AUTORIDAD SOBRE OTRO FUNCIONARIO O AUTORIDAD (ART. 428 DEL CP)

Esta modalidad típica de tráfico de influencia se encuentra prevista en el Art. 428 del código penal, que textualmente dice:

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

El significado de tráfico de influencias de acuerdo a lo preceptuado en el Art. 428 del CP, concretamente consiste en la influencia que ejerce un funcionario público o autoridad sobre otro funcionario o autoridad, prevaleciendo aquél del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad, para conseguir un beneficio económico para sí o para un tercero.<sup>132</sup>

La acción de influir sobre un funcionario público o autoridad representa el núcleo de la conducta incriminada por la gravedad de las formas específicas en que se lleva a cabo el ejercicio de influencias en la actividad funcional, en el que se distingue como elemento diferenciador, de que el sujeto activo del delito es el funcionario público o autoridad, por ello se convierte en la forma delictiva más grave de las contempladas en este capítulo. La configuración de este tipo penal se caracteriza como señala COBO DEL ROSAL por los siguientes elementos:

a.- Que el autor sea funcionario público o autoridad. Por lo cual estamos frente a un

---

<sup>132</sup> Así define LAMARCA PÉREZ, C. y Otros, “Lecciones de derecho penal parte especial”, 4ª edición, Madrid 2008, p. 623. Los delitos de tráfico de influencias son infracciones de actividad, que se consuman en el momento en que se influye en el funcionario o autoridad con los fines descritos en cada tipo.

delito especial que solo puede ser cometido por aquellos que ostentan la condición de funcionario público o autoridad.

b.- Que el autor actúe con la finalidad de conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero. El beneficio económico puede ser para el propio funcionario, para un tercero que puede ser un particular, una organización o un partido político.

c.- Que para ello influya en otro funcionario o autoridad prevaleciéndose 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. Siendo la influencia el elemento común en la conducta del funcionario o autoridad.<sup>133</sup>

### III.1.- EL TIPO OBJETIVO DE LA CONDUCTA TÍPICA EN EL ART. 428 DEL CP

Nos encontramos ante un genuino “delito especial” en donde el sujeto activo solo puede ser un funcionario público o autoridad y como tal esta situación lo cualifica como autor del tipo penal prescrito en el Art. 428 del CP. Según la descripción legal se configura como un “delito de mera actividad”, que requiere la concurrencia de una pluralidad de elementos caracterizadores de la acción típica. No es punible un mero acto de interferir en la función pública de manera improcedente, indiscreta o inoportuna, es preciso que la interferencia implique un “ejercicio de influencia” que sea acreedor de un desvalor de un acto determinante, por ser llevado a efecto en condiciones o relaciones que le hacen especialmente desvalioso, solo entonces es cuando alcanza relevancia típica, se requiere que la acción de influencia sea realizada precisamente por un titular de la función pública sobre otro titular de cargo público.<sup>134</sup>

El sujeto activo debe actuar con prevalimiento de las facultades inherentes a su cargo público, o bien en virtud de cualquier otra relación personal o jerárquica directa o indirectamente ejercitada sobre el funcionario público, que se somete o acepta voluntariamente la presión o influencia de una autoridad o funcionario. La acción de influir en esas condiciones cualificadas ha de efectuarse con una finalidad subjetiva específica perseguida intencionalmente por el autor, en su afán de conseguir una

---

<sup>133</sup> Así COBO DEL ROSAL, M. y Otros, *“Derecho penal parte especial”*, 2ª edición, Madrid 2005, p. 908.

<sup>134</sup> En este sentido POLAINO NAVARRETE, M. y Otros, *“Lecciones de derecho penal parte especial”*, adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del código penal, tomo II, Madrid 2011, pp.336-338.

resolución para obtener un beneficio para sí o para un tercero. Es relevante el contenido de la resolución que ha de generar un beneficio económico, la generación de tal beneficio económico puede producirse de manera directa, en virtud de la relación entre el funcionario influyente y el funcionario influido; o bien de manera indirecta favoreciendo a un tercero. El beneficio económico constituye una contraprestación económica equivalente a una remuneración o ventaja evaluable patrimonialmente, por mínima que sea su cuantía y su obtención sea por medios directos o indirectos. Así mismo se requiere la efectiva obtención del beneficio perseguido, para la concreción del tipo penal agravado, sancionado en el párrafo final del Art. 428 del CP, en cambio solo se precisa la finalidad de alcanzar el beneficio económico en el tipo privilegiado que se conmina en la primera parte del precepto referido. No obstante, en la estructura del delito se puede apreciar la posibilidad de realizar la conducta en grado imperfecto de ejecución, tanto con respecto del tipo básico por la no obtención del beneficio económico, como respecto del tipo privilegiado por la no consecución de la resolución que pueda generar el beneficio económico pretendido.<sup>135</sup>

Con respecto a los elementos típicos de autoridad y funcionario, corresponden a la misma categoría ambos conceptos que es común al conjunto de los delitos funcionariales, sin ninguna especificación singular sobre los titulares de la función pública. Por su parte la “relación personal” debe entenderse como la establecida en interconexión subjetiva entre el funcionario influyente y el funcionario influido, sea cual fuere su naturaleza y carácter. La relación jerárquica de relevancia típica es aquella que se establece en el orden administrativo orgánico, o bien la constituida por una situación personal de ascendencia acreditada en la que se fundamenta el prevalimiento del autor. Por otra parte, debemos indicar que es atípica la conducta socialmente adecuada del funcionario que influye en otro funcionario sin que concurra abuso de cargo, ni cualquier otra ventaja de tipo personal o jerárquico.<sup>136</sup>

Como así entiende la doctrina mayoritaria, la mera influencia no constituye el tipo penal, una simple recomendación no se puede penalizar, sino implica un peligro en la

---

<sup>135</sup> Con respecto a la posible comisión del delito véase a SÚAREZ MONTES, R. “Consideraciones político-criminales sobre el delito de tráfico de influencias”, homenaje a la memoria del profesor Dr. Juan del Rosal, *Revista de derecho penal privado*, Madrid 1993.

<sup>136</sup> Como así refiere MORILLAS CUEVA, L y PORTILLA CONTRERAS, G. “Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias, comentarios a la legislación penal, tomo XVI, Madrid 1994, pp. 231 y ss.

actuación administrativa y no insinúa ni afecta directamente a las decisiones que se han de tomar, siempre y cuando se limiten a las comunicaciones habituales de la actividad funcional con arreglo a las normas y principios establecidos.

Con respecto a la conducta típica del funcionario público o autoridad el Art. 428 del CP contempla tres supuestos de prevalimiento:

- 1.- El ejercicio de las facultades del cargo.
- 2.- La situación derivada de la relación personal.
- 3.- La situación derivada de la relación jerárquica.

En este sentido, SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAILLO refieren que se trata de un delito de peligro, que en principio para la consumación del delito no es necesario que se ejecute a priori el acto o hecho en concreto, por parte del funcionario sobre el que se influye.<sup>137</sup> Conforme al contenido del texto legal referido que dice “influyere”. Por tanto es suficiente para la perfección del delito, que con la influencia se pretenda conseguir una resolución que pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero. La influencia debe ir encaminada a obtener el resultado o beneficio perseguido, para ello es necesario que el sujeto activo tenga capacidad para influir sobre otro funcionario público o autoridad, situación que se produce por su prevalimiento en el ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica. Con respecto al prevalimiento, conforme se desprende del texto legal el término “prevaliéndose”, hay que entenderlo en su sentido literal, como la presión o la fuerza moral que un funcionario público o autoridad ejerce sobre otro funcionario, para que resuelva un asunto en un sentido determinado o deseado por el influyente, se debe entender que dicha presión o fuerza moral que se ejerce sobre el funcionario para doblegar su voluntad o libertad de decisión, no debe llegar al grado de coacción o amenaza, de ser así estaríamos ante otro tipo de delito en el que sería de aplicación preferente el principio de especialidad.

Por su parte MUÑOZ CONDE manifiesta, que en esta figura penal la conducta típica es “influir”, por ello se trata de sancionar la conducta de alguien que pueda incidir en el

---

<sup>137</sup> Así refiere SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAILLO, A. “Derecho penal parte especial”, 16ª edición, Madrid 2011, pp. 840-845. Estos tipos tienen estrecha relación con el delito de cohecho, aunque hay una diferencia notable, en el cohecho es necesario que se reciba o solicite dádiva o presente, o se aceptare ofrecimiento o promesa, lo que no se exige en el delito de tráfico de influencias de los Arts. 428 y 429, aunque aparece en el Art. 439, pero es cometido por un particular.

proceso motivador que conduce a un funcionario público o autoridad, ha adoptado una decisión en un asunto relativo a su cargo. Así mismo manifiesta, que en ningún caso constituye el tipo la simple influencia sin más. No se trata de penalizar por ejemplo la simple recomendación, una práctica por lo demás habitual y que por lo inusual o rechazable que parezca, no afecta directamente o no tiene por que afectar a la decisión que se tome. Sobre este supuesto es preciso señalar que la simple recomendación en algunos casos si bien no afecta o no influye en la decisión de un funcionario, en otros casos si puede influir o llevar implícito un acto de influencia dependiendo de donde sobrevenga dicha recomendación por ejemplo, si un Alcalde o un presidente de una Comunidad Autónoma, hace un comentario o una simple recomendación a los miembros del tribunal de evaluación, de que su hijo ABC se está presentado al concurso para optar a una plaza laboral o a una convocatoria para la concesión de obras o servicios, o en otro caso, cuando un Ministro hace un comentario o una simple recomendación a los miembros de una comisión o tribunal calificador de que un familiar suyo se está presentado a la convocatoria de su sector para optar a una plaza laboral. En estos casos puede ser suficiente la simple recomendación o el comentario para incidir en el proceso motivador de los miembros o funcionarios encargados de las respectivas convocatorias, por la lógica correspondencia que se da en la actividad administrativa entre los funcionarios de base y los funcionarios de alto rango o de jerarquía superior, de modo que no se puede ignorar esta situación, ni esta clase de influencias privilegiadas o blanqueadas por la condición especial del sujeto.

Con relación al texto de los artículos 428 y 429 se deducen, lo que ambas normas sancionan es precisamente la conducta “influir prevaleciendo”, de modo que se convierte en el elemento más importante, por que dicha influencia se lleva a cabo abusando de una situación de superioridad originada por cualquier causa. En el caso de que el sujeto activo de esa influencia sea un funcionario público o autoridad, el prevalimiento se puede derivar del propio cargo que ejerce, la superioridad en el orden jerárquico o político con respecto al funcionario o autoridad sobre el que se influye. Pero tanto en el caso del funcionario o autoridad como en el caso del particular, puede ser suficiente que el prevalimiento se derive de la relación personal con el funcionario o autoridad sobre el que se influye. En este caso el tipo penal se hace extensivo, comprendiendo las relaciones de carácter familiar, afectivas o amistosas. El amigo o el

pariente próximo que influyera en el funcionario o autoridad, cometería según esta interpretación casuística uno de estos delitos. Sin embargo debe procederse a una interpretación restrictiva del concepto de influencia, basándose para ello en el prevalimiento que en ambos artículos se exige como elemento diferenciador. Entre la simple influencia atípica, y la influencia constitutiva de delito. En la doctrina se siguen algunos criterios conservadores y consideran que la influencia con prevalimiento que ejerce un funcionario público o autoridad sobre otro funcionario, constituye un ataque a la libertad del funcionario o autoridad que le incumbe adoptar una decisión en el ejercicio de su cargo, introduciendo en su motivación elementos ajenos a los intereses públicos.<sup>138</sup> Por su parte CUGAT MAURI manifiesta, que el ejercicio de la “influencia con prevalimiento” supone un factor de incremento del riesgo de desviación de la función pública, y considera el prevalimiento como un elemento determinante en el ejercicio de la influencia,<sup>139</sup> que en algunos casos se lleva a cabo abusando de la posición o la especial situación que concurre en el sujeto activo del delito. Así mismo refiere que la influencia con prevalimiento no llega a alcanzar cierto grado de presión como para lograr doblegar la voluntad del funcionario público influido, por que éste, siempre se reserva cierto grado de libertad para actuar con independencia de acuerdo a las normas establecidas por la actividad administrativa. De modo que la influencia con prevalimiento en unos casos puede ser determinante para conseguir el beneficio perseguido, y en otros casos es de carácter relativo, dependiendo de las circunstancias y del interés de los sujetos intervinientes, o cuando no tiene la fuerza suficiente como para obligar al funcionario a tomar una determinada decisión en la producción del resultado, es decir para la obtención de la resolución que les pueda generar un beneficio económico para sí o para terceros. Se entiende por resolución a todo acto de la Administración Pública de carácter decisorio que afecta el ámbito de los derechos de los administrados, sin necesidad de que ello ponga fin al procedimiento administrativo.

La conducta típica prescrita en el Art. 428 del CP, según GONZÁLES CUSSAC, se

---

<sup>138</sup> En es sentido MUÑOZ CONDE, F. “Derecho penal parte especial”, 19<sup>o</sup> edición revisada, Valencia 2013, pp. 955-961. Sobre este particular afirma: que en los supuestos de “intimidación implícita”, o de “chantaje moral”, derivados del “clientelismo político”, “perspectivas en la carrera política o profesional”, relaciones amorosas o afectivas”, etc. pueden estar en la base del prevalimiento.

<sup>139</sup> CUGAT MAURI, M. “La desviación del interés general y el tráfico de influencias”, Barcelona 1997, pp.197-205. Refiere que el ejercicio de la influencia con prevalimiento de hecho, implica cierto grado de restricción de la libertad del funcionario objeto de la influencia, que se reputa idóneo para el aseguramiento de la obtención de la resolución y el consiguiente beneficio perseguido.

resume en los siguientes aspectos:

- La influencia de un funcionario público o autoridad sobre otro funcionario o autoridad.
- Que actúe prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad.
- El objeto sea conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí, o para un tercero.
- Si se obtiene el beneficio perseguido, se impondrán las penas en su mitad superior.

De este modo destaca la conducta influir y lo define en su grado mas extremo o radical, tanto como presionar, sugerir con insistencia; influencia que ha de ejercitarse aprovechando las facultades del cargo o una relación personal o jerárquica (vid. la STS de 7 de abril de 2004). En la misma línea, se ha dicho que es la sugestión, la invitación o instigación que un funcionario o autoridad lleva a cabo sobre otro funcionario o autoridad para alterar el proceso motivador de ésta (STS de 21 de diciembre de 1999), se ha advertido de la dificultad de valorar la intensidad de la influencia (STS de 10 de marzo de 1998), y se han apuntado como posibles bases del prevalimiento: El chantaje moral, las relaciones amorosas o afectivas, las perspectivas futuras de la carrera profesional o política, la venganza, el intercambio de favores, etc. (como señala la doctrina y recogen las sentencias de la SSTS de 21 de diciembre de 1999 y 5 de abril de 2002). También se ha matizado que el delito de tráfico de influencias de los artículos 428 y 429, tipifican penalmente cualquier forma de influencia de funcionario público, autoridad o particular sobre el funcionario público o autoridad que deba resolver en un determinado asunto, mientras que por el contrario, tan solo incrimina la que se ejercita con prevalimiento del cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica que sea idónea y vaya dirigida a la finalidad de conseguir una resolución que pueda generar un beneficio económico, directa o indirectamente para sí o para un tercero (auto del TSJ de Valencia, de 17 de diciembre de 2002).<sup>140</sup> Así mismo, GONZÁLES CUSSAC manifiesta, que en cualquier caso, hace falta algo más que una mera recomendación para que pueda alcanzar trascendencia el delito de tráfico de influencias, y ese algo puede ser el prevalimiento del cargo o de la relación

---

<sup>140</sup> Véase a GONZÁLES CUSSAC, J.L. y Otros, "Esquemas De derecho penal parte especial", tomo IV, 2º edición, Valencia 2010, pp. 329-331. Por su parte BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. "Anotaciones sobre el delito de tráfico de influencias, delito de los funcionarios públicos", Madrid 1994, pp. 207, refiere que el delito de tráfico de influencias se sitúa entre el nivel de la recomendación y el de las coacciones, cuya entidad no llega ha alcanzar.

personal o jerárquica, que podría ser suficiente para influir en el proceso motivador del funcionario o autoridad competente para adoptar una decisión.

### III.2.- EL TIPO SUBJETIVO DE LA CONDUCTA TÍPICA EN EL ART. 428 DEL CP

En cuanto al elemento subjetivo en la conducta típica del Art. 428, según refiere COBO DEL ROSAL, se trata de un delito doloso, por cuanto la acción de la influencia es un acto intencional y por tanto es una acción deseada y planificada con la finalidad de obtener un beneficio o una ventaja para sí o para un tercero, prevaliéndose de las facultades del cargo o de cualquier otra situación derivada de la relación personal o jerárquica preexistente. En este sentido el legislador con buen criterio, no ha tipificado expresamente la imprudencia, porque en la comisión de este delito se aprecia una estructura intrínsecamente dolosa, siendo así que la relación de causalidad en la acción influyente, no solamente está planificada a priori, sino en algunos casos está organizado estratégicamente para asegurar el fin perseguido.

La exigencia de la utilización del prevalimiento para condicionar la voluntad de otro funcionario con el ánimo de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero, excluye cualquier otra posibilidad que no sea la del dolo directo. Por tanto, no es posible ni la imprudencia, ni el dolo eventual. El dolo requiere el conocimiento por el autor del uso del prevalimiento y la voluntad de ejercer tal predominio, que dado el carácter intencional del delito se presenta como evidente.<sup>141</sup> Es difícil por no decir imposible, imaginar un supuesto en el que un funcionario público sin querer influir en otro funcionario, utilice el poder que le confiere su posición o su cargo y como consecuencia obtenga un beneficio, es decir que se prevalga de su situación especial sin querer hacerlo, para obtener una resolución que le genere un beneficio.

En este supuesto no es admisible, como sostiene QUERALT JIMÉNEZ, o no es imaginable ninguna causa de justificación, por más que se trate de escudar en ciertos

---

<sup>141</sup> En este sentido COBO DEL ROSAL, M, y Otros, "Derecho penal parte especial", 2ª edición revisada, Madrid 2005, pp. 907-913. La expresión prevalimiento que caracteriza la actuación del sujeto activo del delito, implica un aprovechamiento de la función pública, como interés del partícipe, con detrimento del interés general tutelado por la norma (STS de 21 de octubre de 2002). La STS de 21 de diciembre de 1999 ("caso Roldán"), determinó que las tres formas a través de las cuales puede concurrir este prevalimiento típico son: el ejercicio de las facultades del cargo, la relación personal y la relación jerárquica. De manera complementaria, la sentencia de 7 de julio de 2000, de la Audiencia Provincial de Cádiz, afirma que el prevalimiento "implica una actuación dolosa" de superioridad y abuso.

usos sociales, las recomendaciones o el apoyo entre funcionarios. Se trata de un delito claramente doloso, porque su estructura y planteamiento político-criminal así lo determina, donde el sujeto activo del delito actúa voluntariamente con conocimiento de causa, aprovechándose de las facultades del cargo o de sus relaciones personales o jerárquicas, con la finalidad de conseguir un beneficio para sí o para un tercero.<sup>142</sup>

En esta misma línea SERRANO GÓMEZ Y SERRANO MAILLO, afirman que en esta figura penal de tráfico de influencias, solo caben las conductas dolosas, porque así se deduce del término “influyere”, precisamente porque se lleva a cabo aprovechando la situación especial de “prevalimiento” del cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica.<sup>143</sup> De este mismo parecer MUÑOZ CONDE, al manifestar que en la comisión de este delito se requiere naturalmente la presencia del dolo, dado la naturaleza jurídica de este tipo penal, ya que el instituto penal de la imprudencia es incompatible con los términos “influir” y “prevalimiento” elementos fundamentales en el tráfico de influencias. Sobre este particular señala ZUGALDIA ESPINAR, que lo característico de la conducta dolosa, es la actuación voluntaria con conocimiento de causa o de los elementos del tipo, sin la exigencia de ningún requisito adicional de carácter volitivo respecto al resultado.<sup>144</sup> Sostiene que el elemento común y definidor de todas las conductas dolosas frente a la imprudencia es el “conocimiento”, de manera que es decisivo el hecho del conocimiento en la delimitación entre la conducta dolosa y la imprudente, en la conducta dolosa el sujeto actúa con dolo voluntariamente, con conocimiento del acto concreto que pretende realizar, en cambio en la conducta imprudente actúa sin que se represente el peligro de su acción, o se lo representa, pero por un error en la apreciación de los hechos, por lo que no considera un peligro concreto.

En el delito de tráfico de influencias como señala POLAINO NAVARRETE se exige el dolo del autor, referido a los distintos elementos de la acción típica, en la que el tipo

---

<sup>142</sup> Véase a QUERALT JIMÉNEZ, J. “Derecho penal español parte especial”, 6º edición revisada, Barcelona 2010, pp. 1176-1181.

<sup>143</sup> SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAILLO, A. “Derecho penal parte especial”, 16º edición Madrid 2011, pp. 840-845. Ambos refieren que el beneficio económico puede revestir formas muy variadas, puede ser desde una cantidad dineraria hasta otras situaciones que reporten una ventaja económica, por ejemplo, en los puestos de libre designación que se otorgan a funcionarios que no merecen, siempre que concurren los elementos del delito e incluso a veces se crean puestos con gratificación complementaria sin base legal alguna; esta es una situación anormal que se da dentro de la Administración Pública, que siempre quedan impunes, pues en el peor de los casos se resuelve en vía administrativa.

<sup>144</sup> ZUGALDIA ESPINAR, JOSÉ M. y Otros “Derecho penal parte general”, Valencia 2004, pp.490-493.

está subjetivamente configurado. Requiere la intención finalista de conseguir una resolución funcional susceptible de generar un beneficio económico, tal elemento subjetivo del injusto presupone la presencia del dolo, pero va más allá del alcance objetivo propio del mismo y configura un delito intencional de resultado cortado.<sup>145</sup> El beneficio económico constituye una condición objetiva de punibilidad sólo en el tipo más grave, incriminado en el inciso final, pero no así en el tipo privilegiado conminado en el primero. Este tipo penal no concreta la conducta del funcionario influido que claudica al efecto del tráfico de influencias y decreta una resolución determinante del enriquecimiento económico constituido por el objetivo final del comportamiento típico, aunque queda a salvo la responsabilidad en que pueda incurrir en la comisión de otro delito, como puede ser por ejemplo, el delito de prevaricación o malversación de caudales públicos.

Por ello como dice LAMARCA PÉREZ, en los delitos de tráfico de influencias se sancionan sólo en su modalidad dolosa, siendo imposible la punición de la forma imprudente, por la inexistencia de un tipo específico que así lo prevea, conforme a la exigencia del Art. 12 del CP. Además los tipos de los artículos 428 y 429 del CP, contienen expresas referencias a las finalidades específicas que se persiguen con la realización de la conducta típica, lo que excluye también la comisión del ilícito penal con dolo eventual.<sup>146</sup> De manera que podemos afirmar en concordancia con la doctrina, se trata de delitos de peligro, por que no se exige para su consumación, que se obtenga el beneficio perseguido en cada caso, y ello sin perjuicio de que la obtención final de ese beneficio económico, provoque un incremento de la pena, debido a la actuación dolosa del sujeto.

Manteniendo la misma línea CUGAT MAURI afirma, que en el delito de tráfico de influencias únicamente se ha previsto la forma dolosa en la comisión de este delito, considerando de manera especial el requisito de la influencia con prevalimiento, además del móvil del lucro, que se desprende de la exigencia del beneficio que se

---

<sup>145</sup> Cfr. a POLAINO NAVARRETE, M. y Otros, "Lecciones de derecho penal parte especial", adaptada ala Ley Orgánica 5/2010, de reforma del código penal, tomo II, Madrid 2011, pp. 335-341. Se establecen las penas de prisión de seis meses a dos años, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido e inhabilitación especial de 3 a 6 años, para el tipo privilegiado, y las mismas penas en su mitad superior para el tipo más grave (es decir, prisión de 1.5 a 2 años, multa del tanto y su mitad al duplo del beneficio obtenido e inhabilitación especial de 4.5 a 6 años).

<sup>146</sup> LAMARCA PÉREZ, C. y Otros, "Delitos y faltas", la parte especial del derecho penal, 2º edición Colex, Madrid 2013, pp. 725-728.

persigue. En este sentido la doctrina unánimemente coincide en afirmar la evidencia indiscutible del carácter doloso en la comisión del delito de tráfico de influencias, que queda consolidado en el código penal, en el que no se prevé acertadamente la modalidad imprudente, ya que estas son impunes conforme prevé el Art.12 del CP, al establecer que “las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley”. La inadmisibilidad de la imprudencia, además se deriva de la propia estructura de la conducta, que se fundamenta en la opción legislativa específica de restar relevancia penal a las conductas imprudentes de los funcionarios públicos que puedan producirse en el ejercicio de las funciones públicas o actividades encargadas en el ámbito de la Administración Pública. Acertadamente no se han considerado las conductas imprudentes para esta clase de delitos.

Como se viene observando en nuestro código penal, se ha optado por el carácter doloso en la comisión del delito de tráfico de influencias, habiéndose excluido la forma imprudente, además se considera que en la comisión del tipo básico se llega a aceptar una modalidad de delito de resultado cortado, en la que el elemento subjetivo adquiere especial relevancia. El tipo básico como se ha señalado, se consuma con el mero ejercicio de influencia dirigido a obtener una resolución capaz de generar un beneficio económico, en la que no se exige la obtención del beneficio, ni la misma resolución.<sup>147</sup> De modo que, afirmado el carácter doloso en el delito de tráfico de influencias, es preciso observar sobre que elementos se debe desplegar el contenido del dolo, es decir el conocimiento y la voluntad del sujeto activo, en tal efecto se llega a la determinación de que el dolo debe abarcar concretamente el elemento de la influencia, el del prevalimiento, la resolución y el beneficio económico como resultado del delito. Siendo así no se pueden plantear dudas en cuanto a los requisitos de este elemento subjetivo, es decir que no se ven especiales dificultades en relación con los elementos de la influencia y el prevalimiento. En cambio si se presentan mayores problemas con respecto a la prueba del dolo, con relación al elemento de la resolución y el beneficio económico, que al no depender por completo de la voluntad del funcionario que influye, puede tener una entidad distinta de la deseada inicialmente, por ello se deben establecer los criterios concretos que permitan imputar objetiva y

---

<sup>147</sup> En este sentido CUGAT MAURI, M. “La desviación del interés general y el tráfico de influencias”, Cedex, Barcelona 1997, pp. 233-235. Afirma, que el elemento subjetivo debe abarcar el conocimiento y la voluntad de obtención de una resolución que afecte la imparcialidad en la función pública.

subjetivamente la conducta del sujeto con respecto a los elementos de la resolución y el beneficio obtenido.

En cuanto concierne al contenido de la resolución, esta puede ser tal conforme como persigue el funcionario influyente, o puede ocurrir que sea distinta de la que esperaba el sujeto activo, cabe indicar que aún tratándose de una resolución distinta de la que se proyectaba, se podrá considerar que está abarcada por el dolo, en la medida en que el elemento subjetivo cumpla los criterios de imputación subjetiva, es decir se conozca y tenga la voluntad de realizar la acción idónea para la consecución de la resolución, así mismo se conozca y se desee realizar la acción que incrementa el riesgo de producción del resultado y finalmente se conozca y actúe a sabiendas de que dicha acción atenta contra los más elementales principios de la actuación administrativa y vulnera el fin protector de la norma, afectando el valor constitucional de la imparcialidad que siempre se debe observar en la función pública. En consecuencia el funcionario que actúa con conocimiento y deseando obtener una resolución desviada a través del ejercicio de la influencia, la que se obtenga estará abarcado por el dolo en lo esencial, aunque no se corresponda con los planes iniciales o pretendidos.<sup>148</sup>

Por lo que se refiere al elemento del beneficio económico, conforme al mismo criterio adoptado, el dolo abarca también al beneficio económico, que es producto de las acciones dolosas realizadas cuidadosamente por el funcionario influyente con pleno conocimiento de los fines que se persiguen y ejecutadas por el funcionario influido que coopera voluntariamente o por conveniencia propia en la obtención del resultado deseado y el consiguiente beneficio económico. Por ello el espíritu del Art. 428 del CP, trata de sancionar el simple hecho de que los funcionarios puedan infiltrar en el proceso de formación de las decisiones públicas, intereses espurios que puedan conformar un juicio imparcial y objetivo. Es así que aquellas conductas que tienen como referencia los intereses particulares, que son tomadas en cuenta merced a las presiones o insinuaciones que hacen ciertos funcionarios, utilizando su influencia personal o su ventajosa posición que ocupan en un determinado puesto de la Administración Pública.

---

<sup>148</sup> Véase a LAMARCA PÉREZ, C. y Otros, "Derecho penal parte especial, Colex Madrid 2008, pp. 622-626. La expresión prevalimiento, que caracteriza la actuación del sujeto activo de estos delitos, implica un aprovechamiento de la función pública, como interés del partícipe, en detrimento del interés general tutelado por la norma (STS de 21 de octubre de 2002). De manera complementaria, la sentencia de 7 de julio de 2000, de la Audiencia Provincial de Cádiz, afirma que el prevalimiento implica una actuación dolosa de superioridad y abuso, y debe absolverse si esta no se acredita.

No cabe duda que los injustificados favoritismos o las ventajas que se derivan de esta clase de circunstancias o actuaciones dudosas terminan por empañar la transparencia y la imparcialidad de la actividad administrativa.<sup>149</sup>

### III.3.- EL SUJETO ACTIVO EN EL ARTÍCULO 428 DEL CÓDIGO PENAL

Con respecto al sujeto activo del delito previsto en el Art. 428 del CP, se trata de un delito especial en el que solamente pueden ser considerados como sujetos activos del delito, los funcionarios públicos o autoridades que influyan sobre otro funcionario o autoridad para alterar el proceso motivador de éste, prevaliéndose del ejercicio de las facultades del cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con el objeto de conseguir una resolución que les pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico o cualquier ventaja para sí, o para un tercero. Es decir, para ser considerados como autores en el delito previsto en el Art. 428 del CP, se requiere tener la condición de funcionario público o autoridad y que la influencia se lleve a cabo sobre otro funcionario o autoridad prevaliéndose del ejercicio de las facultades del cargo, abusando de una situación de superioridad con respecto al funcionario influido, o prevaliéndose de cualquier otra situación derivada de una relación personal o jerárquica.

De modo que solo pueden ser sujetos activos en este tipo penal aquellos que tienen la condición de funcionario público o autoridad, por lo tanto estamos concretamente ante un delito de carácter especial, donde se castiga la conducta del funcionario que influye. Sin embargo no se castiga al funcionario influido, por lo que según la legislación es atípica la conducta del funcionario que se deja influir, de modo que en este caso, el funcionario influido podría cometer talvez otro delito, como el de prevaricación previsto en el Art. 404 del CP, aunque en este caso podría plantearse un concurso de normas y por esta regla podría ser de aplicación también al funcionario influyente.

Al respecto señala QUERALT JIMÉNEZ, en este delito solo puede ser sujeto activo aquél que tenga la condición legal de funcionario público o autoridad, y debe existir una

---

<sup>149</sup> Sobre este particular VALEIJE ÁLVAREZ, I. "El tratamiento penal de la corrupción: el delito de cohecho", edición Edersa, Madrid 1995, pp.251-255. Existe tráfico de influencias, cuando un funcionario de un determinado sector administrativo, obtiene de otro funcionario de otro sector distinto en base a su amistad, afinidad política u otro tipo de relaciones personales, la adopción de una resolución para la obtención de un beneficio económico.

relación de hecho o de derecho entre el sujeto activo y el funcionario o autoridad sobre el que se actúa. Esta relación debe estar basada en la situación que se crea por el ejercicio del cargo del sujeto activo en relación con el funcionario que recibe la presión, lo que incluye lógicamente, la relación jerárquica o cualquier otra relación personal entre ambos sujetos. En cuanto se refiere a la relación, esta situación debe ser manifestada por el sujeto activo, de modo que el funcionario receptor de las gestiones tenga un claro conocimiento y las perciba como un prevalimiento real, y no como una gestión de buena voluntad, de compañerismo o similar. Por que no puede ser de otro modo, cuando si de lo que se trata es de torcer el recto funcionamiento de la función administrativa, donde el objeto-medio que persigue la acción del sujeto activo es la obtención de una resolución.<sup>150</sup> De modo que, la exigencia típica de la adopción de una resolución, constituye una seria limitación para la calificación del tipo penal, tal es así que la resolución comprende la aplicación del Derecho objetivo o la adopción de un reglamento, que podría ampliarse incluso hasta la adopción de una determinada ley, si cuando el sujeto presionado fuere un miembro de una de las cámaras legislativas. Pero lo que no puede considerarse nunca como resolución, es una gestión o cualquier actuación no regulada por el derecho, aunque dicha actuación sea considerada como lícita, jamás tendrá la consideración de resolución. Este aspecto supone una seria limitación del ámbito de punición, que carece de justificación.

Así mismo, en este sentido COBO DEL ROSAL manifiesta, que en el caso del tipo penal previsto en el Art. 428 del CP, nos encontramos ante un delito especial propio, en el que sólo pueden ser considerados como sujeto activo de delito, los funcionarios públicos o autoridades. Donde el verbo rector único, como bien dice la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de febrero de 1998, es el de influir, es decir, la sugestión, invitación o instigación que el sujeto activo del delito funcionario público o autoridad, lleva a cabo sobre otro funcionario o autoridad para alterar el proceso motivador de dicho funcionario, respecto de una decisión a tomar en un asunto relativo a su cargo abusando de una situación de superioridad. Esta circunstancia se ha de

---

<sup>150</sup> En este sentido QUERALT JIMÉNEZ, J. "Derecho penal español parte especial", 6ª edición revisada, Barcelona 2010, pp. 1176-1181. En los llamados delitos especiales impropios, la calidad especial posee únicamente la virtud de atenuar o gravar la pena de su autor, pero existe una correspondencia fáctica con un delito común, cuando es cometido por cualquier otra persona que no tuviera aquella calidad o situación especial, de este parecer QUINTERO OLIVARES, G. en "Los delitos especiales y la teoría de la participación en el derecho penal español".

derivar de una situación de prevalimiento entre el funcionario público o autoridad que influye y el funcionario al que se le intenta influir, o a través de otro que lo pueda derivar a la finalidad pretendida.<sup>151</sup> Como prevalimiento a los efectos de este tipo penal a los efectos del Art 428, se entiende como la utilización por parte del sujeto activo del delito, sea funcionario público o autoridad, de una determinada situación de poder o dominio, como un mero instrumento que permite con mayor facilidad, el condicionamiento de la decisión que en el marco de la gestión pública, debe de adoptar otro funcionario o autoridad (MORILLAS CUEVA Y PORTILLA CONTRERAS).<sup>152</sup> La situación de poder que informa el prevalimiento ha de estar sustentada en el ejercicio de las facultades del cargo, en una relación jerárquica o en una relación personal del sujeto activo, fuera de estas circunstancias cualquier otra influencia que se pudiera dar no sería típica, por que no integraría en sus elementos configuradotes.

La influencia de esta forma delimitada ha de dirigirse a la consecución de una resolución que pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico. No es necesario para el perfeccionamiento delictivo que se produzca la resolución, ni que exista beneficio económico, aunque este juega como criterio de concreción de la pena, agravándola si se da tal beneficio. Es imprescindible por el contrario, que se manifieste y pruebe la intención por parte del sujeto activo, de obtener la resolución y el beneficio para él o para un tercero. El mismo criterio mantiene MUÑOZ CONDE al manifestar, lo que se sanciona en el Art. 428, es el acto de “influir prevaliéndose”, es decir abusando de una situación de superioridad originada por cualquier causa. En el caso de que el sujeto activo de esa influencia sea un funcionario público o autoridad, el prevalimiento se puede derivar del propio cargo que ejerce, superioridad en el orden jerárquico o político respecto del funcionario o autoridad sobre el que influye. Pero también se podría dar el caso en el cual puede ser suficiente que el prevalimiento se derive de la relación personal entre el funcionario público o autoridad con el funcionario influido.

Sin embargo se debe hacer una interpretación restrictiva del concepto de influencia, basándose para ello en el prevalimiento como elemento diferenciador, entre la simple influencia atípica y la influencia constitutiva de delito. Visto desde la perspectiva del

---

<sup>151</sup> Sobre este particular véase a COBO DEL ROSAL, M. (coordinador) y Otros, “Derecho penal parte especial”, 2ª edición revisada, Madrid 2005, pp. 907-913.

<sup>152</sup> MORILLAS CUEVA, L. y PORTILLA CONTRERAS, G. “Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias”, comentarios a la legislación penal, tomo XVI, Madrid 1994, pp. 231 y ss.

prevalimiento con abuso de una situación de superioridad, la influencia que se ejerce de este modo constituye un verdadero ataque a la libertad de decisión del funcionario público o autoridad, que tiene que adoptar en el ejercicio de su cargo una decisión, introduciendo en su motivación elementos ajenos a los intereses públicos.<sup>153</sup> En el caso de que la influencia se ejerza a través de terceros, el funcionario público o autoridad “intermediario” también puede responder por el delito previsto en el Art. 428 del CP. El delito de tráfico de influencias en cadena, es por lo demás, hoy en día con la evolución de la delincuencia sofisticada, una de las manifestaciones más frecuentes de la “corrupción política y administrativa” y que puede llegar a ser el germen de una verdadera organización criminal, constituyendo un aparato de poder dentro de la propia Administración Pública, en la que resulta difícil sancionar penalmente con la actual legislación, en la medida en que cierta clase de influencias que se derivan de las relaciones personales, afectivas, familiares, etc. no entran directamente en el tipo penal, salvo que se dé una concreta situación de prevalimiento; es así que los límites entre el acto delictivo y lo simplemente inmoral son en esta materia difícil de marcar, debido al vacío manifiesto que se aprecia en la configuración de los tipos penales.

La Jurisprudencia de la Sala 2ª ha declarado que entre los requisitos del tráfico de influencias, además de la condición de funcionario público o autoridad del sujeto activo y del destinatario de la influencia, y de la finalidad de obtención de un beneficio económico, para sí o para un tercero, ha de concurrir un acto concluyente que rellene el tipo penal, esto es, que se ejerza predominio o fuerza moral sobre el funcionario o autoridad influido, de manera que su resolución o actuación sea debida a la presión ejercida, debiéndose añadir que el hecho ha de afectar al principio de imparcialidad de la Administración Pública.<sup>154</sup>

Como se puede apreciar en el Art. 428 del CP se hace referencia a dos órdenes de sujetos: el sujeto activo que ejerce la influencia y el sujeto que es objeto de la influencia que eventualmente dicta una resolución administrativa, en cuanto a la determinación de

---

<sup>153</sup> Así, MUÑOZ CONDE, F. “Derecho penal parte especial” 19ª edición revisada, Valencia 2013, pp. 955-961. La conducta típica del sujeto activo consta de tres elementos, que han sido destacados en la STS de 5 de abril de 2002. El caso del patrocinio de las camisetas del Atlético de Madrid: 1) la acción de influencia del sujeto 2) el prevalimiento de una situación y 3) la finalidad del beneficio económico.

<sup>154</sup> Así mismo refiere SUÁREZ-MIRA RODRIGUEZ, C. (coordinador) y Otros, “Manual de derecho penal. Tomo II, parte especial”, 4ª edición, Navarra 2006, pp. 537-541. La influencia se puede dar no sólo sobre el funcionario con competencias para resolver, sino también sobre aquellos que desarrollen funciones “significativamente condicionantes” de aquélla, como en el caso de los informes técnicos.

la autoría del sujeto activo no existe la menor duda, en tanto que la dinámica punitiva de éste se sustenta en la acción de la influencia. El problema se plantea cuando se trata de la calificación del sujeto influido como partícipe, y en concreto como cooperador necesario, en tanto que su contribución a la obtención de la resolución deseada por el sujeto activo, es de carácter esencial, o bien como mero objeto de la acción. Esta incertidumbre es producto del vacío manifiesto que se sustrae del texto de la norma penal y de una configuración cuidadosamente adaptada a los intereses de ciertos grupos de poder y de los propios políticos o legisladores, como actores principales de la mayor parte de escándalos de corrupción política y administrativa que sistemáticamente han venido ocurriendo en las distintas administraciones del Estado, de las Comunidades Autónomas, en los mismos partidos políticos y en los sindicatos, donde están comprometidos los altos cargos del gobierno y la propia clase política como integrantes del poder legislativo. Por ello, resulta difícil frenar y sancionar la amplia gama de actuaciones delictivas, por la ineficacia y la inaplicabilidad de la norma penal, debido a que la configuración defectuosa de los tipos penales previsto en los artículos 428, 429 y 430, del CP, giran en torno a al término “resolución”, que condiciona la tipificación del delito, habiendo blindado de este modo la imputación de sus autores y evitar de esta forma la punibilidad de una amplia gama de conductas delictivas que se producen en la órbita de la función pública, amparados en el poder y la influencia de los grupos dominantes. De modo que la resolución, no es más que la punta del iceberg o el filtro de una Ley franqueable que permite tipificar y sancionar solamente los actos delictivos vinculados con la resolución, dejando fuera una amplia gama de conductas y actuaciones delictivas que no necesitan de una resolución para conseguir los objetivos que persiguen.

Por otro lado, con relación a los sujetos del Art. 428, se presenta el dilema de que si estamos ante un tipo penal de estructura unilateral o por el contrario es de estructura bilateral. De tratarse de un delito bilateral estaríamos ante el supuesto de un acuerdo de voluntades entre ambos sujetos, es decir entre el funcionario influyente y el funcionario influido, que convergen en la realización del injusto penal, que determinaría la responsabilidad penal del funcionario influido como cooperador necesario en el delito de tráfico de influencias. Pero en caso contrario, si estamos ante un delito de estructura unilateral, el delito no requiere la convergencia de voluntades, lo que permitiría analizar

la responsabilidad de ambos sujetos de forma independiente, para descartar o encontrar la responsabilidad del sujeto influido en el delito de tráfico de influencias.<sup>155</sup>

Si tomamos en cuenta, así tal como está redactado el texto del Art. 428 del CP, naturalmente nos conduce a poner en cuestión el posible acuerdo de voluntades entre el sujeto activo y el funcionario influido. Por lo tanto se descarta la responsabilidad penal por el delito de tráfico de influencias del funcionario influido, que obedece al hecho de que quién ejerce la influencia, actúa presionando para determinarle a emitir una resolución consiguientemente mediatizada. En contra de la consideración de que tal voluntad está verdaderamente mediatizada, se puede suponer que el funcionario puede actuar a cambio de algún tipo de contraprestación o beneficio. De modo que, de considerarse que la voluntad está mediatizada, se podría confirmar que también lo está en el supuesto del cohecho pasivo, cuando el funcionario acepta la oferta del particular y no por ello dicho funcionario deja de cometer el delito de cohecho. Sin embargo las características peculiares del tráfico de influencias y el cohecho son diversas, en el cohecho cuando se produce el acuerdo, la voluntad del funcionario aparece de forma clara, la finalidad de obtener una recompensa, en cambio, en el tráfico de influencias no se considera estos hechos y su tipificación gira en torno a la influencia y la resolución.

Estos aspectos constituyen la frontera que separan el delito de tráfico de influencias del cohecho, aunque no se debe descartar que en el delito de tráfico de influencias exista un acuerdo o intercambio de intenciones entre los sujetos intervinientes, pero este aspecto no se considera de manera expresa ni se concreta como objeto determinante o determinable para la tipicidad del delito. Lo que si se toma en cuenta es la presencia del elemento de la presión, que produce el forzamiento de la voluntad del funcionario influido, cuando esta deriva del prevalimiento del sujeto activo.<sup>156</sup>

En efecto, respecto a los sujetos en el delito de cohecho se descarta la bilateralidad de la conducta, no porque el acuerdo de voluntades sea ajeno a la figura delictiva,

---

<sup>155</sup> Sobre este aspecto véase a CUGAT MAURI, M. "La desviación del interés general y el tráfico de influencias", *Cedecs Barcelona* 1997, pp.171-174. Quién afirma, que sólo pueden ser sujetos activos del delito previsto en el Art. 428, aquellos sujetos, que reuniendo los requisitos del Art. 24, convenientemente interpretados por la doctrina, puedan realizar la conducta delictiva en el ejercicio del cargo o de sus funciones. (p. 180).

<sup>156</sup> Véase a POLAINO NAVARRETE, M. y Otros, "Lecciones de derecho penal parte especial", adaptada a la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del código penal tomo II, Madrid 2011, pp. 336-337. Afirma, que el sujeto activo ha de actuar con prevalimiento de las facultades inherentes a su cargo público, o bien en virtud de cualquier otra relación personal o jerárquica, directa o indirectamente ejercitada sobre el funcionario sometido a la presión de una autoridad o de otro funcionario.

puede existir y de hecho existe en todos los casos de aceptación de recompensa, sino porque la definición típica adelanta la consumación a la mera solicitud u ofrecimiento de contraprestación, sin que sea necesario que el acuerdo se perfeccione. En cambio, en el planteamiento que se ha adoptado en la configuración del tráfico de influencias, la bilateralidad del delito se ha descartado por la estructura de la conducta, que hace excluir la existencia de un acuerdo de voluntades entre los sujetos, que se fundamenta en el ejercicio abusivo de la influencia del sujeto activo que actúa presionando al funcionario influido para mediatizar su decisión.

Por lo mismo manteniendo esta línea CUGAT MAURI manifiesta, que es adecuado excluir la responsabilidad del funcionario influido en el delito de tráfico de influencias, y limitar en su caso, al resultado que se derive de la resolución emitida, de modo que así nos encontramos, ante un supuesto de participación necesaria impune del sujeto influido, en el que la propia estructura del delito impide considerar la convergencia de voluntades en la realización del injusto penal, por tanto el sujeto influido es impune y no se le puede considerar como cooperador del sujeto activo, en la medida que actúa presionado por éste, tampoco puede ser considerado como inductor, porque el sujeto influido es objeto de la presión o la influencia que sobre él ejerce el sujeto activo, es decir el funcionario o autoridad influyente.<sup>157</sup>

Admitiendo las afirmaciones que en la doctrina se mantiene sobre el delito de tráfico de influencias, en cuanto a la estructura unilateral de la conducta, la impunidad del sujeto influido, el prevalimiento, el ejercicio de la presión en la influencia, la resolución como elemento de tipificación y otros aspectos. Si bien todo ello tiene su fundamento en la propia norma penal y se ha tomado al pie de la letra el texto expreso del Art. 428, lógicamente nos parece correcto y jurídicamente apropiado. Pero si nos ponemos a reflexionar la auténtica realidad de los hechos, es distinta y no concuerda con la verdadera esencia del tráfico de influencias, por que si así fuera, ninguna trama de corrupción prosperaría. Sin embargo se vienen descubriendo una tras otra, toda una

---

<sup>157</sup> En este sentido CUGAT MAURI, M. "La desviación del interés general y el tráfico de influencias", Cedecs Barcelona 1997, p. 174. La sistemática legal del delito de tráfico de influencias es compleja, y su configuración delictiva muy defectuosa por causa de diversos factores, como la multiplicidad de elementos típicos, el enojoso casuismo de que adolecen las descripciones positivas y la delimitación respecto de otras figuras delictivas contra la administración de justicia. La realidad de la picaresca delincuencia de los funcionarios influyentes e influidos, ha desbordado las previsiones normativas de la legislación penal, rebasando olímpicamente los límites de las tradicionales figuras de delitos funcionariales.

gama de tramas y mega corrupciones, que se han instituido en todos los niveles de la Administración Pública de forma sistemática, donde no solo existe un acuerdo de voluntades y el compromiso de los sujetos, sino toda una gama de estrategias y medios debidamente planificados para llevar a cabo la operación planteada. Es más, en esta clase de delitos los procedimientos delictivos van evolucionando con el tiempo acorde con el desarrollo socio-económico.

Este cúmulo de apreciaciones que se evidencian en la configuración de los tipos penales, nos debe invitar a reflexionar sobre la esencia misma del tráfico de influencias, y apostar por nuevos planteamientos que encajen con la verdadera naturaleza jurídica del delito de tráfico de influencias, reconsiderando las posiciones que se vienen manteniendo en una parte de la doctrina anclados en el contenido expreso de la norma penal con respecto a la configuración delictiva y los elementos integradores, como aspectos determinantes o necesarios para la tipificación del delito, que con los planteamientos que se vienen sosteniendo con el mismo criterio sobre la base de estos elementos como condicionantes del ilícito penal, dificultan aún más la tipificación del delito y consiguientemente, resulta difícil la persecución y sanción de los sujetos responsables del delito, especialmente tratándose de aquellos funcionarios públicos que ostentan poder e influencias como recurso de bloqueo a la acción de la justicia.

### III.3.1- DEFINICIÓN LEGAL DE AUTORIDAD

Resulta necesario abordar sobre la interpretación legal del concepto de autoridad y funcionario público a efectos penales en los delitos contra la Administración Pública, siendo el punto de partida la definición que da el Art. 24 del CP así:

*Art 24. 1º- A efectos penales se reputará autoridad al que por si solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso tendrán la consideración de autoridad los miembros del congreso de diputados, del senado, de las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del ministerio fiscal.*

*2º- Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe del ejercicio de funciones públicas.*

Es ardua una precisa demarcación conceptual entre autoridad y funcionario. Pues cada uno de los requisitos normativos del concepto jurídico de funcionario ha de

concurrir en el de autoridad. La esencia de su diferenciación estriba en el poder de coacción concreto, que compete a la autoridad y es determinante la presencia de una relación de prevalencia o de superioridad, por lo que resulta procedente la existencia de una determinada conducta activa o de omisión, en cambio, el funcionario público no posee como necesario tal poder de coacción que solo de un modo general y abstracto podría darse en él. La noción de autoridad se configura en el Art 24. 1 del CP conforme a un requisito de competencia objetiva, legalmente expresado por las facultades de tener mando o ejercer jurisdicción propia. El ejercicio de estas facultades decisorias puede realizarse por parte del titular de dicha cualidad jurídica de autoridad, por sí solo o como individuo de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado.

- NOCIÓN DE CORPORACIÓN.- El concepto penal de corporación abarca el conjunto de corporaciones, instituciones, sociedades, asociaciones, colectivos y entidades de carácter jurídico público, con excepción de los entes colegiados, que conforme a su naturaleza, constituyan tribunales judiciales o administrativos, y que por su naturaleza específica se deben de ubicar en la noción penal de tribunal (ORTS GONZÁLES).

- NOCIÓN DE TRIBUNAL.- La noción normativa de tribunal a efectos penales constituye una específica categoría de las corporaciones, que posee naturaleza y estructura propias por virtud de la asignación de competencias para conocer de asuntos en litigio y juzgar legalmente en sede jurisdiccional o administrativa.

- NOCIÓN DE ÓRGANO COLEGIADO.- La alusión a órgano colegiado fue incorporado en el CP del año 1995. La corporación o tribunal representan órganos colegiados, integrados por una pluralidad de componentes. A efectos penales la corporación y tribunal se consideran órganos colegiados por antonomasia, en contraste a la autoridad unipersonal. En el supuesto de que el tribunal o la corporación estaría integrado por una única persona, la actuación de la misma ya estaría comprendida en la hipótesis de autoridad, que ejerce por sí sola las facultades legales que le competen.<sup>158</sup>

- NOCIÓN DE TENER MANDO.- La expresión tener mando hace referencia al ejercicio de una actividad, que se caracteriza por la potestad de reclamar obediencia, la cual es

---

<sup>158</sup> *Existen tribunales unipersonales, que la expresión legislativa parece desconocer, y tribunales mixtos, como los jurados especiales del sistema español integrados por un solo funcionario y una pluralidad de particulares legos en derecho. Para determinar la condición de autoridad, habría sido más correcto que el CP hubiera hecho referencia a quienes legalmente están conferidas las facultades decisorias en la gestión de la cosa pública, bien sea actuando por sí solo como miembro de alguna corporación, tribunal o cualquier otro órgano colegiado (POLAINO NAVARRETE, M. p.273).*

concebida como una facultad legal reconocida para la dirección interna de las administraciones públicas estatales, y no salvo en configuraciones autoritarias, como una potestad que implique el reconocimiento de los poderes públicos de mandar a los ciudadanos (QUERALT JIMÉNEZ).

- NOCIÓN DE EJERCER JURISDICCIÓN.- La potestad de ejercer jurisdicción propia, se debe de entender como la facultad de conocer de los asuntos que son sometidos por el ordenamiento jurídico a la competencia de la autoridad singular, para resolver las cuestiones sujetas a las consideraciones de la misma, en aplicación del derecho objetivo (QUERALT JIMÉNEZ).

- NOCIÓN DE AGENTE DE AUTORIDAD.- El concepto de agente de la autoridad, no puede confundirse con el de autoridad, pues es un mero colaborador funcional de la autoridad, que participa en el ejercicio de la actividad propia de la misma, en alguna forma legalmente prevista. No precisa ostentar la cualidad de funcionario.

El agente de la autoridad presta colaboración en la ejecución de las resoluciones de la autoridad o en otras actuaciones de ésta. En cambio el funcionario público participa por sí mismo en el ejercicio de la función pública, por virtud del específico título legal de habilitación o legitimación para ello. Podrán coincidir ambas cualidades de agente de la autoridad y de funcionario. El agente de la autoridad será funcionario solo, cuando además de agente de la autoridad o independientemente de ello, sea así mismo funcionario público, al estar investido de esta condición por alguna de las fuentes legales que confieren tal cualidad (POLAINO NAVARRETE).<sup>159</sup>

Con las aclaraciones expuestas el criterio de interpretación para determinar quienes son funcionarios constituidos en autoridad, reside en el propio Art. 24.1 del CP, al enunciar las pautas legales que lo caracterizan como tal, por ello para ser autoridad se debe ser al mismo tiempo funcionario público a efectos penales, es decir se debe poseer la habilitación que la Ley penal exige y participar en las funciones públicas.

En este sentido se entiende que la autoridad exige conceptualmente obediencia, la

---

<sup>159</sup> En este sentido POLAINO NAVARRETE, M. y Otros, "Lecciones de derecho penal parte especial", adaptada a la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del código penal, tomo II, Madrid 2011, p. 274.

La doctrina ha venido aceptando una posición minoritaria de considerar únicamente agentes de la autoridad, a aquellos sujetos que sean funcionarios a efectos penales, conforme a una disposición legal y no meramente reglamentaria. Siguiendo este criterio los vigilantes jurados, prototípicos agentes de la autoridad en disposiciones reglamentarias, pues como queda dicho tal remisión a los reglamentos vulnera el principio de legalidad, si el sujeto no es previa o simultáneamente un funcionario público a efectos penales.

autoridad por el hecho de estar investido de tal condición, le asiste la potestad de mandar, de ordenar. En consecuencia el término mando ha de entenderse como la potestad de reclamar obediencia. En otro sentido entiende la STS de 14 de julio de 2006 al equiparar la potestad de mando con la de tomar decisión.

En cuanto a la jurisdicción se debe entender no solamente como la potestad de juzgar, sino algo más diferente como la potestad de resolver los asuntos sometidos a la consideración del funcionario público, constituido en autoridad que implique la aplicación del derecho objetivo. La jurisdicción del funcionario debe ser propia para ser considerado como autoridad a efectos penales, la autoridad puede ser conferida al funcionario individualmente o como miembro de un órgano colegiado. Se debe señalar cuando se ejerce la autoridad por delegación, lo cual es frecuente en la esfera administrativa, esta no se considera como autoridad a efectos penales.

En resumen, será autoridad a efectos penales el funcionario público que tenga atribuida una competencia, de manera individual o como miembro de un órgano colegiado de derecho público, para ordenar la práctica de las actuaciones o adoptar la resolución de los asuntos sometidos a su consideración o que hayan sido encomendados a dicho órgano.<sup>160</sup>

### III.3.2- DEFINICIÓN LEGAL DE FUNCIONARIO PÚBLICO

Tomando como referencia el precepto del Art. 24.2, la noción de funcionario público a efectos penales, representa un concepto netamente jurídico, siendo una definición estrictamente normativa. No obstante, la mera cualidad jurídica que formalmente legitima no es suficiente, para la correcta delimitación del concepto penal de funcionario público, sino que ciertamente se precisa una real participación en el ejercicio de las funciones públicas (COBO DEL ROSAL).

---

<sup>160</sup> Sobre el particular véase a QUERALT JIMÉNEZ, J. "Derecho penal español parte especial", 6ª edición revisada, Barcelona 2010, pp. 1113-1123. Afirma, que todos los parlamentarios, ya sean europeos, estatales o autonómicos, ahora por expresa y novedosa mención legal, tienen el carácter de autoridad a efectos penales. Difícilmente puede concebirse más públicas que las de representar la voluntad popular, y en su virtud legislar y ejercer el control político sobre la actuación del gobierno respectivo. Su título de participación, por otro lado reside, no ya en la Ley, sino en la propia Constitución, al establecer ésta que accederán a tal cargo los españoles por elección popular.

Entendiendo que las funciones públicas vienen implícitas en el derecho público, hay que comprender en ellas las funciones de indudable carácter político que excede a lo meramente administrativo. La amplitud de la expresión "funciones públicas", permite la inclusión de tales funciones políticas.

Sólo puede ser funcionario público a efectos penales, quién cumpla en cada caso concreto de ejercicio de la función, la base legal exigida. No existe funcionario público sin la base legal, única fuente legal habilitadora del funcionario de la cualidad del mismo. Tal base legal habilitadora del funcionario no se circunscribe a la modalidad de la disposición inmediata de la ley. Lo que justamente varía es el carácter mediato o inmediato de aplicación de la Ley, como única fuente habilitadora para el ejercicio de la función pública (ORTS GONZÁLES).

La participación del funcionario público a efectos penales, equivale a desempeñar o ejercer la función pública sin facultades resolutorias, de conformidad con la concepción real-funcionalista, adecuada a las exigencias del ordenamiento punitivo.

El funcionario desempeña actividades mediante las que se realizan los fines estatales, y al derecho penal conviene un concepto de funcionario no jurídico-formal, sino un concepto material-real o funcional-sustantivo (SÚAREZ MONTES).<sup>161</sup>

El reconocimiento de competencias funcionariales ha de delimitarse conforme a la concepción orgánica del estado, de génesis Kelseniana, pues el funcionario no es sino, un individuo titular de las funciones orgánicas de servicio estatal, caracterizado por las notas de remuneración y profesionalidad públicas, que llevan al denominado concepto material-real de funcionario.<sup>162</sup> La raíz política que afecta a los fines del estado, dificulta en gran medida una delimitación precisa del concepto penal de funcionario público, el cual sobre la base de tales presupuestos constituye un concepto sumamente histórico y poliédrico (COBO DEL ROSAL).<sup>163</sup>

El concepto de funcionario público que da el Art. 24.2 del CP se caracteriza por las siguientes notas conforme señala MUNOZ CONDE son:

a) En primer lugar, para que se pueda considerar funcionario público a efectos penales, tiene que haberse dado una incorporación de la persona indicada a la actividad pública, ya sea por disposición inmediata de la ley, por elección o por nombramiento de autoridad competente, aunque estas tres fuentes de incorporación pueden reducirse a

---

<sup>161</sup> Véase a SÚAREZ MONTEZ, R. "Consideraciones político-criminales sobre el delito de tráfico de influencias", homenaje a la memoria del profesor Juan del Rosal, Madrid 1993, pp. 1083-1106.

<sup>162</sup> También a POLAINO NAVARRETE, M. y Otros, "Lecciones de derecho penal parte especial", adaptada a la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código penal, tomo II, Madrid 2011, pp. 271-275.

El Art. 24.2 del CP prevé tres títulos legitimadores de habilitación para el desempeño de la función pública en calidad de funcionario y son: la Ley, la elección y el nombramiento de autoridad competente.

<sup>163</sup> COBO DEL ROSAL, M. "Examen crítico del párrafo 3º del Art. 119 del código penal español (sobre el concepto de funcionario público a efectos penales)", RGLJ, tomo XLIV, Madrid 1962, pp. 213-2155.

una, a la disposición de la Ley, por cuanto la elección o el nombramiento tiene que basarse en una Ley que determine. Todo el que realice funciones públicas, careciendo de este requisito, no es funcionario público a efectos penales en ningún modo.

No obstante, en algún caso el código atribuye la cualidad de funcionario a efectos penales, al particular que realiza determinadas funciones, como ejemplo, a los efectos del delito malversación de caudales públicos, al particular legalmente designado como depositario de ciertos caudales o efectos públicos (Art. 435.2); o a los del delito de violación de secretos, al particular encargado accidentalmente del despacho o custodia de documentos (Art. 416), bastando esta atribución para asignarle dicha cualidad, siempre que obviamente se dé esa incorporación a la actividad pública en cuestión (en este caso la custodia de caudales o efectos públicos, o de los documentos).

b) En segundo lugar, es necesario que el sujeto en cuestión participe en las funciones públicas. La complejidad de la actividad administrativa y su injerencia en el ámbito privado hace difícil conceptuar aquello que se entiende por función pública. La función pública es la actividad proyectada al interés colectivo o social, al bien común y realizada por órganos estatales y paraestatales. Funciones públicas son las actividades administrativas centrales, autonómicas, provinciales y locales, como las económicas, sanitarias, educativas, comunicaciones, etc. Pero en ningún caso es suficiente con que se participe en la función pública, es preciso que se haga por alguno de los títulos expresados en el Art 24.2. Así mismo, se debe considerar que a efectos penales es también funcionario público quién participa en una actividad a través de una sociedad con forma de derecho privado, pero participada por la administración y el personal laboral contratado, etc. siempre que participe del ejercicio de la función pública.<sup>164</sup>

La definición que da el Art 24 del CP por ser tan laxa, no es sin embargo lo suficientemente amplia como para poder servir de denominador común a todos los tipos delictivos contenidos en el Título XIX, Como hemos indicado se hace extensiva la responsabilidad penal a los sujetos que en ningún modo pueden considerarse funcionarios a efectos penales. Así por ejemplo, el Art 422 hace extensiva las penas del

---

<sup>164</sup> En este sentido MUÑOZ CONDE, F. "Derecho penal parte especial", 14<sup>o</sup> edición revisada, Valencia 2002, pp. 929-934. En la medida en que se accede a la función pública, quién no reúne las condiciones legales para ello, tal incorporación adolece de un defecto jurídico esencialmente invalidante del título de integración en el ejercicio de la función pública en concepto de funcionario. Se evidencia una contradicción entre la única fuente legitimadora la Ley, para acceder en derecho al título de funcionario y el ejercicio extralegal de la función pública (POLAINO NAVARRETE, M. p. 275).

cohecho a los jurados, árbitros, peritos o cualquier persona que participe en el ejercicio de la función pública; el Art. 435.3 en malversación a los depositarios o administradores de caudales embargados; el Art. 416 de la infidelidad de la custodia de documentos a los particulares encargados accidentalmente de su custodia.

Por eso, el concepto de funcionario público, o en su caso el de autoridad, es ante todo un concepto funcional que debe extraerse del ámbito de cada tipo delictivo, teniendo en cuenta para ello la finalidad político-criminal perseguida por el legislador con la creación del precepto.

Además del dilema del concepto de funcionario o autoridad está el problema de la participación de aquél que no es funcionario en los delitos cometidos por estas personas en el ejercicio de los cargos. Estos pertenecen al grupo de los delitos especiales, por cuanto se exige en los sujetos activos determinadas cualidades personales. La doctrina suele distinguir entre delitos especiales impropios y propios. En los delitos impropios, resuelve la cuestión de la participación de extraños aplicando el Art. 65, de forma que el funcionario respondería por el delito especial y el extraño por el delito común, independientemente de cual haya sido su contribución al hecho concreto. MUÑOZ CONDE refiere que en los delitos propios sólo se excluyen la coautoría y la autoría mediata del extraño, pero no la hipótesis de participación.<sup>165</sup> Respecto de la intervención del particular en estos delitos, muchas veces el problema se ha resuelto elevando a la categoría de delito independiente contra la administración pública la conducta delictiva del particular, por ejemplo en el caso del Art.418 cuando se aprovecha de la información privilegiada suministrada por el funcionario o autoridad, o en el caso del Art 423, que castiga al particular que intenta corromper a las autoridades o funcionarios públicos, o en el Art 429 que castiga al particular que influyere en un funcionario o autoridad, pero cuando no es así deben aplicarse las reglas generales de la participación, respondiendo también el sujeto particular por el delito especial como

---

<sup>165</sup> *Se debe tener en cuenta que respecto al funcionario público la responsabilidad penal en esta materia corre paralela con la responsabilidad disciplinaria, dado el carácter de infracción del oficio público que estos delitos tienen. Donde la responsabilidad disciplinaria puede ser incluso más grave que la penal, pudiendo llegar en las infracciones graves a la separación definitiva del servicio. Por otra parte se debe indicar también que distinta de la responsabilidad penal y de la responsabilidad administrativa, es la responsabilidad política, que suele plantearse con frecuencia cuando se dan casos relacionados con los delitos contra la administración pública, en los que pueden estar involucradas autoridades políticas. La responsabilidad penal no exime a la responsabilidad política, tampoco la responsabilidad política exime a la responsabilidad penal. Ambos van por derroteros distintos y no tienen porque excluirse o impedirse mutuamente (MUÑOZ CONDE, F. "Derecho penal parte especial", 14ª edición, Valencia 2002, p. 933).*

consecuencia de su conducta delictiva. Además de las consideraciones sobre la participación de los funcionarios y de los particulares en la función pública, en concordancia con la definición legal que da sobre funcionario público el Art. 24.2 al disponer textualmente: “Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de las funciones públicas”. Conviene definir aquellos casos en los que se consideran o se asimilan a la condición de funcionario público.

- LOS FUNCIONARIOS DE HECHO.- Se denominan funcionarios de hecho, a aquellas personas que son elegidas o designadas como funcionario público, por parte de quién tiene las legítimas facultades para hacerlo, pero sin reunir para ello las condiciones legalmente necesarias para recibir y ostentar tal nombramiento jurídico. En igual forma define MUÑOZ CONDE: Se entiende por funcionario de hecho, a quién habiendo sido nombrado o elegido legalmente, no reúne las condiciones necesarias para ello. En este caso, el que es así nombrado o elegido es funcionario público a efectos legales y puede en consecuencia, cometer los delitos en los que se exija esa cualidad, en tanto no se ponga término a la anómala situación, sin perjuicio de las sanciones en que incurriere quién lo nombre o él mismo. Cuando el nombramiento es ilegal y el particular acepta ese nombramiento a sabiendas de su ilegalidad, estaríamos frente a un delito específico previsto en el Art. 406 del CP. Otra cosa es cuando el sujeto sin título se atribuye a sí mismo la función pública, ya que en este caso lo que hay es un delito de usurpación de funciones previsto en el Art. 402.<sup>166</sup>

- LOS ASIMILADOS A FUNCIONARIO.- Determinadas personas en ocasiones típicas diversas, son consideradas como si fuesen funcionarios públicos, sin serlo en absoluto, tanto por no reunir los requisitos legales para su nombramiento concreto como tales, o como por no haber sido objeto de nombramiento alguno.

Como señala POLAINO NAVARRETE con estas hipótesis el código penal opera con un concepto legal ficto de funcionario público, en el marco de previsiones extensivas de punibilidad que equipara lo público y lo privado. El ordenamiento punitivo efectúa en tales casos una asimilación de determinados sujetos a la calidad de funcionarios

---

<sup>166</sup> Sobre este particular MUÑOZ CONDE, F. “Derecho penal parte especial”, 14<sup>o</sup> edición revisada, Valencia 2002, pp. 930-931. El concepto penal permite incluir a los funcionarios de hecho, es decir a aquellos en los que concurre algún tipo de irregularidad administrativa para la posesión de las competencias públicas sin que concurren en ellos los requisitos legales necesarios, entre los que se puede considerar a aquellos que han sido elegidos legalmente.

públicos, equiparando penalmente sus conductas a las de los funcionarios, en virtud de la relación de las mismas con la función pública.<sup>167</sup> Así ocurre por ejemplo con los abogados y procuradores en los tipos de obstrucción a la justicia y deslealtad profesional (Art. 466 y ss. del CP); los encargados por cualquier concepto de los fondos, las rentas o efectos de la Administración Pública, los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos, los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por mandato de la autoridad pública aunque estos pertenezcan a particulares (Art. 435 del CP); los jurados, árbitros, peritos o cualquier persona que participe en el ejercicio de la función pública (Art. 422 del CP).

#### III.4.- EL SUJETO PASIVO EN EL ARTÍCULO 428 DEL CÓDIGO PENAL

Con relación al sujeto pasivo en el tipo penal del Art. 428 del CP, todavía no se han planteado claramente en la doctrina mayoritaria ni en la jurisprudencia, argumentos jurídico-doctrinarios para determinar concretamente el sujeto pasivo en estos delitos, lo que viene dando lugar a una cierta incertidumbre jurídica en este tema. Sin embargo, conviene destacar la aportación importante de algunos doctrinarios que han alcanzado sus planteamientos con un acertado criterio lógico-jurídico, y sostienen que el sujeto pasivo en el delito de tráfico de influencias es “la comunidad”, porque ella es la que representa legítimamente a la colectividad y es la titular del interés general.

Sobre este aspecto sostiene categóricamente QUERALT JIMÉNEZ, que el sujeto pasivo en el delito de tráfico de influencias es “la comunidad”, es decir la colectividad en general, porque es ella la que sufre el ataque, o ha quién le afecta en última instancia el menoscabo de sus derechos y oportunidades. Cualquier ataque al interés general, implica un ataque a la colectividad que es el titular legítimo del interés general, y el estado es quién debe brindarle toda clase de protección y servicios a través de la Administración Pública. Por tanto el sujeto pasivo en el tipo penal previsto en el Art 428

---

<sup>167</sup> Cfr. con POLAINO NAVARRETE, M. y Otros, “Lecciones de derecho penal parte especial”, adaptada a la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del código penal, tomo II, Madrid 2011, pp. 271-275. Quién afirma, que tales asimilaciones personales y equiparaciones punitivas no equivalen a la identidad conceptual. Si así fuera, habría que prescindir del concepto penal de funcionario público, al identificarse con el mismo sujeto que no lo son; o bien habría que operar con un concepto tan extensivo de funcionario, que la legalidad y la tipicidad penales cederían paso a la inseguridad jurídica y a la incertidumbre normativa.

del CP es concretamente “la colectividad en general”, como titular del interés general. Aunque puede darse el caso, de que el sujeto pasivo en este delito, podría ser hasta cierto punto el funcionario presionado, cuando es objeto de una presión o influencia con abuso de superioridad, que sobre él se ejerce, para doblegar su voluntad y obligarle a tomar una decisión forzada.<sup>168</sup>

En este sentido afirma MUÑOZ CONDE, con algunas aclaraciones en el supuesto de un caso concreto, el funcionario o autoridad sobre el que se ejerce la influencia “puede ser” sujeto pasivo, pero también puede llegar a denunciar estos delitos, cuando una presión o influencia inculca su rectitud y profesionalidad, pero también en otros casos, puede convertirse en sujeto activo de un delito de prevaricación, malversación de caudales públicos o cualquier otro delito, sin que la influencia y el prevalimiento tengan que incidir efectivamente en la disminución de la responsabilidad, en estos casos se estaría dando una estructura similar a la de inducción, pero no la de autoría mediata. Además de estos casos referidos, se podrían dar una variedad de supuestos con respecto al rol que juega el funcionario público en el desempeño de sus funciones, donde no solamente puede llegar a ser el objeto del delito, sino también puede convertirse en sujeto pasivo o activo del delito excepcionalmente, pero normalmente el sujeto pasivo en el delito de tráfico de influencias, es la comunidad como legítimo titular del interés general, y que con la vulneración de las normas y reglas de actuación en la función pública por parte de funcionarios en su afán de conseguir beneficios extras o ventajas afectan al interés general, del cual es titular precisamente la comunidad o sociedad en general.<sup>169</sup>

Por ello, la fundamentación del bien jurídico que se extrae de la Constitución del Estado, permite la atribución de la titularidad de los bienes jurídicos a los ciudadanos, puesto que en ella, los ciudadanos son el fin referente fundamental y aún más directo,

---

<sup>168</sup> En este sentido QUERALT JIMÉNEZ, JOAN J. “Derecho penal español parte especial”, 6º edición, Barcelona 2010, pp.1176-1181. La influencia debe ser manifiesta y determinante por parte del sujeto activo del delito, de modo que el funcionario influido las perciba, como una presión dominante, sin posibilidad de oponerse o resistirse a dicha presión, sea por la relación de jerarquía o por cualquier otra situación de dependencia.

<sup>169</sup> En esta línea MUÑOZ CONDE, F. “Derecho penal parte especial”, 19 º edición, Valencia 3013, pp. 957 y ss. Las coincidencias que puedan darse entre el delito de tráfico de influencias y otros delitos, deben resolverse conforme a la teoría del concurso de leyes, aplicando el principio de alternatividad /Art. 8. 4), es decir el precepto que prevea mayor sanción para el delito cometido. Sin embargo, cuando a través de estos delitos de tráfico de influencias se cometan otros con bienes jurídicos diferentes (prevaricación, violación de secretos, malversación de caudales públicos, etc.), se dará el correspondiente concurso de delitos, normalmente en una relación medio-fin (Art. 77).

que en la legislación penal. Esta posición es coherente con el modelo de un Estado de Derecho, en el que la acción pública se legitima por su orientación a la persona y la protección de bienes jurídicos colectivos. Esta protección personalista se plasma en el Art. 10 de la CE, en el que se reconoce que “la dignidad humana, los derechos que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son el fundamento del orden político y de la paz social”. Desde este punto de vista, la protección de los bienes colectivos, se entiende como una finalidad de carácter instrumental, respecto de la protección de los bienes individuales, de los cuales son titulares los propios ciudadanos. En concordancia con esta línea CUGAT MAURI afirma, en la medida en que la definición del sujeto pasivo depende del bien jurídico del que es titular, tiene que ver también con el criterio de legitimación material. En este sentido el titular de los bienes jurídicos en un Estado Democrático, debe centrarse en el ciudadano, que es el que le da legitimidad a todo el sistema. Más en concreto, el bien jurídico individual de la libertad, no se puede privar con la pena, sino es para proteger los bienes jurídicos de los que también los ciudadanos son sus titulares directos. Por ello en coherencia con un Estado de Derecho sujeto al imperio de la Constitución y las Leyes, considera que el sujeto pasivo en los delitos contra la administración pública y concretamente en el delito de tráfico de influencias deben ser los ciudadanos, es decir la colectividad en general, que representa los bienes jurídicos de carácter colectivo, y por lo tanto es el legítimo titular del interés general.<sup>170</sup>

En coherencia con lo expuesto, creo que por la especialidad de estos delitos se puede apreciar que su titular no es ningún ciudadano particular, sino el conjunto de la colectividad, es decir la comunidad, en la medida en que la Administración Pública está orientada a proteger y satisfacer los intereses públicos. El problema se encuentra en la defensa de los intereses difusos, puesto que, como se ha observado, la falta de un

---

<sup>170</sup> Sobre el particular véase a CUGAT MAURI, M. “La desviación del interés general y el tráfico de influencias”, Barcelona 1997, pp. 186-190. Por su parte JIMÉNEZ DE ASÚA, L. “Tratado de derecho penal”, 3ª edición, Buenos Aires, tomo III, quién distingue las diversas situaciones en las que el estado puede aparecer como sujeto pasivo. Entre los que refiere las que aparece como sujeto pasivo genérico o mediato, único, junto a otro sujeto en el que se personifica la autoridad o la función del estado, o junto a otro sujeto cuyos intereses se lesionan en el ámbito del interés estatal. En este mismo sentido BETTIOL, *Diritto*, cit. Pp. 187 y ss. Quién considera que aún, cuando la norma penal tutela intereses individuales o sociales que no parecen tener por titular al estado, éste asume como propios tales intereses en el momento de la tutela penal. Por lo tanto los intereses individuales no tienen relevancia penal, como máximo son presupuestos de una norma penal a favor del individuo. No existe por lo tanto, una subjetivización de la norma penal a favor del particular, sino una sublimación del interés individual en la esfera de los intereses públicos. El interés privado individual es tutelado como si fuera un interés público.

sujeto pasivo específico ha contribuido ha incrementar estos delitos que no se pueden denunciar precisamente por las incongruencias de la norma penal en la configuración del delito de tráfico de influencias.

En estos delitos resulta especialmente relevante la distinción conceptual entre sujeto pasivo y el objeto de la acción, puesto que no coinciden en el mismo sujeto y se debe evitar caer en la identificación del segundo con el primero. Ello es consecuencia, de que siendo el bien jurídico de carácter colectivo, “el funcionario público influido no se considera sujeto pasivo”. De modo que no tiene la legitimación legal ni procesal para la interposición de una querrela. En cambio, será considerado objeto de la acción, en tanto que sobre él recae la acción típica que deriva en el desvalor del resultado. De este modo se debe entender que el funcionario público además de ser el objeto de la acción delictiva, se puede convertir en un medio o eje fundamental para canalizar la realización de todos los actos necesarios de una trama, con la finalidad de conseguir los objetivos que se persiguen y en esta secuencia influencia-medio-fin, el funcionario público presta necesariamente su contribución, al decidir participar voluntariamente en la operación planteada al aceptar llevar a cabo los actos necesarios que le plantea el funcionario influyente, sea por razones del cargo, por situaciones derivadas de su relación personal o jerárquica, o por ser parte de la trama y beneficiario indirecto, como sucede en la mayoría de las tramas de corrupción que se vienen descubriendo en Administración Pública.

#### IV.- EL EJERCICIO DE INFLUENCIAS DE PERSONA PARTICULAR SOBRE FUNCIONARIO PÚBLICO O AUTORIDAD (ART. 429 DEL CP)

Esta figura delictiva es la modalidad característica más frecuente del delito de tráfico de influencias, que se encuentra prevista en el Art. 429 del CP cuyo contenido dice:

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

De acuerdo con lo establecido en el texto del Art. 429 del CP, comete este delito la

persona particular que influye en un funcionario público o autoridad prevaleciéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad, para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero. El texto de este artículo se asemeja en lo sustancial al contenido en el Art. 428, con la diferencia de que el sujeto activo del delito es una persona particular, pero también en este caso puede llegar a ser sujeto activo el funcionario o autoridad cuando actúa como persona particular sin prevalerse del ejercicio de las facultades de su cargo, ni de cualquier otra situación derivada de su relación personal.

En este tipo penal, se considera atípica la conducta del funcionario público o autoridad que resulta influida, como sucede igualmente en el caso del Art. 428, es decir con esta estructura típica el funcionario no incurriría en la comisión del delito de tráfico de influencias, aunque sí, en otro delito como el de prevaricación u otro distinto. De igual forma que en el supuesto del Art. 428, no es necesario que se consiga el beneficio económico que se persigue, siendo suficiente el ejercicio de la influencia, en el caso de que se consiga dicho beneficio, esta sería una agravante de la pena. La influencia debe estar dirigida a la obtención de un beneficio económico o de cualquier otra ventaja, lo cual ha de interpretarse en un sentido amplio comprendiendo tanto el beneficio directo como el indirecto, tanto el beneficio en sentido de ganancia, como en el sentido de ausencia de pérdidas, el beneficio puede ser para el autor del delito o para un tercero. (STS, de 5 de abril de 2002).

En el tipo penal del Art. 429, el particular ejecuta los hechos o actos influyentes, prevaleciéndose de una situación derivada de su relación personal con el funcionario público o autoridad, o también a través de otro funcionario o autoridad con quién tiene relaciones personales, en este supuesto estaríamos ante un delito de tráfico de influencias en cadena, en este caso se estaría dando la autoría en cadena, al ser dos o más sujetos los que intervienen en la cadena de influencia, y esta es la modalidad auténticamente típica y de mayor práctica en el universo del tráfico de influencias, al que la jurisprudencia y parte de la doctrina no lo consideran como tal, o no lo quieren ver y mantienen una posición petrificada al texto de la norma penal, a pesar de la comisión frecuente de estos delitos en la Administración Pública que constantemente se vienen descubriendo.

Lo que el Art. 429 sanciona es el acto de influir del particular prevaleciéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con el funcionario público o autoridad, en este caso el tipo se extiende a las relaciones de carácter familiar, afectivas, amistosas, políticas o pertenencia a otras organizaciones. En esta modalidad delictiva se reprocha la conducta de los particulares que se orientan a conseguir de una autoridad o funcionario público una resolución que les reporte, directa o indirectamente un beneficio económico o ventaja para el que ejerce la influencia o para un tercero. Se trata de un delito de peligro, por que no se exige para su consumación, la obtención del beneficio perseguido, y ello sin perjuicio de que la obtención final de dicho beneficio económico, provoque el incremento de la pena u otras consecuencias jurídicas para el autor o autores del delito.

#### IV.1.- EL TIPO OBJETIVO DE LA CONDUCTA TÍPICA EN EL ART. 429 DEL CP

La figura penal prevista en el Art. 429 del código penal, incrimina la influencia del particular sobre el funcionario o autoridad, al que una parte de la doctrina le llama como tráfico de influencias impropio, también se le puede denominar “tráfico de influencias común”, por que es la modalidad auténticamente típica y de mayor práctica en la órbita de la Administración Pública, y son las personas particulares o jurídicas las que generalmente ejercen esta clase de influencia sobre un funcionario público o autoridad para conseguir beneficios económicos u otras ventajas que se persiguen de la Administración Pública (concesión de obras).

Este tipo penal constituye la contrafigura típica del delito de tráfico de influencias incriminado en el Art. 428 del CP, en base a la esencial diferencia de que el sujeto activo del delito es un particular que carece de la cualidad de funcionario público. Por tanto esta figura penal integra un delito común y no especial.<sup>171</sup>

En la medida en que un particular ejerce la influencia sobre un funcionario público o autoridad, se considera tal hipótesis como un supuesto del delito de tráfico de influencias impropio o común, cometido por un sujeto activo no cualificado como es el particular, considerado dentro de los delitos contra la Administración Pública.

---

<sup>171</sup> En este sentido POLAINO NAVARRETE, M. y Otros, “Lecciones de derecho penal parte especial”, adaptada a la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del código penal, tomo II, Madrid 2011, pp. 338-339. Los intereses particulares generalmente se encuentran en la base de los delitos de tráfico de influencias.

El tipo penal contenido en el Art. 429, es prácticamente idéntico al tipo previsto en el Art. 428, como bien señala COBO DEL ROSAL, los mínimos criterios diferenciadores de éste son los siguientes:

- a.- El primero y principal delimitador básico del tipo, es la exigencia de que el sujeto activo en el delito de tráfico de influencias sea un particular.
- b.- El segundo y como consecuencia del anterior, el prevalimiento sólo se funda en la relación personal del sujeto particular con el funcionario público o autoridad que ha de dictar la resolución o con otro funcionario o autoridad.
- c.- El tercero y último afecta a la pena, que siendo idéntica en la pena privativa de libertad y en la multa, excluye sin embargo y coherentemente por la naturaleza del sujeto activo, la de inhabilitación. Igual que en el artículo anterior también se distingue si se ha obtenido o no el beneficio económico que se persigue.<sup>172</sup>

En esta misma línea sostiene GIMBERNAT ORDEIG, que este tipo penal está integrado por cinco elementos que se deben considerar:

- 1.- El autor del delito debe ser una persona particular
- 2.- La acción típica consiste en influir en un funcionario público o autoridad, no se exige que sea decisiva o determinante la acción de la influencia.
- 3.- Es preciso que el autor del delito se prevalega de cualquier situación derivada de su relación personal con la autoridad o funcionario sobre el que se ejerce la influencia o con otro distinto.
- 4.- El autor debe conseguir mediante la influencia ejercida, una determinada resolución. Debe advertirse que la resolución conseguida no tiene que ser forzosamente injusta y aún menos delictiva.
- 5.- Es necesario, que con la resolución alcanzada gracias a la influencia obtenga el que la haya ejercido un beneficio económico directo o indirecto para sí o para un tercero (STS de 29 de octubre de 2001).<sup>173</sup>

A diferencia de lo que ocurre en el delito de cohecho, en el que tan responsable es el cohechante como el cohechado, en el delito de tráfico de influencias sólo se tipifica y

---

<sup>172</sup> Véase a COBO DEL ROSAL, M. y Otros, "Derecho penal parte especial", Madrid 2005, p. 910.

*En este supuesto decae la exigencia de incumplimiento de un deber funcional en el sujeto activo, puesto que el mismo es un particular. La presente figura legal no se encuentra en el ámbito de los delitos consistentes en la infracción de especiales deberes jurídicos propios de los funcionarios.*

<sup>173</sup> También véase a GIMBERNAT ORDEIG, E. y Otros, "Código penal con concordancias y jurisprudencia", Tecnos, Madrid 2003, pp. 920-923.

sanciona la conducta de la persona que influye, careciendo de tipicidad la del funcionario que se deja influir por situaciones ajenas a los intereses públicos y adopta una resolución que beneficia a la persona que ha influido en él. Aquí se denota un vacío manifiesto o despropósito legislativo que vicia la lógica de un razonamiento jurídico justo y equitativo. En el tráfico de influencias, el funcionario influido es un cooperador necesario, que admite y participa voluntariamente en el plan o el objetivo propuesto y se convierte en el eje fundamental que encausa y articula el engranaje de la trama, que suele llevarse a cabo con una adecuada planificación, organización y estrategia, bajo el manto de la discrecionalidad y el amiguismo. Por ello es incoherente y un despropósito legislativo la impunidad del funcionario influido, por que es tan responsable el particular o funcionario influyente como el funcionario influido. La evolución de la delincuencia moderna ha superado los métodos tradicionales, hoy en día la influencia ya no se ejerce a través de la presión, la coacción o fuerza psicológica determinante, por que si así fuera por este medio ninguna trama prosperaría. La influencia en la actualidad se ejerce mediante actos o comportamientos de afecto, de persuasión, de correspondencia, absoluto secretismo, aprovechando cualquier relación o situación existente, empleando para ello métodos dinámicos y diplomáticos con muestras especiales de afecto y consideración hacia el funcionario influido para lograr su aceptación y compromiso con la operación planteada, que se llega a consolidar, ya sea por el ofrecimiento de beneficios o ventajas, por un intercambio de favores o por un acuerdo o pacto entre los sujetos, que se ve reforzada por los vínculos personales, familiares, políticos, etc. que existe entre ellos. Como ejemplo de esta realidad delictiva tenemos las múltiples denuncias por los delitos de tráfico de influencias, prevaricación, cohecho, malversación de caudales públicos, fraudes y otros. Donde las formas delictivas reflejan métodos modernos de delinquir y que ha superado con creces a las actuales previsiones legales previstas en el código penal, que en muchos casos resultan inaplicables o ineficaces para afrontar las múltiples formas delictivas que se vienen empleando sistemáticamente en la Administración Pública.

Con respecto al tema que venimos tratando sobre el tipo objetivo de la conducta típica en el supuesto del Art. 429 del CP, nos encontramos ante un delito común donde el sujeto activo es un particular, con lo cual deja de ser un delito especial y está al alcance de cualquier persona natural o jurídica, que tenga interés directo o indirecto en

conseguir un beneficio o ventaja de la Administración Pública, valiéndose para ello de cualquier situación o relación personal existente con el funcionario o autoridad sobre el que ejerce su influencia. Sobre este aspecto SÚARES-MIRRA RODRIGUEZ refiere, que la acción de influir es cualquier conducta capaz de determinar a alguien a realizar un determinado acto, dicha capacidad de influencia debe derivarse de unas relaciones previas entre el influyente y el influido. El acto influyente se puede dar no sólo sobre el funcionario con competencias para decidir o resolver un determinado asunto, sino también sobre aquellos que desarrollen funciones significativamente condicionantes de aquella, como en el caso de los informes técnicos o la aprobación previa del expediente por quién corresponda.<sup>174</sup>

Sobre este supuesto la STS de 5 de abril de 2002, en el patrocinio de las camisetas del Atlético de Madrid por el Ayuntamiento de Marbella destaca, que la conducta típica, además de estar integrada de estos tres elementos esenciales como: 1) la acción de influir, 2) el prevalimiento de una cierta situación y 3) la finalidad del beneficio económico. Ha de concurrir un acto concluyente que rellene el tipo penal, esto es, que se ejerza un predominio sobre el funcionario influido, de manera que su resolución o actuación sea debida a la influencia ejercida, debiendo añadirse que con tal hecho se afecte al principio de imparcialidad que siempre se debe observar en la función pública. Así mismo BLANCO LOZANO afirma que los elementos de esta modalidad típica se pueden sintetizar en:

- a.- Que el sujeto activo debe ser un particular.
- b.- La conducta típica, consiste en influir sobre un funcionario o autoridad.
- c.- Se precisa que el sujeto activo se prevalga de cualquier situación derivada de su relación personal con el funcionario influido, o con cualquier otro funcionario.
- d.- La obtención por parte del sujeto activo, mediante la influencia de una resolución.
- e.- Que con la resolución alcanzada, obtenga el sujeto activo un beneficio directo o indirecto para sí, o para un tercero.<sup>175</sup>

---

<sup>174</sup> Sobre este particular véase a SÚARES-MIRA RODRIGUEZ, C. y Otros, "Manual de derecho penal parte especial", 4ª edición, Navarra 2006, pp. 537-541.

<sup>175</sup> También a BLANCO LOZANO, C. "Tratado de derecho penal español", tomo II, el sistema de la parte especial, volumen 2, delitos contra los bienes jurídicos, Barcelona 2005, pp. 513-517. La diferencia con el tipo anterior, radica en que los sujetos activos son diversos y consecuentemente, también lo es la relación en la que se basa el prevalimiento del particular. La relación tiene que ser con el funcionario o autoridad influido, o haciendo valer sobre estos la relación que une al sujeto activo con otro funcionario, no necesariamente con el funcionario influido (QUERALT JIMÉNEZ).

El ejercicio de influencias realizado por una persona particular sobre un funcionario público o autoridad, en este delito posee los mismos elementos esenciales que los previstos en el Art. 428 del CP. Se tutela un bien jurídico idéntico y la acción prohibida coincide con ligeras variaciones. En este caso, estamos ante un delito común, llevado a cabo por una persona particular que influye en un funcionario público o autoridad. Como es lógico, en este caso el prevalimiento no se puede fundamentar en el ejercicio de las facultades de un cargo o en las relaciones jerárquicas, por lo que su ámbito de aplicación se limita solo al prevalimiento de las relaciones personales.

#### IV.2.- EL TIPO SUBJETIVO DE LA CONDUCTA TÍPICA EN EL ART. 429 DEL CP

Con relación al elemento subjetivo de la conducta típica prevista en el Art. 429 del CP, estamos ante un delito doloso, en el que, el delito de tráfico de influencias es cometido intencionalmente por las personas particulares o por los funcionarios que actúan en calidad de particulares, al igual que en el tipo penal del Art. 428, con el ánimo de conseguir beneficios o ventajas de la Administración Pública. Como señala COBO DEL ROSAL, es un delito doloso, no sólo porque el legislador, acertadamente no ha tipificado la imprudencia, sino porque su estructura delictiva es intrínsecamente dolosa. La exigencia de la utilización del prevalimiento para condicionar la voluntad del funcionario o autoridad, con el ánimo de obtener un beneficio económico para sí, o para un tercero, excluye cualquier otra posibilidad que no sea el dolo directo. Por tanto no es posible la imprudencia, ni el dolo eventual. El dolo requiere el conocimiento por parte del autor del uso del prevalimiento y la voluntad de ejercer tal predominio, que dado el carácter intencional del delito se presentan como obvios.<sup>176</sup>

En estos delitos se aprecia claramente que la actuación de las personas particulares es de forma intencional y deseada, incluso debidamente planificada en algunos casos, con el propósito de obtener un determinado beneficio económico o ventaja de la Administración Pública a sabiendas de su ilegalidad. En este sentido MUÑOZ CONDE

---

<sup>176</sup> En este sentido COBO DEL ROSAL, M. y Otros, "Derecho penal parte especial", 2º edición, Madrid 2005, pp. 908-909. Es difícil, por no decir imposible, imaginar un supuesto en el que el particular sin querer influir en un funcionario o autoridad, utilice el prevalimiento de una relación personal, y consiga como consecuencia de ello, un beneficio o ventaja. Lo difícil no es que influya sin desearlo expresamente que se puede dar y de hecho se da con cierta frecuencia, sino que se prevalega de esa situación, sin querer hacerlo, para obtener una determinada resolución.

afirma, que en la comisión del delito de tráfico de influencias por las personas particulares, se requiere naturalmente la existencia del dolo, ya que la imprudencia es incompatible con las expresiones “influir” y “prevalimiento”, que caracterizan estos delitos, y que además el ánimo de conseguir un beneficio económico o cualquier otra ventaja para sí, o para un tercero, va implícito en el dolo.<sup>177</sup> En el supuesto de que el sujeto activo de la influencia sea un particular, es suficiente que el prevalimiento se derive de una relación personal con el funcionario o autoridad sobre el que se influye, de manera que esta situación favorable al particular, es propicia para persuadir intencionalmente en la conducta del funcionario, a sabiendas de su ilicitud, con el propósito premeditado de obtener un cierto beneficio o ventaja de forma directa o indirecta para sí, o para un tercero.

En cuanto al elemento subjetivo, también refiere POLAINO NAVARRETE, que en el delito de tráfico de influencias, se exige el dolo del autor, con respecto a los distintos elementos de la acción típica. El tipo está subjetivamente configurado y requiere la intención finalista de obtener una resolución funcional, susceptible de generar un beneficio económico o cualquier ventaja. Tal elemento subjetivo del injusto presupone la presencia del dolo, que va más allá del alcance objetivo propio del mismo, y configura un delito intencional de resultado cortado.<sup>178</sup> La efectiva obtención del beneficio económico constituye una condición objetiva de punibilidad, que consiste en la consecución de una resolución, que haga posible la obtención del beneficio perseguido. El tipo privilegiado o menos grave establece la pena de multa en la cuantía del tanto al duplo del beneficio obtenido. Siendo el tipo básico el más grave por el hecho de la efectiva obtención del beneficio económico, que constituye una condición objetiva de punibilidad.

En coherencia con la afirmación que sostiene la doctrina en cuanto al aspecto subjetivo, LAMARCA PÉREZ manifiesta, que los delitos de tráfico de influencias se sancionan sólo en su modalidad dolosa, siendo imposible la punibilidad de la forma imprudente, por la inexistencia de un tipo específico que así lo prevea, conforme a la

---

<sup>177</sup> También MUÑOZ CONDE, F. “Derecho penal parte especial”, Valencia 2013, pp. 955-961.

<sup>178</sup> Véase también a POLAINO NAVARRETE, M. y Otros, “Lecciones de derecho penal parte especial” tomo II, Madrid 2011, pp. 335-341. En el caso de que el autor del delito, persiga un determinado beneficio económico, y sólo obtenga menor al propuesto. La pena de multa no se fijará por el porcentaje del tipo más grave, sino por el que al beneficio obtenido se asigne el tipo privilegiado. El porcentaje de determinación de la pena de multa previsto en el tipo básico o más grave, sólo será de aplicación cuando el beneficio obtenido, exactamente coincida con el beneficio perseguido.

exigencia del Art. 12 del CP. Además los tipos penales previstos en los artículos 428 y 429, contienen expresas referencias a las finalidades específicas que se persiguen intencionalmente con la realización de la conducta típica del sujeto activo del delito, lo que excluye también la comisión del ilícito con dolo eventual.<sup>179</sup> Corroborando esta posición sobre el elemento subjetivo de la conducta típica en el delito de tráfico de influencias, igualmente afirman SERRANO GÓMEZ Y SERRANO MAILLO, que sólo tienen lugar las conductas dolosas, por que así se deducen del término “influyere”, y que se lleva a cabo aprovechando la situación de prevalimiento derivada de una relación personal, entre el particular y el funcionario o autoridad influida, o con otro funcionario, cuyo propósito final deseado es la obtención de un beneficio o ventaja directa o indirecta para sí o para un tercero, a través del ejercicio de la influencia que intencionalmente se ejecuta sobre dicho funcionario.<sup>180</sup>

Sobre el tipo subjetivo también manifiesta QUERALT JIMÉNEZ, que se trata de un delito claramente doloso, donde no cabe la conducta imprudente, ni la forma de la comisión por omisión, estamos ante un delito de comisión intencional por parte del sujeto activo, que no admite ninguna causa de justificación, conforme se desprende de su estructura y planteamiento político criminal, en la que se aprecia indudablemente la presencia del dolo, que se traduce en el ánimo final de obtener un beneficio económico o una ventaja para sí, o para un tercero.<sup>181</sup>

Por su parte ZUGALDIA ESPINAR, nos da una noción más amplia sobre el elemento subjetivo de la conducta típica, quién sostiene que lo característico de la conducta dolosa, es la actuación voluntaria, con conocimiento de los elementos del tipo, sin exigencia de ningún requisito adicional de carácter volitivo respecto del resultado propuesto. Se defiende que el único elemento común y definidor de todas las conductas dolosas frente a la imprudencia es el “conocimiento”. Así se afirma que lo decisivo en la delimitación entre la conducta dolosa e imprudente, es fijar la frontera entre “el conocimiento” y “el error”, de forma que lo que el sujeto “espere”, “confíe” o

---

<sup>179</sup> *Igualmente a LAMARCA PÉREZ, C. y Otros, “Delitos y faltas”, la parte especial del derecho penal, 2º edición, Madrid 2013, pp. 725-728.*

<sup>180</sup> *Del mismo parecer SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAILLO, A. “Derecho penal parte especial”, 16º edición, Madrid 2011, pp. 840-845. Recoge la STS de 29 de enero de 1997: El código circunscribe, que la influencia en la obtención del beneficio económico, ha de ser interpretado en un sentido amplio, comprendiendo tanto el beneficio en el sentido de ganancias, o en el sentido de ausencia de pérdidas.*

<sup>181</sup> *En este sentido también QUERALT JIMÉNEZ, J. “Derecho penal español parte especial”, 6º edición, Barcelona 2010, pp. 1176-1181.*

“deseo” carece de relevancia cuando se prueba, que sabe que está realizando la conducta típica, o respecto al resultado, lo que ha previsto.<sup>182</sup> En definitiva, se considera dolosa la realización del tipo de un delito, cuando el autor ha sido consciente de realizar todos los elementos objetivos que caracterizan al mismo, y si se trata de un delito de resultado, actúa dolosamente, quién en el momento de realizar la acción, ha previsto el resultado como causalmente unido a su conducta, dejando al azar la evitación o no del mismo. Gráficamente, el autor doloso se decide por una conducta típica que tiene ante los ojos, y el imprudente toma una decisión contraria a la norma de conducta, pero carece de esa previsión del tipo. En este sentido señala la STS de 23 de abril de 1992, que el conocimiento de los elementos del tipo en la producción del resultado, se considera no como indicador de la voluntad, sino como un elemento constituyente del ilícito doloso frente al imprudente. No es necesario para afirmar el carácter doloso de una conducta, que su autor supiera que dicha conducta está prohibida penalmente, basta con probar que sabía lo que hacía. El conocimiento o desconocimiento de la antijuricidad afecta a la culpabilidad del sujeto, pero no al carácter doloso de la conducta.

#### IV.3.- EL SUJETO ACTIVO EN EL ART. 429 DEL CÓDIGO PENAL

El tipo penal configurado en el Art. 429 del CP sanciona la conducta de los sujetos particulares que ejercen influencia sobre un funcionario o autoridad. Este delito posee los mismos elementos esenciales previstos en el Art. 428, que también tutela un bien jurídico idéntico y la acción punible es coincidente con mínimas variaciones. Estamos en este caso ante un delito común, llevado a cabo por un sujeto particular que influye en un funcionario público o autoridad, y como es lógico el prevalimiento no se puede fundamentar en el ejercicio de las facultades del cargo ni las relaciones jerárquicas, sino que su ámbito de aplicación se limita al prevalimiento de las relaciones personales, entre el sujeto particular y el funcionario o autoridad influidos.

Esta figura penal del Art. 429, denominado también en la doctrina como tráfico de influencias impropio, incrimina la influencia ejercida por los particulares sobre los

---

<sup>182</sup> Al respecto véase a, ZUGALDIA ESPINAR, J.M. y Otros, “Derecho penal parte general”, 2ª edición, Valencia 2004, pp. 490-507. Se considera que la conducta es dolosa, cuando el sujeto es conciente de los actos que realiza, con el propósito de obtener ilícitamente un determinado beneficio.

funcionarios o autoridades. Este tipo penal constituye una figura distinta al delito de tráfico de influencias previsto en el Art. 428, en base a la esencial diferencia que se sustenta en la ausencia de la cualidad de funcionario público del sujeto activo del delito, por lo que esta figura integra un delito común y no especial.

En la medida en que una persona particular ejerce su influencia sobre un funcionario público o autoridad, se considera tal hipótesis como un supuesto de delito de tráfico de influencias impropio cometido por un sujeto no cualificado, como es el particular, aunque igualmente ubicado entre los delitos contra la Administración Pública, por que con la actuación tendenciosa del sujeto particular, se trata de condicionar el normal funcionamiento de la Administración Pública y la actuación de los funcionarios.

Conforme se sostiene en la doctrina en concordancia con el texto del Art. 429 del CP, el sujeto activo del delito es una persona particular, que influye en el funcionario o autoridad, prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal, pudiendo serlo también cualquier funcionario o autoridad que actúa en calidad de particular y no prevaliéndose de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal con el funcionario o autoridad influido.

En la configuración de este tipo penal al igual que en el Art. 428 del CP, también resulta atípica la conducta del funcionario público o autoridad que resulta influida por una persona particular, aunque se podría dar la posibilidad de cometer un delito de prevaricación u otro distinto, pero no el de tráfico de influencias, a pesar de que casi siempre es el propio funcionario quién acepta y decide participar voluntariamente en las operaciones que se plantean, y puede ser debido a que también el funcionario influido tenga sus propios intereses o sea participe en el beneficio económico o ventaja que se persigue de forma indirecta, precisamente como resultado de su actuación supeditada a la influencia ejercida sobre él.<sup>183</sup>

La penalidad asignada en este tipo penal, en cuanto se refiere a la pena privativa de libertad, ha sido incrementada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma

---

<sup>183</sup> Véase también a BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y Otros, "Comentarios al código penal", 1ª edición, Madrid 2007, pp. 903-907. Quién afirma que las modalidades previstas en los artículos 428 y 429 del CP, tienen en común el mismo bien jurídico tutelado, que a su vez coincide con el protegido en el delito de cohecho. Así, se trata del buen funcionamiento de la Administración Pública, dado que la sociedad exige que los servicios públicos funcionen correctamente, con objetividad, imparcialidad y Transparencia, conforme a los parámetros constitucionales. Este propósito resulta seriamente afectado si las autoridades, los funcionarios públicos y los particulares, generan o aprovechan situaciones de prevalimiento que se deriven de cualquier relación personal para obtener beneficios.

del código penal, que de nuevo en este ámbito resulta condescendiente con la sanción punitiva, elevando el límite máximo de la pena de prisión solamente en un año más, es decir duplicando el anterior de un año, por lo que el marco penal ahora se extiende de 6 meses a 2 años de prisión. La determinación de la penalidad para las personas particulares se efectuará en los mismos términos que en los tipos básico y privilegiado de tráfico de influencias ejercido por un funcionario o autoridad sobre otro funcionario. Igualmente la pena pecuniaria de multa se dará según se consiga o no, la obtención del beneficio económico perseguido por el autor del delito. El beneficio económico debe provenir de la resolución funcional que se pretende obtener con el ejercicio de la influencia del sujeto particular sobre el funcionario o autoridad. La efectiva obtención del beneficio económico constituye una condición objetiva de punibilidad.

El tipo penal contenido en el Art. 429 es prácticamente semejante al delito previsto en el Art. 428, con la diferencia de que el sujeto activo del delito es una persona particular o un funcionario que actúa particularmente sin prevalerse de su cualidad de funcionario. De modo, que los elementales criterios diferenciadores como señala COBO DEL ROSAL son los siguientes:

- a.- El primero y principal delimitador básico del tipo, es la exigencia de que el sujeto activo sea una persona particular, comprendiéndose también dentro de esta a una empresa o persona jurídica.
- b.- El segundo y como consecuencia del anterior, el prevalimiento sólo se funda en la relación personal del sujeto particular con el funcionario público o autoridad que ha de dictar la resolución, o con otro funcionario o autoridad.
- c.- El tercero y último afecta a la pena, que siendo idéntica en la pena privativa de libertad y en la multa, excluye sin embargo por la naturaleza del sujeto activo del delito, la pena de inhabilitación como es lógico.<sup>184</sup>

En esta línea afirma QUERALT JIMÉNEZ, que el sujeto activo en este tipo penal es claramente cualquier persona particular, o también un funcionario o autoridad que actúe como sujeto particular ejerciendo influencia sobre otro funcionario. La diferencia

---

<sup>184</sup> En este sentido COBO DEL ROSAL, M. y Otros, "Derecho penal parte especial", 2º edición, Madrid 2005, pp. 907-913. También a BLANCO LOZANO, C. en "Tratado de derecho penal", el sistema de la parte especial, delitos contra los bienes jurídicos, volumen 2, Barcelona 2005, pp. 513-517. En este tipo penal no se da la exigencia de incumplimiento del deber funcional en el sujeto activo, puesto que el mismo es una persona particular. La presente figura penal no se encuadra en el ámbito de los delitos consistentes en la infracción de los deberes jurídicos propios de los funcionarios.

con el tipo penal previsto en el Art. 428, radica naturalmente en que los sujetos activos del delito son diversos, y consecuentemente, también la relación en la que se basa el prevalimiento del particular, dicha relación debe ser con el funcionario o autoridad que se influye o haciendo valer sobre estos la relación que les une al sujeto activo con otro funcionario o autoridad, y no necesariamente con el funcionario influido. En este caso la influencia mediante prevalimiento es más sutil que la que puede regir entre los propios funcionarios, pues por lo general está absolutamente ausente el elemento coactivo y en su lugar se recurre a métodos o artificios dinámicos que hagan posible alcanzar las finalidades que se persiguen.<sup>185</sup>

El sujeto activo también puede ejercer su influencia como refiere MUÑOZ CONDE, a través de terceras personas o de otros funcionarios con los que mantiene una relación personal, para que a su vez estos influyan en el respectivo funcionario o autoridad que debe decidir o adoptar la resolución que le compete. En este supuesto el funcionario o autoridad “intermediario” también puede ser responsable del delito previsto en el Art. 428 del CP, en este caso se estaría dando la figura del tráfico de influencias en cadena, que evidentemente en la actualidad es la modalidad delictiva más generalizada y una de las manifestaciones más frecuentes de la “corrupción política y administrativa”, que puede llegar a ser el germen de una verdadera organización criminal, constituyendo un aparato de poder enquistado dentro de la propia administración, difícil de sancionar penalmente en la medida que las influencias que derivan de las relaciones personales, amistosas, familiares, afectivas o políticas, no entran directamente en el tipo, salvo que se dé una situación de prevalimiento que se sustente básicamente en una relación personal entre los sujetos intervinientes.<sup>186</sup>

Los delitos previstos en los artículos 428 y 429 del CP, como señala CUGAT MAURI tienen la misma estructura conductual, donde la diferencia en la cualidad del sujeto activo, no afecta en este caso de manera relevante el significado del delito. De allí que

---

<sup>185</sup> Véase sobre el particular a QUERALT JIMÉNEZ, J. “Derecho penal español parte especial”, 6ª edición, Barcelona 2010, pp. 1176-1181.

<sup>186</sup> Con similar planteamiento a MUÑOZ CONDE, F. “Derecho penal parte especial”, 19ª edición, Valencia 2013, pp. 955-961. Las relaciones personales a que aluden los Arts. 428 y 429 son más sutiles y difícil de probar. Los supuestos de intimidación implícita o de chantaje moral derivados del clientelismo político, mejores perspectivas en la carrera política o profesional, relaciones amorosas o afectivas, etc. pueden estar en la base del prevalimiento, aunque no necesariamente se equiparen. Desde luego si se hace una interpretación extensiva de estas relaciones, se corre el riesgo de que se criminalicen conductas desprovistas de nocividad social, siempre y cuando no existan intereses espurios, orientados a conseguir beneficios o ventajas de la administración pública.

al delito recogido en el Art. 428, se le considera como un delito especial impropio, mientras que al tipo penal del Art. 429 se le considera como un delito común, en ambos casos tanto el funcionario como el particular, pueden prevalerse de cualquier situación derivada de su relación personal.

Como se puede deducir del contenido de los artículos 428 y 429 del CP, se hace referencia a dos órdenes de sujetos, por una parte, los que ejercen la influencia que pueden ser el funcionario público o autoridad y una persona particular, y por otra aquél que es objeto de la influencia y eventualmente dicta una resolución administrativa. Con respecto a la condición de autores de los sujetos indicados, no existe la menor duda, en tanto que en ambos casos se rigen por la misma dinámica comisiva, que consiste en el acto de influir. La duda que se plantea en un sector de la doctrina por defecto de la norma penal con relación a la calificación del funcionario influido, si su intervención es en calidad de partícipe o como cooperador necesario, en tanto que su contribución a la obtención de la resolución deseada por el sujeto activo, puede ser de carácter esencial o como un mero objeto de la acción influyente.<sup>187</sup>

#### IV.4.- EL SUJETO PASIVO EN EL ART. 429 DEL CÍDIGO PENAL

En cuanto a la identificación del sujeto pasivo del delito en el Art. 429 del CP, es exactamente igual a la determinada para el tipo previsto en el Art. 428 del CP, aunque como hemos indicado un sector de la doctrina y la misma jurisprudencia, aún no han fijado claramente su posición, ni han definido los planteamientos concretos para la determinación precisa del sujeto pasivo en el delito de tráfico de influencias. Por ello las distintas posiciones son divergentes, que dan lugar a una cierta incertidumbre jurídica y a una dispersión de criterios en la definición del sujeto pasivo del delito, y otro sector de la doctrina ha preferido no pronunciarse o simplemente omitir este aspecto, para no tratar el tema del sujeto pasivo en el delito de tráfico de influencias, por la complejidad de su identificación, derivada de su defectuosa configuración penal y el despropósito legislativo del que es objeto el delito de tráfico de influencias. Al haberse adoptado una

---

<sup>187</sup> Sobre este aspecto véase a CUGAT MAURI, M. "La desviación del interés general y el tráfico de influencias", Barcelona 1997. pp. 171-174. En la conclusión que hace sobre el sujeto influido admite excluir la responsabilidad del funcionario influido en el delito de tráfico de influencias y limitarla en su caso a la que se derive de la resolución emitida, en coherencia con el texto de la norma penal, y que no toma en consideración los otros supuestos que se dan en la conducta del funcionario influido.

fórmula restrictiva en la tipificación de los tipos penales, para impedir cualquier interpretación distinta a la estructura delictiva establecida, a pesar de que dicha norma no sólo es incoherente, sino que resulta ineficaz e inaplicable a las nuevas formas delictivas que han superado el alcance de las previsiones legales.

Sin embargo, debemos indicar que los últimos acontecimientos delictivos que se vienen descubriendo de forma sistemática y generalizada en todos los niveles de la Administración Pública, nos demuestran claramente, la evolución de las conductas delictivas funcionariales, en la que se constata realmente que los propios funcionarios públicos son los protagonistas directos, que participan y colaboran voluntaria y activamente en las operaciones o tramas delictivas, y no son sujetos pasivos como sostiene un sector de la doctrina, sino sujetos activos y necesarios que canalizan las operaciones delictivas por influencias o intereses espurios.

Por ello un sector de la doctrina moderna, se pronuncia en coherencia con la realidad delictiva y sostiene categóricamente, que el sujeto pasivo en el delito de tráfico de influencias, es la comunidad, como legítimo titular del interés general. Esta posición es corroborada entre otros por QUERALT JIMÉNEZ.<sup>188</sup>

Sobre este aspecto afirma categóricamente QUERALT JIMÉNEZ, que el sujeto pasivo en el delito de tráfico de influencias es “la comunidad”, como no puede ser de otro modo, es la colectividad en general, porque es a ella, a quién le afecta cualquier ataque, o la que sufre en última instancia el menoscabo de sus derechos y libertades. Cualquier ataque al interés general, implica un ataque a la colectividad que es el titular legítimo del interés general, y el Estado tiene legalmente la obligación de brindarle toda clase de protección y servicios a través de la Administración Pública. Por tanto el sujeto pasivo en el tipo penal previsto en el Art 429 al igual que en el Art. 428 del CP, es concretamente “la colectividad en general”, como titular del interés general. Aunque se puede dar el caso, de manera excepcional, de que el sujeto pasivo en este delito, podría ser hasta cierto punto el funcionario presionado, cuando es objeto de una presión o influencia con abuso de superioridad o chantaje, que sobre él se ejerce, para doblegar su voluntad y obligarle a tomar una decisión en contra de su voluntad. Pero lo

---

<sup>188</sup> En este sentido QUERALT JIMÉNEZ, J. “Derecho penal español parte especial”, 6<sup>o</sup> edición, Barcelona 2010, pp. 1176-1181. Los tipos penales previstos en el delito de tráfico de influencias, tienen como destinatario final, el mismo sujeto pasivo, que no puede ser otro, sino la colectividad en general, que representa al interés público, y como tal es el titular legítimo, y cualquier ataque al interés general, implica un ataque a la colectividad.

que no puede ser, que el funcionario influido sea considerado concretamente como sujeto pasivo en el delito de tráfico de influencias, como erróneamente sostiene un sector de la doctrina, por que no representa a la comunidad, ni es el titular del interés general. Es más, en la actualidad las formas delictivas funcionariales han evolucionado de tal manera, que han superado todas las previsiones legales y la actuación de los funcionarios involucrados en los múltiples delitos contra la administración pública nos demuestran su participación y cooperación activa y voluntaria en las operaciones delictivas. Por ello la conducta de dichos funcionarios, dan mucho que pensar y han perdido toda clase de credibilidad frente a la sociedad civil.

Por su parte MUÑOZ CONDE afirma, en el caso de algunos supuestos en concreto, que excepcionalmente puede producirse en la esfera de la Administración Pública, el funcionario público autoridad sobre el que se ejerce la influencia puede llegar a ser considerado como sujeto pasivo e incluso puede convertirse en denunciante de estos delitos, siempre y cuando se ejerza dicha influencia con una presión arbitraria o con abuso de superioridad, de manera que con esta forma de presión o influencia, se inculca la rectitud y profesionalidad del funcionario objeto de la influencia. Pero también en otros casos, su actuación puede ser distinta y necesaria y puede participar y cooperar activa y voluntariamente, como también puede llegar a ser sujeto activo de un delito de prevaricación, malversación de caudales públicos o cualquier otro delito, sin que la influencia y el prevalimiento tengan que incidir necesariamente en la disminución de su responsabilidad, en estos casos se estaría dando una estructura similar a la de inducción, pero no la de autoría mediata. Además de los supuestos referidos, los funcionarios públicos también pueden llegar a ser, objeto del delito o convertirse en el núcleo de la actividad delictiva. De modo que el sujeto pasivo en el delito de tráfico de influencias, es la colectividad, como titular legítimo del interés general, y sólo en algunos supuestos excepcionales puede ser considerado como sujeto pasivo o perjudicado el funcionario influido.<sup>189</sup>

En la misma línea con los argumentos que se sostienen al respecto CUGAT MAURI afirma, en la medida en que la definición del sujeto pasivo depende del bien

---

<sup>189</sup> Véase de forma asimilada a CONDE MUÑOZ, F. "Derecho penal parte especial", 19ª edición, Valencia 2013, pp.955-961. Si la influencia se ejerce ofreciendo una contraprestación de carácter económico, estaríamos naturalmente sin más, ante el delito de cohecho, límite máximo de estos delitos, que de algún modo constituyen también un sucedáneo de aquel delito, cuando no se puede probar el ofrecimiento de una prestación económica, pero sí, la influencia y el prevalimiento.

jurídico del que es titular, tiene que ver también con el criterio de legitimación material. En este sentido el titular de los bienes jurídicos en un Estado de derecho, debe centrarse en el ciudadano, que en definitiva es quién le da legitimidad a todo el sistema democrático. Más en concreto, el bien jurídico individual de la libertad, no se puede privar con la imposición de la pena, sino es para proteger los bienes jurídicos de los que también los ciudadanos son sus titulares directos. Por ello en conformidad con el estado de derecho, que está sujeto al imperio de la Constitución y las Leyes, es coherente considerar por las razones anteriormente expuestas, que el sujeto pasivo en los delitos contra la administración pública y concretamente en el caso del delito de tráfico de influencias, deben ser los ciudadanos, es decir la colectividad en general, que lógicamente representan los bienes jurídicos de carácter colectivo, y por lo tanto legítimo titular del interés general.<sup>190</sup>

De acuerdo con lo expuesto, creo que en la especialidad de estos delitos se encuentra, sin duda, de que su titular no es ningún ciudadano particular, sino el conjunto de la sociedad, es decir la colectividad en su conjunto, en la medida en que la finalidad esencial de la administración pública, está orientada básicamente a proteger y satisfacer los intereses públicos. El dilema se encuentra en la defensa de los intereses difusos, puesto que, como se ha observado, la falta de un sujeto pasivo específico ha contribuido a incrementar los delitos, que no se pueden denunciar, por las incongruencias que se dan en la norma penal con respecto a la configuración del delito de tráfico de influencias.

En estos tipos penales resulta necesario, la distinción conceptual entre sujeto pasivo y el objeto de la acción, puesto que no coinciden en el mismo sujeto y se debe evitar hacer una identificación equivocada o confusa entre estos dos aspectos. Ello es consecuencia, de que siendo el bien jurídico de carácter colectivo, “el funcionario público influido, no puede ser considerado como sujeto pasivo”. De modo que no tiene la legitimación legal ni procesal, para interponer una acción legal. En cambio, será considerado objeto de la acción, en tanto que sobre él recae la acción típica que deriva en el desvalor del resultado. De este modo se debe entender que el funcionario público,

---

<sup>190</sup> Como referencia véase a CUGAT MAURI, M. “La desviación del interés general y el tráfico de influencias”, Barcelona 1977, pp. 186-188. La organización de la defensa de los intereses generales, está reconocida en el derecho administrativo español. Así en el Art. 28 de la LACA, se establece que: 1.- Estarán legitimados para demandar la declaración de no ser conformes a derecho, y en su caso la anulación de los actos y disposiciones de la administración, los que tuvieren interés directo en ello.

además de ser el objeto de la acción delictiva del sujeto activo, se puede convertir en un medio o eje fundamental para canalizar la realización de todos los actos necesarios de la operación delictiva, con la finalidad de conseguir los objetivos que se persiguen y en esta secuencia influencia-medio-fin, el funcionario público presta necesariamente su contribución, al decidir participar voluntariamente en la operación, y en efecto admite y lleva a cabo los actos necesarios para alcanzar las finalidades que se proponen, y consiguientemente el beneficio directo o indirecto que en última instancia se persigue como consecuencia de la influencia.

## V.- EL OFRECIMIENTO DE INFLUENCIAS A PERSONAS PARTICULARES

(ART. 430 DEL CP)

La figura típica de ofrecimiento de influencias a particulares que se encuentra prevista en el Art. 430 del CP, cuya denominación apropiada debe ser “Tráfico de influencias entre particulares” cuyo texto dice:

*Art. 430: 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.*

*Cuando de acuerdo a lo establecido en el artículo 31 bis de este código una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este capítulo, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años.*

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

Esta modalidad de tráfico de influencias es posiblemente la figura penal más compleja y cuestionada en la doctrina. Sin embargo, es la figura auténtica que obedece a la verdadera denominación de tráfico de influencias, que significa negociar o traficar con influencias, y se refiere al comportamiento de aquellas personas que ofrecen o prometen realizar las conductas referidas en los artículos 428 y 429 del CP, solicitando por ello de personas particulares dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o bien aceptando algún ofrecimiento o promesa a cambio de influir posteriormente en un funcionario público o autoridad. En este tipo penal no solo se debe tomar en cuenta la el ofrecimiento de influencias, sino, también aquellas conductas empeñadas en buscar o conseguir influencias. O sea, la compra venta de influencias que es la modalidad más frecuente en la práctica delictiva de estos delitos, que habitualmente se lleva a cabo en

el ámbito privado entre personas particulares, que ha posteriori siempre se encausan a la Administración pública, cuyo objeto principal de estos comportamientos es el negocio o tráfico de influencias, debido precisamente a la oferta o demanda de las mismas.

Con respecto a este tipo penal la mayor parte de las opiniones contrarias a su tipificación en el código penal, se limitan solo a plantear objeciones en base a posibles supuestos, que poco tienen que ver con esta figura penal y puntualizan que este delito es de difícil interpretación debido a su defectuosa configuración. No obstante, debemos reconocer que esta figura autónoma prevista en el Art. 430, representa una modalidad delictiva auténtica de tráfico de influencias, que habitualmente ocurre entre particulares con el propósito mediato o final de ejercer influencia ante un funcionario público o autoridad. Se trata de un acto previo basado en la solicitud de una remuneración o de cualquier otro bien de carácter patrimonial, con la promesa de influir en el futuro en la decisión del funcionario o autoridad competente de la emisión de una resolución que genere un beneficio o ventaja para el particular interesado.

La conducta típica caracterizada en este tipo penal, según COBO DEL ROSAL, consiste en solicitar o aceptar una remuneración o cualquier otra ventaja patrimonial actual o futura para sí, o para un tercero, por el ofrecimiento de influencias que supuestamente se tiene con determinados funcionarios o autoridades. En este delito de peligro abstracto la acción que se castiga, es precisamente el ofrecimiento a un tercero, al margen de si realmente se hace o no, uso de esas hipotéticas influencias. Si el ofrecimiento es falso, es decir, si se crea ante un tercero la apariencia irreal de tener influencias o la posibilidad de remunerar a un funcionario o autoridad, se concreta un concurso de normas con el delito de estafa previsto en el Art.248 del CP, con la aplicación preferente de ésta. En este caso no se requiere que se realice la influencia ante funcionario o autoridad, por que si así fuera, se aplicaría el Art. 429, ni que se produzca la retribución, ya que entraría en juego el delito de cohecho.<sup>191</sup>

El sujeto al que se dirige la solicitud o al que ofrece o promete tiene una doble dimensión, precisamente en atención a la conducta que realiza. Si es un intermediario

---

<sup>191</sup> En este sentido COBO CEL ROSAL, M. y Otros, "Derecho penal parte especial. 2º edición, Madrid 2005, pp. 910-912. En definitiva, en la convicción de que nos encontramos ante la punición de un acto preparatorio de los delitos contemplados en los artículos 428 y 429, en esta fase existe la duda de que exista una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, y de que los medios probatorios para concretar la existencia de estas conductas delictivas son extremadamente complicados, con respecto al tipo contenido en el Art. 430 del CP.

no tiene responsabilidad. En cambio, si ofrece, promete o da, dependerá de la posterior actitud del sujeto activo para incluirlo como inductor o cooperador del delito que se cometa, que de producirse entrará en concurso con el delito previsto en el Art. 430.

La conducta típica de esta modalidad delictiva como señala MUÑOZ CONDE, inicialmente se proyecta sobre la esfera privada, y la relación con la función pública está sujeta a una futura vinculación. Lo que se trata de sancionar en este caso es el ofrecimiento o venta de influencias reales o presuntas que se afirman tener con los funcionarios públicos, al objeto de hacer valer dichas influencias para obtener de la Administración Pública un determinado beneficio, para el que solicita o compra esas influencias, en este sentido la STS 335/2006, de 24 de marzo (RJ 2006, 2319), en la que se reconoce expresamente este extremo.

La conducta de los particulares en el ámbito privado, tiene una remota y lejana relación con el ejercicio de las funciones públicas, lo que hace difícil vincular esta forma de tráfico de influencias, con el correcto desempeño de las funciones públicas, puesto que, en los actos preparatorios privados aún no interviene el funcionario o autoridad y tampoco se produce una aproximación real a la Administración Pública, entonces aún no se produce ningún atentado contra el interés público o contra el patrimonio del propio Estado. El ofrecimiento de influencias entre particulares o la solicitud de éstas, producen sus efectos cuando se encaminan hacia los objetivos planteados y se consigue llevar a cabo dicha influencia sobre un funcionario público o autoridad con el objeto de materializar los fines que se persiguen, entonces es a partir de aquí, cuando se llega a producir la relación con la Administración Pública.

Esta infracción penal descrita en el Art. 430 es de mera actividad, que se consuma con la ejecución de la acción típica sin necesidad de que se produzca resultado alguno, ni siquiera que la solicitud del oferente sea aceptada y sin que tampoco sea preciso que la influencia, que incluso pudiera ser ficticio; sea efectivamente ejercida.<sup>192</sup> Lo que implica que el Art. 430 del CP, no condiciona su aplicación al uso de la influencia

---

<sup>192</sup> De este parecer BLANCO LOZANO, C. "Tratado de derecho penal parte especial", el sistema de la parte especial, volumen II, delitos contra los bienes jurídicos, Barcelona 2005, pp. 516-517. La opinión de la jurisprudencia en este sentido se manifiesta sin embargo divergente, y ello por su fundamentación en función de los siguientes objetos de tutela: a) Evitar la interferencia de intereses ajenos o contrarios a los públicos, tutelando y protegiendo un bien jurídico tan esencial como es la imparcialidad y objetividad de las decisiones de las autoridades y funcionarios públicos, los cuales han de velar por el bien común y el interés general de la sociedad. b) Mantener dentro del derecho, de la Ley y de la ética, en cuanto a valor social indiscutible, a la función pública.

ofrecida de forma concreta, ni tan siquiera requiere que éstas existan o sean reales. De manera que la incriminación de esta clase de comportamientos tienen como finalidad, evitar aquellas acciones de los particulares o la interferencia de intereses ajenos y contrarios al interés público, así mismo proteger aquellos valores tan esenciales como son la imparcialidad y objetividad de las decisiones de los funcionarios y autoridades en el ejercicio de la función pública, velando por el bien común y el interés general de la sociedad, que podrían verse afectados cuando precisamente se manifiestan o se ejercen estas influencias sobre un funcionario público o autoridad, que se origina de una relación entre particulares por el ofrecimiento de dicha influencia a cambio de una recompensa económica o cualquier otro beneficio de carácter patrimonial.

#### V.1.- EL TIPO OBJETIVO DE LA CONDUCTA TÍPICA EN EL ART. 430 DEL CP

Esta figura de ofrecimiento o tráfico de influencias entre particulares tipificado en el Art. 430 del CP, como hemos señalado anteriormente, consiste en solicitar o aceptar cualquier clase de remuneración actual o futura para sí, o para un tercero, por el ofrecimiento o tráfico de influencias que se han de realizar posteriormente sobre un funcionario público o autoridad.

En este delito la conducta comprende dos fases típicas. Su conminación penal configura un tipo de delito plurisubsistente, que conforme a su estructura exige la realización de varios momentos diferentes de acción, cuyo conjunto unitario constituye el comportamiento típico, en este caso integrado por los actos de ofrecer y de solicitar o aceptar (vid. TORIO LÓPEZ).<sup>193</sup>

En primer término, se ha de realizar un elemento común o constante del tipo integrado por ofrecer influir en autoridad o funcionario, con el propósito típico exigido de conseguir una resolución, que pueda generar un beneficio económico al autor. En segundo término, se ha de ejecutar por el sujeto activo alguna de las siguientes modalidades de conducta alternativa descrita en la figura penal: como solicitar dádivas, presentes u otra remuneración, o bien aceptar ofrecimiento o promesa de de dichos

---

<sup>193</sup> Véase también a POLAINO NAVARRETE, M. y Otros, "Lecciones de derecho penal parte especial", adaptada a la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del código penal, tomo II, Madrid 2011, pp. 339-341. La protección de la incorruptibilidad de la función pública viene determinada por el carácter patrimonial de la pretensión de resolución que comporte un beneficio económico de mayor o menor valor para el propio autor o para un tercero.

bienes (vid. POLAINO NAVARRETE).

Este tipo penal constituye un delito de mera actividad, que no requiere la producción de resultado material alguno, consumándose el delito con la mera manifestación de la voluntad en el sentido del tipo. La figura legal tipifica la siguiente negociación: solicitud o aceptación de contraprestación económica, a cambio de realizar después los actos de influencia en un funcionario público o autoridad. Las acciones alternativas poseen un objeto de contenido patrimonial, que pueden ser las dádivas, presentes o cualquier otra remuneración que se soliciten, así como los ofrecimientos o promesas que se aceptan, deben ser económicamente evaluables con independencia del alcance de la correspondiente cuantía económica.

El ofrecimiento de la posible utilización de la influencia funcional (elemento común) constituye un medio ejecutivo de las conductas de solicitud o de la aceptación (elemento alternativo). Tales elementos del acto descrito en la figura legal han de concurrir en una relación típica ocasional, no necesariamente causal.

El objeto de protección del tipo legal está fundamentalmente constituido por la incorruptibilidad de la función pública, frente a conductas de ilícito enriquecimiento, siendo principalmente caracterizado tal valor protegido, como la incolumidad de la función pública, que se sustenta en el respeto a las normas y principios que rigen la actividad administrativa. Aunque el tipo penal parece delimitar como sujetos activos del delito a los particulares, no queda descartada la posibilidad de la autoría del delito también a los funcionarios, que no concretando el tipo de tráfico de influencias propio de funcionarios, se limitan a realizar la presente modalidad típica de ofrecimiento de influencias. En tal supuesto de autoría por funcionario, se apreciaría la agravante 7ª del Art. 22 del CP.

En el mismo sentido afirma QUINTERO OLIVARES, que la conducta típica se articula sobre la base de la solicitud de dádivas o presentes, como contraprestación al ofrecimiento de un potencial y presunto tráfico de influencias sobre la autoridad o funcionario. Del tenor del Art. 430 del CP, se infiere que no es necesaria ni la aceptación de la solicitud, ni el efectivo uso de las influencias, ni tan siquiera que estas sean reales. Por tanto el delito se consuma con la mera solicitud de recompensas, una vez se haya efectuado el referido ofrecimiento. La segunda modalidad delictiva alude a la aceptación del ofrecimiento de dádivas o promesas. En esta última hipótesis está

implícita una contraprestación consistente en un hipotético tráfico de influencias.<sup>194</sup> En esta figura penal de tráfico de influencias el sujeto activo del delito podrá ser cualquier persona particular o también el funcionario que no actúa en el ejercicio de su cargo.

Se trata de un tipo de conductas mixtas alternativas, en el que se contemplan las diferentes fases por las que puede atravesar el acuerdo o pacto entre los particulares. Asimismo el precepto comentado demanda la concurrencia de un elemento subjetivo del injusto, que es la finalidad de realizar cualquiera de las conductas tipificadas en los artículos anteriores, esto es, que las dádivas, presentes u otros bienes solicitados o recibidos constituyan una contraprestación de un potencial tráfico de influencias.

Con relación a la posible participación del sujeto al que se dirige la solicitud de dádivas, presentes o remuneraciones, cabe indicar que la propia estructura típica del tipo de participación necesaria, excluye la posibilidad de que responda por este delito, el particular negociador de la indicada solicitud, con independencia de cual fuere su respuesta. La responsabilidad del que compra las influencias “in fieri” depende de que ulteriormente el destinatario de las dádivas o presentes haga uso efectivo de las mismas. En esos casos responderá como cooperador o inductor del delito de tráfico de influencias previsto en el Art. 429 del CP.<sup>195</sup>

La pena que corresponde al particular que ofrece o vende influencias, es de seis meses a un año de prisión, que es inferior a la pena por tráfico de influencias de los artículos 428 y 429. La última Ley 5/2010, de 22 de junio, de reforma del código penal, introdujo una modificación en el segundo párrafo del precepto analizado para recoger en él la posible responsabilidad de la persona jurídica. De este modo se habilita la sanción a la empresa, organización, sociedad o fundación, que influye o intenta influir en la administración, para que ésta adopte decisiones que le favorezcan y también la de aquellas empresas o entidades que funcionan como intermediarios entre la administración y las empresas, ofertando influencias reales o presuntas o gestionando

---

<sup>194</sup> Así afirman QUINTERO OLIVAREZ, G. MORALES PRATS, F. y Otros, “Comentarios a la parte especial del derecho penal”, 9ª edición, Pamplona 2011, pp.1798-1811. La pena que corresponde al que vende influencias es de seis meses a un año de prisión, inferior por tanto a la que corresponde al tráfico de influencias de los artículos 428 y 429 del CP. En realidad se trata de conductas que son la antesala de los tipos anteriores, en los casos en los que existe influencia y ésta se ejerce.

<sup>195</sup> En el mismo sentido QUERALT JIMÉNEZ, J. “Derecho penal español parte especial”, 6ª edición, Barcelona 2010, pp. 1176-1181. Quién lo denomina a este tipo penal, como mediación de influencias. En puridad esta es la infracción que realmente responde al epígrafe de estos delitos, vista además la pena específica. Se castiga claramente la actividad de los llamados conseguidores, que en la práctica son los hilos conductores y están profesionalmente organizados.

para conseguir dichas influencias.

La realidad delictiva de tráfico de influencias nos enseña, que la práctica habitual en este delito, no es el ofrecimiento de influencias, sino es la de buscar influencias o intermediación que realizan los particulares o empresas para conseguir dicha influencia a través de intermediarios que pueden ser por ejemplo, los familiares, exfuncionarios de la Administración Pública, o personas que tengan cualquier tipo de relación cercana con el funcionario público. Otorgando u ofreciendo para ello dádivas, remuneraciones, comisiones o donaciones a los intermediarios encargados de gestionar y encausar la influencia, resultando así la figura típica del “tráfico de influencias en cadena”. Como ejemplo patético de esta clase de influencias tenemos, las donaciones que algunas empresas otorgaban a un cierto partido político con el objeto de que algunos de sus miembros o dirigentes, ejerzan influencias en aquellos funcionarios públicos con capacidad de decisión y que pertenecen al mismo partido, con la finalidad de que estos otorguen los contratos de adjudicación a las empresas donantes. En este caso las donaciones se entregaban a cambio de adjudicaciones, a un partido político que viene a ser una entidad privada y como tal, ellos por sí no pueden conceder contratos.

Siguiendo esta línea CUGAT MAURI afirma, que el Art. 430 del CP introduce una figura penal, que permite apreciar un importante adelantamiento de las barreras de punibilidad existentes. Se incrimina a quienes ofrecen realizar las conductas descritas en los artículos 428 y 429 del CP, para ejercer influencia cerca de autoridades o funcionarios públicos, solicitando por ello dádivas, presentes o cualquier remuneración, o acepten ofrecimiento o promesa de ellos. Como han destacado ORTS y VALEIJE, este tipo penal recoge la esencia auténtica de tráfico de influencias, caracterizado por la inserción de las influencias públicas en su itinerario delictivo.<sup>196</sup>

Partiendo de la consideración de que estamos ante un delito autónomo contra la Administración Pública, en principio este tipo penal pretende proteger algunos aspectos integradores, en primer lugar los sujetos intervinientes son precisamente las personas particulares, y por tanto la acción incriminada se desenvuelve en su fase inicial en el

---

<sup>196</sup> Sobre este aspecto véase a CUGAT MAURI, M. “La desviación del interés general y el tráfico de influencias”, Barcelona 1997, pp. 237-243. Como antecedente histórico de esta figura próxima pero no idéntica, se situaba en el ámbito del delito de cohecho, concretamente en el Art. 476 del CP de 1928, cuyo texto decía: *El que aparentando crédito, influencia o relaciones cerca de las autoridades, agentes de estas 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 3.000 pesetas.*

ámbito privado, en el que es posible considerar algunos supuestos que permitan incluir a familiares y a personas relacionadas. Por ejemplo, el hijo de un Alcalde que ofrece a una empresa influir sobre su padre, para que otorgue una concesión de obra a dicha empresa, solicitando por ello una comisión o remuneración a cambio, o cuando este familiar que se ofrece para agilizar la tramitación de una licencia de funcionamiento de un negocio, a cambio de una contraprestación económica a través del padre, para que éste ejerza influencia en el funcionario

En el supuesto referido se puede intentar encontrar una relación con la actividad de la función pública, con ese ofrecimiento de ejercer influencias cerca de funcionarios, pero la relación en esta fase es ciertamente lejana o futura. Tal es así, para que se dé el tipo, no se exige que realmente se llegue a utilizar la influencia, que ni siquiera realmente se posea. De manera que, la tipicidad permite abarcar en principio, incluso a los supuestos en los que se alardea poseer influencias, en otros casos también debe abarcar aquellas conductas sigilosas orientadas a conseguir o buscar intermediarios para gestionar o canalizar las influencias sobre la autoridad o funcionario público. Así mismo tampoco, se exige que la oferta de influencias sea aceptada ni que el objeto de la misma sea un acto injusto. Los únicos supuestos en los que cabe apreciar alguna afectación directa a la función pública, son aquellos en los que el oferente es un funcionario público, y cuando la oferta se refiere a las relaciones con otros funcionarios. En este caso es posible aceptar un nivel de corrupción, en la medida en que la posición dentro de la administración pública resulta utilizada para el lucro personal. De modo que, nada impide considerarlo abarcado dentro del tipo previsto en el Art. 430 del CP, cuyo texto refiere a “los que ofreciéndose a realizar las conductas de influencia”, por lo que estos supuestos también deberían estar comprendidos dentro de este tipo penal.<sup>197</sup>

Es muy amplia la gama de supuestos que se pueden dar a través de intermediarios con relación al tráfico de influencias, como la oferta, la demanda o la gestión de influencias a cambio de contraprestaciones, son las razones concretas que llevan a

---

<sup>197</sup> *El antecedente más inmediato se encuentra en el Art. 407 del proyecto del código penal de 1980, cuyo texto decía: 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 a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas en que puedan incurrir si alegaren falsamente que el provecho era en todo o en parte para el funcionario. Si este delito fuere cometido por funcionario público que se ofrezca a influir sobre otro u otros funcionarios, se le impondrá, además, la pena de suspensión de tres a seis años.*

SÚAREZ MONTES a afirmar, que es la figura auténtica, que con propiedad representa o lleva el nombre de “tráfico de influencias”.

Por ello esta afirmación puede considerarse especialmente acertada y más precisa, si se admite que con la regulación de este supuesto se piensa en la figura del intermediario, que se beneficia por el ejercicio o la gestión de influencias cerca de los funcionarios, obteniendo por ello comisiones o contraprestaciones económicas para sí, para terceros o para sus empresas, entidades u organizaciones. Por cuanto, el tráfico de influencias implica el ofrecimiento o demanda de influencias que se lleva a cabo entre personas particulares de manera directa, o a través de intermediarios a cambio de contraprestaciones recíprocas con el objeto de ejercer o gestionar influencias sobre una autoridad o funcionario público.<sup>198</sup> La práctica delictiva nos demuestra que lo habitual en estos delitos, no es la oferta o el ofrecimiento de influencias, sino la búsqueda, la ambición, la demanda o compra de influencias, que se constituye en el verdadero interés de los particulares para conseguir esas influencias, ya sea de forma directa o a través de intermediarios, que gestionan y canalizan el ejercicio de dicha influencia, como así se constata en la mayoría de los delitos denunciados por tráfico de influencias ante el órgano jurisdiccional.

Sin embargo, esta arraigada modalidad de la demanda o compra de influencias no fue considerada por los legisladores a la hora de configurar estos tipos penales, en ninguna de las legislaciones que hasta ahora se han dado, desde la LO 9/1991, la LO 10/1995, LO 5/2010, ni la reciente LO 1/2015, de 30 de marzo, que modifica la reforma operada por la LO 9/1991. Es más, la propia doctrina y la jurisprudencia no se pronuncian ni hacen referencia a esta modalidad de tráfico de influencias, limitándose al texto expreso de la ley penal, a pesar de que constantemente se descubren delitos cometidos con esta modalidad delictiva de tráfico de influencias entre particulares.

También, es necesario señalar solo como referencia con respecto al delito de tráfico de influencias entre personas particulares, que en la legislación penal de otros países se contempla esta modalidad delictiva y se castigan tanto el ejercicio, la intermediación, la venta y la compra de influencias, con pena de prisión que oscilan entre dos años a diez años y multa, y tratándose de funcionarios públicos, además se les puede imponer

---

<sup>198</sup> Como referencia véase a SÚAREZ MONTES, R. “Consideraciones político criminales sobre el delito de tráfico de influencias” Homenaje a la memoria del profesor Dr. Juan del Rosal, *Revista de Derecho Privado*, Madrid 1993, pp. 1087-1106.

incluso la pena de inhabilitación perpetua para empleo o cargo, según los casos.

Por otro lado debemos indicar, las observaciones que se han hecho con relación a este tipo penal, en la doctrina se ha cuestionado con demasiada facilidad algunos aspectos inherentes al delito entre ellos, su configuración defectuosa, la ausencia o indeterminación de un bien jurídico protegido, la consideración de actos preparatorios que ponen en tela de juicio la autonomía del delito, la inexistencia o falta de relación con la Administración Pública, la responsabilidad penal de las personas particulares por su conducta o actuación en el ámbito privado. De modo que, las cuestiones señaladas no ayudan a la comprensión legal de este delito autónomo, cuando en realidad esta figura representa el auténtico delito de tráfico de influencias.

Sin embargo, el Tribunal Supremo parece encontrar fundamento suficiente con relación al bien jurídico. Así, se ha estimado en la STS, de 19 de julio de 2001, “caso ollero” (Ref. Iustel: &306905), Por que el fin perseguido por el legislador al introducir esta figura en el código penal por la Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo, que fue modificada por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, de reforma del código penal; es al igual que en el delito de cohecho, evitar la interferencia de intereses ajenos o contrarios a los públicos, tutelando y protegiendo un bien jurídico esencial como es la imparcialidad y objetividad de las decisiones de las autoridades y funcionarios públicos, que velan por el bien común y el interés general de la sociedad, en este sentido también la STS, de 10 de marzo de 1998, o como ya se pronuncio por esta misma sala en ocasión precedente al examinar las coincidencias y diferencias de esta figura con el delito de prevaricación, en uno u otro tipo se trata de mantener dentro del derecho, de la Ley y de la ética, en cuanto a los valores y principios que inspiran a la función pública, así la STS, de 24 de junio de 1994.

La conducta típica en este delito, como bien señala BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE se estructura sobre la base de la venta o la intermediación de influencias, es decir, utilizar influencias sobre autoridades o funcionarios públicos, sean reales o ficticias, para obtener un beneficio económico, que se concreta con la solicitud de dádivas o contraprestaciones entre particulares.<sup>199</sup> En este sentido la STS, de 19 de julio de 2001, afirma, se trata también de un delito de mera actividad, que se consuma

---

<sup>199</sup> En este sentido BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y Otros, “Comentarios al código penal”, 1<sup>o</sup> edición, Madrid 2007, pp. 903-907. En la misma línea también véase los comentarios de GIMBERNAT ORDEIG, E. y Otros, “Código penal concordancias y jurisprudencia”, Madrid 2003, pp. 920-923.

con la ejecución de la acción típica que describe el precepto, sin necesidad de que se produzca resultado alguno, ni siquiera que la solicitud del oferente sea aceptada por aquél a quién se dirige la oferta, y desde luego, sin que sea preciso que la influencia, que puede ser real o ficticia, sea ejercida efectivamente.

## V.2.- EL TIPO SUBJETIVO DE LA CONDUCTA TÍPICA EN EL ART. 430 DEL CP

Esta figura del ofrecimiento de influencias previsto en el Art. 430 del CP, es un tipo de conducta mixta alternativa que se caracteriza por la potencial presencia de dolo, en la conducta tendenciosa de las personas particulares o de algunos funcionarios que actúan como particulares sin la condición de funcionario, ya sea ofreciendo influencias que presumen tener o solicitando dádivas, presente o cualquier otra remuneración a los compradores de influencias. O bien, acepten ofrecimiento o promesa, con el objeto de gestionar o ejercer influencias, sobre un funcionario público o autoridad competente de la resolución de un determinado asunto, que posteriormente genere un beneficio económico o ventaja para el particular comprador de dicha influencia.

En este tipo penal, se puede contemplar como indica QUINTERO OLIVARES, las diferentes fases por las que puede atravesar el pacto o intento de acuerdo entre los particulares, con la concurrencia del elemento subjetivo del injusto, que tiene por finalidad realizar cualquiera de las conductas tipificadas en los artículos 428 y 429 del CP, esto es, que las dádivas, presentes o cualquier otra remuneración solicitados, recibidos o prometidos constituyan una contraprestación a un potencial tráfico de influencias de los particulares.<sup>200</sup>

Los delitos de tráfico de influencias se sancionan sólo en su modalidad dolosa, que se caracteriza básicamente por la intencionalidad premeditada en la conducta del sujeto particular, que prevé a priori los objetivos que persigue, siendo imposible la punición de la forma imprudente, debido a la falta de un determinado tipo que así lo prevea, en coherencia con lo que precisamente exige el Art. 12 del CP. Además

---

<sup>200</sup> De esta opinión QUINTERO OLIVARES, G. MORALES PRATS, F. y Otros, "Comentarios a la parte especial del código penal", 9ª edición, Pamplona 2011, pp. 1798-1811. A diferencia de lo que sucede en los artículos anteriores, aquí se castiga, tanto a quién ofrece, como a quién acepta el ofrecimiento de influencias. Para la consumación del delito es suficiente la oferta, no siendo necesario que se haga entrega de dádiva, presente o remuneración alguna, así SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAILLO, A. en "Derecho penal parte especial", Madrid 2011, pp. 840-845.

también debemos indicar, que los tipos que están previstos en los artículos 428 y 429 del CP, contienen expresamente las referencias a las finalidades específicas que a priori se persiguen con la realización de la conducta típica, lo que también llega a excluir la comisión del ilícito penal con dolo eventual.

En este sentido afirma CUGAT MAURI, estamos claramente, ante un delito doloso de mera actividad en el que no se ha previsto la comisión imprudente. Ello no podía ser de otro modo, si se recuerda que el autor del delito se pone en disposición de realizar una conducta próxima a la inducción (la influencia) que va dirigida a desviar la actuación de la administración.<sup>201</sup>

En cuanto al elemento subjetivo de la conducta típica que se prevé en el Art. 430 del CP, ciertamente nos encontramos ante un delito de carácter doloso, en el cual la oferta o la compra de influencias se comete de forma intencional y premeditada por parte de aquellos particulares o funcionarios que no están en el ejercicio de sus funciones, el elemento subjetivo es similar a los tipos que están previstos en los Artículos 428 y 429 del CP, donde igualmente concurre en los autores del delito, el ánimo espurio de conseguir ganancias patrimoniales o beneficios a través del tráfico de influencias, ya sea ofreciendo, comprando o gestionando influencias. Como manifiesta COBO DEL ROSAL, es un delito doloso, no sólo porque el legislador, ha considerado conveniente no tipificar legalmente la conducta imprudente, sino porque su estructura delictiva es esencialmente dolosa. El tráfico de influencias que se lleva a cabo intencionalmente entre los particulares, es decir el ofrecimiento o la demanda de influencias con el ánimo de conseguir dádivas, presentes, remuneraciones o cualquier beneficio de carácter patrimonial, a cambio de gestionar, encausar o ejercer influencias en el futuro sobre un funcionario público o autoridad con la finalidad de conseguir un beneficio económico o ventaja para el sujeto particular destinatario del ofrecimiento de la influencia o en su caso comprador de la misma. Excluye cualquier otra posibilidad que no sea el dolo directo. Por tanto no es posible ni la imprudencia, ni el dolo eventual. El dolo requiere el conocimiento por parte del autor del delito, del procedimiento ilegal de su conducta en el ofrecimiento de la influencia, y que no depende de él la resolución del asunto que le

---

<sup>201</sup> Véase con relación a este aspecto a CUGAT MAURI, M. *“La desviación del interés general y el tráfico de influencias, Barcelona 1997, p. 251. Se trata de un delito de muy difícil aplicación en la práctica, cuyo auténtico desvalor sólo se aprecia con cierta claridad en los supuestos en los que tales comportamientos se lleven a cabo con las notas de repetición profesionalidad y enriquecimiento, pese a que no han sido introducidas como requisitos de la figura típica.*

ofrece o le plantea al particular destinatario. Por tanto no tiene la seguridad de que se consiga los objetivos planteados, a pesar de que el sujeto activo ejecuta hábilmente a sabiendas de su ilicitud, todos los actos preparatorios encaminados a la consecución de los fines que se persiguen.<sup>202</sup>

Así mismo, ZUGALDIA ESPINAR en coherencia con la teoría cognitiva del dolo sostiene, que lo característico de la conducta dolosa es la actuación voluntaria con conocimiento de los elementos del tipo, sin exigencia de ningún requisito adicional de carácter volitivo respecto al resultado lesivo. Se defiende que el único elemento común y definidor de todas las conductas dolosas frente a la imprudencia es el conocimiento. Así se afirma que lo decisivo en la delimitación entre la conducta dolosa e imprudente es fijar la frontera entre el conocimiento y el error, de forma que lo que el sujeto “espere”, confíe” o “desea” carece de relevancia cuando se prueba que sabe que está realizando la conducta típica, o respecto al resultado, lo que ha previsto.<sup>203</sup> En conclusión se confirma, que en la comisión de los delitos de tráfico de influencias previstos en los artículos 428, 429 y 430 del CP, se considera dolosa la realización del tipo de un delito, cuando el autor ha sido consciente de realizar todos los elementos objetivos que caracterizan al mismo, y más aún tratándose de un delito de resultado, actúa dolosamente quién, en el momento de realizar la acción, ha previsto el resultado como causalmente unido a su conducta, dejando al azar la evitación o no del mismo. Gráficamente: El autor doloso se decide por una conducta típica que tiene ante los ojos y el imprudente toma una decisión contraria a la norma de conducta, pero carece de esa previsión del tipo. Así mismo es necesario indicar que, no es parte del dolo el conocimiento de la antijuridicidad, es decir, no es necesario para afirmar el carácter doloso de una conducta que el autor del delito supiera que dicha conducta está prohibida penalmente, basta con probar que sabía lo que hacía. El conocimiento o desconocimiento de la antijuridicidad afecta a la culpabilidad del sujeto, pero no al carácter doloso de la conducta. De modo que en el delito de tráfico de influencias

---

<sup>202</sup> Así, COBO DEL ROSAL, M. y Otros, “Derecho penal parte especial”, 2ª edición, Madrid 2005, pp. 907-913. El sujeto al que se dirige la solicitud o que ofrece o promete tiene una doble dimensión, precisamente en atención a la conducta típica que realiza. Si es solo un intermediario no tiene responsabilidad. Si ofrece, promete o da, habrá que estar a la posterior actitud del sujeto activo para incluirlo como inductor o cooperador del nuevo delito realizado, que, por otra parte de producirse entrará en concurso con el del Art. 430 del C.P.

<sup>203</sup> Véase sobre este aspecto a ZUGALDIA ESPINAR, J.Mª. y Otros, “Derecho penal parte general”, 2ª edición, Valencia 2004, pp. 490- 492.

previsto en el Art. 430 el o los sujetos que intervienen en el ofrecimiento, compra o gestión de influencias actúan con pleno conocimiento de causa con la intención premeditada de obtener en el futuro de la administración pública, una resolución o decisión formal que implique un beneficio económico o ventaja de cualquier clase para los sujetos interesados en la operación, valiéndose para ello de los intermediarios traficantes de la influencia.

### V.3.- EL SUJETO ACTIVO EN EL ART. 430 DEL CÓDIGO PENAL

En el caso concreto del tipo Penal del Art. 430 del CP, los sujetos activos del delito, vienen a ser tanto aquellos que se ofrecen a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores, como quienes acepten, ofrezcan o prometan dádivas, presentes o cualquier remuneración para gestionar o ejercer influencias ante un funcionario, esta figura delictiva se lleva a cabo en el ámbito privado, donde el sujeto activo puede ser cualquier persona particular, jurídica e incluso un funcionario o autoridad si actúa al margen de su cargo como si fuera un sujeto particular. La conducta de estos sujetos, consiste en solicitar o aceptar alguna clase de remuneración actual o futura, para sí mismo o para un tercero, por ofrecer influencias que se dicen tener con determinados funcionarios públicos o autoridades, con el objeto final y futuro de conseguir beneficios o ventajas para el o los sujetos interesados de la compra de influencias.

En este delito se aprecia claramente que el sujeto activo del delito puede ser tanto una persona particular, una persona jurídica o el funcionario o autoridad que no actúa en el ejercicio de su cargo, es decir actúa como un sujeto particular sin valerse de las facultades del cargo. De este modo, como bien refiere QUINTERO OLIVAREZ, la primera conducta típica del sujeto activo, se articula sobre la solicitud de dádivas, presentes o cualquier remuneración, como una contraprestación al ofrecimiento de un presunto tráfico de influencias sobre las autoridades o funcionarios.<sup>204</sup> Tal es así, del tenor del Art. 430 se desprende que, no es necesaria la aceptación de la solicitud, ni el efectivo uso de las influencias, ni siquiera que estas sean realmente ciertas. Por tanto el delito se consuma con la mera solicitud de la recompensa, una vez que se haya

---

<sup>204</sup> Al respecto véase a QUINTERO OLIVAREZ, G. y Otros, "Comentarios a la parte especial del derecho penal", 9ª edición, Pamplona 2011, pp. 1809-1810. En este delito los sujetos particulares vienen a ser, las personas particulares y las jurídicas, que pueden ser: las empresas, sociedades, fundaciones, etc.

efectuado el referido ofrecimiento por parte del sujeto activo del delito. La segunda modalidad delictiva alude a la aceptación del ofrecimiento de dádivas, promesas o cualquier otra remuneración, en el hipotético caso de una efectiva contraprestación, a cambio de ejercer influencia en funcionario público o autoridad.

Se trata de un delito de conductas delictivas múltiples, en el que se contemplan las diferentes fases por las que se puede encaminar el ofrecimiento o acuerdo entre los sujetos particulares, en la que concurre un elemento subjetivo del injusto cuya finalidad es como ya hemos señalado anteriormente, la de realizar cualquiera de las conductas tipificadas en los artículos 428 y 429 del CP, esto es que las dádivas, presentes o cualquier otra remuneración solicitados o recibidos por el sujeto activo, constituyan una contraprestación por la intermediación en el tráfico de influencias. Tal como manifiesta QUERALT JIMÉNEZ, que el sujeto activo puede serlo cualquiera, es decir, la persona particular, jurídica o cualquier funcionario que actúa en condición de particular, cuya acción ha de consistir en solicitar o aceptar contraprestaciones económicas o prometer encausar una posible influencia futura sobre un funcionario. En estos casos poco importa que el sujeto oferente o aceptante vaya a ejercer tal influencia o que pueda ejercer como lo desea. Lo que se castiga no es la influencia, sino el alarde de ejercerla, estamos ante un delito de mera actividad que se consuma con el ofrecimiento de los servicios o con la aceptación de la contraprestación económica, no requiere que ésta sea efectivamente entregada, ni que se ejerza influencia alguna.<sup>205</sup>

La sanción que corresponde al sujeto particular por llevar a cabo esta conducta, es idéntica a aquella que le corresponde al sujeto que trafica efectiva y realmente con influencias. Esta injustificada equiparación de conductas cuyo injusto presenta un desvalor cualitativamente muy distinto, se ve acentuada por la posibilidad de que la autoridad judicial acuerde además de las penas previstas en el Art. 431.1 del CP, la suspensión o clausura de las sociedades, empresas, organizaciones o despachos abiertos al público. Se trata de un desacierto valorativo y punitivo, que vulnera el principio de proporcionalidad, amén del espíritu condescendiente que caracteriza a la

---

<sup>205</sup> *Del mismo modo QUERALT JIMÉNEZ, J. y Otros, "Derecho penal español parte especial", 6ª edición, Barcelona 2010, pp.1180-1181. Realmente esta es la infracción que corresponde al epígrafe de estos delitos, en la que se castiga claramente la conducta de aquellos particulares llamados conseguidotes o intermediarios, que en la práctica están profesionalmente organizados. Donde el sujeto activo del delito puede ser cualquiera, incluso un funcionario o autoridad puede incurrir en este delito por ser más amplio que el previsto en el Art. 420, siendo el campo de actuación preliminar en este caso, el ámbito privado.*

norma penal respecto de los delitos de tráfico de influencias, al establecer penas ínfimas que no responden a la gravedad de las conductas delictivos que se vienen cometiendo en la actualidad, donde se constata la participación no solo empresas u organizaciones poderosas, sino también de personajes con poder económico y político.

Así mismo señala CONDE MUÑOZ, que en esta modalidad típica el sujeto activo solo puede ser una persona particular o el funcionario que actúa en calidad de sujeto particular, y que en el ámbito privado donde se lleva a cabo estas actuaciones, ofrece hacer uso de influencias a cambio de una dádiva, presente o remuneración, siendo la nota característica de estas conductas delictivas, tanto el ofrecimiento de hacer uso de influencias, como el de solicitar o aceptar por ello una contraprestación económica.<sup>206</sup>

Con respecto a los delitos que se cometen en los artículos 428 y 429 del CP, la conducta que en estos se tipifican nada tienen que ver directamente con el ejercicio de la función pública. Tanto el sujeto activo, como la persona a quién se dirige el ofrecimiento de la influencia, son personas particulares y la esfera en el que se realiza este delito, es el ámbito privado. La relación que existe con la función pública en la fase inicial del delito, es la referencia a la misma como objeto de la influencia. El sujeto que ofrece hacer uso de esa influencia puede o no tener y puede hacer uso o no de ella, pero en todo caso será responsable si ofrece hacer uso de esa influencia (real o presunta), estamos ante una conducta punible tipificada en el Art. 430 del CP que se consume con el simple ofrecimiento de hacer uso de influencias cerca de las autoridades o funcionarios, siempre que se solicite, acepte o se reciba de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración económica.

Los planteamientos que se vienen sosteniendo sobre este aspecto en la doctrina, mayoritariamente son coincidentes, aunque con ciertos matices por parte de algunos, así por ejemplo POLAINO NAVARRETE indica, que la conducta del sujeto activo está compuesta de dos fases típicas de acción, en la que su conminación penal configura un tipo de delito plurisubsistente, que de acuerdo a su estructura exige la realización de varios momentos diferentes respecto de la acción, cuyo conjunto unitario constituye el

---

<sup>206</sup> De esta misma opinión MUÑOZ CONDE, F. "Derecho penal parte especial", 19ª edición, Valencia 2013, pp. 960-961. Si otro particular llega a aceptar u ofrece para ello una remuneración, puede ser también castigado, como cooperador o inductor del delito previsto en el Art. 429. Se puede dar también la figura de una participación en cadena por parte de los particulares, en estos casos resulta difícil obtener los medios probatorios que permitan demostrar la participación de los sujetos con el objeto de persecución.

comportamiento típico, en este caso, integrado por los actos de ofrecer y de solicitar o aceptar. De modo que en primer término, ha de realizarse un elemento común o constante del tipo, integrado por ofrecer influir en autoridad o funcionario, con el propósito típico exigido de conseguir una resolución que pueda generar un beneficio económico para el sujeto del delito, y en segundo término, ha de ejecutarse por el sujeto activo alguna de las siguientes modalidades de conductas alternativas descritas en la figura legal, que consiste en solicitar dádivas, presentes u otra remuneración, o bien aceptar ofrecimiento o promesa. Siendo el sujeto activo en todos estos casos, personas particulares, jurídicas como también funcionarios o autoridades que actúan en calidad de particulares.<sup>207</sup>

El ofrecimiento de la utilización de la influencia funcional por parte del sujeto activo, constituye un medio ejecutivo de las conductas de solicitud o de aceptación, en el cual los elementos del acto típico descrito en la figura legal, han de concurrir en una relación típica ocasional, y no necesariamente causal, entre los sujetos particulares, dicha relación puede comprender a familiares, amistades o personas que tengan vínculos personales con funcionarios o autoridades, o se encuentren próximo a la Administración Pública, como es el caso de las grandes empresas, organizaciones o personas con poder económico, como refiere así TORIO LÓPEZ.

En cuanto a la autoría y participación del sujeto activo en los delitos de tráfico de influencias, el Art. 428 configura un delito especial, el Art. 429 un delito común, y el Art. 430 acumula la doble caracterización, al tipificar conductas considerado por algunos como actos preparatorios de los delitos anteriores, que ha sido elevado a la categoría de delito autónomo por el legislador. Nada de ello plantea especial problema, a la vista de la jurisprudencia que admite la participación de las personas particulares en los delitos especiales.

Por ello se debe tener en cuenta la observación acertada que hace la doctrina con respecto a la participación de los sujetos en el delito de tráfico de influencias, como manifiesta LAMARCA PEREZ, que ha diferencia de lo que ocurre con el delito de

---

<sup>207</sup> Véase sobre este aspecto a POLAINO NAVARRETE, M. y Otros, "Lecciones de derecho penal parte especial", adaptado a la Ley Orgánica 5/2010 de Reforma del código penal, tomo II, Madrid 2011, pp. 339-341. La protección de la incorruptibilidad de la función pública, viene determinada por el carácter patrimonial de la pretensión de la resolución que comporte beneficio económico, de mayor o menor valor para el propio autor o para un tercero, en la que los sujetos serán siempre personas particulares o funcionarios que actúen en calidad de particular en el caso del tipo penal previsto en el Art. 430 del CP.

cohecho, como se ha visto, tan responsable es quién propone, como quién acepta, quién paga como quién recibe. En el tráfico de influencias, concretamente en los tipos del Art. 428 y 429, solo se tipifica y sanciona la conducta de la persona que influye, careciendo de tipicidad la del funcionario que se deja influir por situaciones ajenas a los intereses públicos y adopta una resolución que beneficie a la persona que ha influido en él. Aunque la conducta del funcionario puede ser sancionada como un delito de prevaricación como refiere la jurisprudencia.<sup>208</sup> Por ello, se debe cuestionar, que este dislate legislativo no deja de ser una incongruencia jurídica o un despropósito legislativo, que vulnera el principio de igualdad ante la ley y el equilibrio punitivo de la justicia penal, respecto de estos delitos.

#### V.4.- EL SUJETO PASIVO EN EL ART. 430 DEL CÓDIGO PENAL

La figura penal del Art. 430, que ha sido objeto de serias observaciones, todavía es en estos momentos considerado por algunos doctrinarios, como un tipo penal de difícil justificación y comprensión, en cuanto a la afectación de la Administración Pública y el bien jurídico protegido en este delito, así como la incertidumbre que existe en cuanto a la determinación del sujeto pasivo del delito.

No obstante este delito, es considerado por algunos doctrinarios como una figura penal auténticamente típica de tráfico de influencias, de frecuente comisión delictiva en la actualidad que se ha convertido en una modalidad en expansión que abarca a todas las esferas de la sociedad. Por ello, el comportamiento delictivo de los particulares ha supuesto un avance significativo, con nuevas formas de actuación o modus operandi, como la utilización de intermediarios o el tráfico de influencias en cadena, para superar las barreras legales existentes. De modo que, el tráfico de influencias llevado a cabo en el ámbito privado por los particulares en situaciones diversas, ha conducido a generar cierta incertidumbre en la doctrina en la labor de identificar el verdadero sujeto pasivo en este delito, lo que ha significado el surgimiento de posiciones contradictorias en un

---

<sup>208</sup> En esta línea véase a LAMARCA PEREZ, C. y Otros, "Delitos y faltas", la parte especial del derecho penal, 2ª edición, Madrid 2013, pp.726-727. La STS de 15 de febrero de 2000, que condenó al particular que influyó en el Alcalde como autor de un delito de tráfico de influencias, y al Alcalde por un delito de prevaricación, o el caso de la STS de 8 de marzo de 1999, que condenó al particular que influyó en el Alcalde como autor del delito de tráfico de influencias, y al Alcalde por un delito de fraude, previsto en el Art 400 del CP.

sector de la doctrina, limitándose algunos al recurso fácil de la crítica.

Al margen de los aspectos referidos, debemos indicar que, con relación al sujeto pasivo en el delito del Art. 430 del CP, al igual que en los otros tipos penales, aún no se han pronunciado claramente en la doctrina, ni en la jurisprudencia, tampoco se han formulado planteamientos concretos para la identificación precisa del sujeto pasivo en el delito de tráfico de influencias, lo que ha dado lugar a la proliferación de criterios difusos o inconsistentes en la determinación del sujeto pasivo del delito.

No obstante, a pesar de las críticas y las posiciones contradictorias que se manejan en cuanto a la determinación del sujeto pasivo en este delito. Se debe destacar y tomar en consideración la contribución valiosa de algunos doctrinarios que sostienen criterios y argumentos sólidos para la identificación del sujeto pasivo.

En este sentido debemos destacar la posición firme que mantiene categóricamente QUERALT JIMÉNEZ, al afirmar, que el sujeto pasivo en los delitos de tráfico de influencias es “la comunidad”, es decir la colectividad en general, porque es ella la que sufre el ataque, o a quién le afecta en última instancia el menoscabo de sus derechos y libertades. Cualquier ataque al interés general, implica un ataque a la colectividad, que es el titular legítimo del interés general, y es el estado a través de sus instituciones quienes deben brindarle toda clase de protección y servicios a la sociedad en general. Por tanto el sujeto pasivo del delito en el Art 430, al igual que en los tipos del Art. 428 y 429 del CP, es concretamente “la comunidad en general”, como titular legítimo del interés general.<sup>209</sup>

De conformidad con este criterio, la fundamentación del bien jurídico que se extrae de la Constitución política del Estado, permite la atribución de la titularidad de los bienes jurídicos a los ciudadanos integrados en una comunidad, puesto que en ella, los ciudadanos son el fin referente fundamental y aún más directo que en la legislación penal. Esta posición es coherente con el modelo de un estado de derecho, en el cual la acción pública se legitima por su orientación a la persona y la protección de bienes jurídicos colectivos. Esta protección personalista se plasma en el Art. 10 de la CE, en el que se reconoce que “la dignidad humana, los derechos fundamentales, el libre

---

<sup>209</sup> En este sentido sostiene QUERALT JIMÉNEZ, JOAN J. “Derecho penal español parte especial, 6ª edición, Barcelona 2010, pp. 1176-1181. En consecuencia, prácticamente esta es la infracción que verdaderamente representa la modalidad auténticamente típica de estos delitos. Se castiga claramente la conducta de los llamados coordinadores o intermediarios, que están profesionalmente organizados y especializados.

desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son el fundamento del orden político y de la paz social". Desde este punto de vista, la protección de los bienes colectivos, se entiende como una finalidad de carácter instrumental, respecto de la protección de los bienes individuales, de los cuales son titulares los propios ciudadanos.<sup>210</sup>

Así mismo, en coherencia con los argumentos referidos CUGAT MAURI señala, la determinación del sujeto pasivo depende del bien jurídico al que representa y tiene que ver también con el criterio de legitimación material. En este sentido el titular de los bienes jurídicos en un Estado democrático, viene ha ser la comunidad, que representa a los ciudadanos, que son en definitiva, los que le dan legitimidad a todo el sistema. Tal es así por ejemplo, que con respecto al bien jurídico individual de la libertad, no se puede privar con la pena, sino es para proteger los bienes jurídicos de los que también los ciudadanos son sus titulares directos. Por ello, de conformidad con lo dispuesto por el Art. 103 de la Constitución del Estado se deduce que en los delitos contra la Administración Pública y concretamente en el delito de tráfico de influencias, el sujeto pasivo viene a ser la comunidad, porque representa los bienes jurídicos de carácter colectivo, y por lo tanto es el legítimo titular del interés general.<sup>211</sup>

Destacando los argumentos en el sentido expuesto, se confirma que la especialidad de estos delitos se encuentra en que el titular del bien común no es ningún ciudadano particular, sino el conjunto de la colectividad, es decir la comunidad, en la medida en que la actividad de la Administración Pública está orientada a proteger y satisfacer los intereses públicos. El problema se encuentra en la defensa de los intereses difusos de manera que, como se ha observado, la falta de determinación de un sujeto pasivo

---

<sup>210</sup> Así el Art 10 de la CE: 1.- La dignidad de la persona humana, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

2.- Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

<sup>211</sup> En coherencia con esta misma línea CUGAT MAURI, M. "La desviación del interés general y el tráfico de influencias", Barcelona 1997, p. 244. El sujeto pasivo de este delito debe considerarse que se sitúa en la colectividad, tal como en los delitos anteriores en tanto que es el titular del bien común, y así mismo se debe velar por la imparcialidad y la objetividad en el ejercicio de las funciones públicas con el objeto de proteger el interés general como un bien jurídico de la sociedad.

En contraposición a los delitos anteriores, no se plantea aquí la posibilidad de calificar al otro sujeto como objeto del delito, en tanto que se actúa en una relación de completa horizontalidad o igualdad de condiciones, tal como sucede en el delito de cohecho, con el que se comparte el aspecto de la contraprestación con medios distintos.

específico, ha contribuido al incremento de los delitos que no se pueden denunciar por las incongruencias que presenta la norma penal, en la configuración de los delitos de tráfico de influencias.

En estos tipos penales, resulta especialmente relevante la distinción conceptual entre el sujeto pasivo y el objeto de la acción, no pueden concurrir ambos en el mismo sujeto y se debe evitar confundir en la identificación entre estos dos casos. En la consideración de que siendo el bien jurídico de carácter colectivo, “al funcionario público influido no se le considera sujeto pasivo”. De modo que no tiene la legitimación legal ni procesal para interponer una acción legal. En cambio, será considerado como objeto del delito, en tanto que sobre él recaiga la acción típica que deriva en el desvalor del resultado. De esta manera se debe entender, que el funcionario público además de ser el objeto de la acción delictiva del sujeto activo, se convierte en un medio o eje fundamental para canalizar la realización de los actos necesarios de la operación planteada, con la finalidad de conseguir los objetivos que se persiguen y en este itinerario entre la influencia el medio y el fin, el funcionario presta necesariamente su contribución, con su participación decidida y efectiva en la operación, ejecutando los actos necesarios en virtud de la influencia ejercida, ya sea por razones del cargo, por situaciones derivadas de su relación personal, o por ser parte de la operación que se gestó a instancia de personas particulares en un ámbito privado.

Los hechos expuestos se pueden corroborar, mencionando el caso resuelto por la sentencia nº 1026/2009 del Tribunal Supremo, de 16 de octubre de 2009, sala 2ª de lo penal, sobre la interposición del recurso de casación por un concurso de delitos: “prevaricación”, “tráfico de influencias” y “delitos contra la hacienda pública”. El fundamento del reproche casacional se halla en que los diversos delitos, cometidos por los acusados donde existió una relación o conexión instrumental dentro de una actividad delictiva compleja. En tal sentido el tráfico de influencias fue el instrumento necesario para alumbrar la actividad prevaricadora, buscando como último objetivo la malversación de fondos públicos. Se desestima el recurso de casación.<sup>212</sup>

Igualmente al respecto, como señala BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, que el Tribunal Supremo parece haber encontrado fundamento suficiente con relación al bien

---

<sup>212</sup> Véase lo resuelto por la STS nº 1026/2009, de 16 de octubre de 2009, la STS nº 624/2013, de 27 de junio de 2013, sobre los delitos de cohecho, tráfico de influencias, prevaricación y falsedad. Así también, la STS nº 1076/2004, de 11 de octubre de 2004, sobre delito de tráfico de influencias.

jurídico protegido en estos delitos. Así se pronuncia en la STS, de 19 de julio de 2001, “caso Ollero” (Ref. Iustel: &306905). Por que el fin perseguido por el legislador al introducir esta figura en el código penal por la Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo, fue al igual que en el delito de cohecho, evitar la interferencia de intereses ajenos o contrarios al interés público, tutelando y protegiendo un bien jurídico tan esencial como es, la imparcialidad y objetividad de la actuación y decisiones de las autoridades y funcionarios públicos, que deben velar y brindar protección al bien común y al interés general de la sociedad (véase la STS de 10 de marzo de 1998). Así, como también ya se pronunció por esta misma sala en ocasión anterior, al examinar las coincidencias y diferencias de esta figura con el delito de prevaricación, en uno y otro caso se trata de mantener dentro del derecho, de la Ley y de la Ética, todo aquello que significa como valor social indiscutible en la función pública (STS de 19 de julio de 2001).<sup>213</sup>

#### V.5.- PENALIDAD Y CONCURSO DE DELITOS

En cuanto a la sanción penal aplicable a los particulares por el ofrecimiento de influencias, o por solicitar dádivas, presente o cualquier contraprestación económica, así como aceptar ofrecimiento o promesa con el mismo objeto, la pena a imponer es idéntica ha aquella que se le aplica al sujeto que trafica de forma efectiva y real con las influencias. Aunque dichas conductas sean distintas, en ambos casos existe la misma relación de causalidad y se actúa con la intención finalista de conseguir un beneficio o contraprestación económica.

La pena que le corresponde al sujeto que lleva a cabo las conductas descritas en el Art. 430 del CP, es de: seis meses a un año de prisión, que es inferior a la pena que se aplica para los otros delitos de tráfico de influencias (arts. 428 y 429 CP). La pena leve que se establece en el caso del Art. 430, talvez obedezca a un criterio pragmático, de que las conductas de este tipo penal son consideradas como actos preparatorios o la fase primaria de los tipos anteriores. Pero no se pueden ignorar, que en el ámbito

---

<sup>213</sup> Así refiere BERDUGO GÓMES DE LA TORRE, I. y Otros, “Comentarios al código penal”, 1º edición, Madrid 2007, pp. 906-907. Ha dicho la mencionada STS de 19 de julio de 2001. Que se trata también de un delito de mera actividad, que se consuma con la ejecución de la acción típica que describe el precepto, sin necesidad de que se produzca resultado alguno, ni siquiera que la solicitud del oferente sea aceptada por aquel a quién se dirige la oferta, y, desde luego sin que sea preciso que la influencia, que puede ser real o ficticia, sea ejercida efectivamente.

privado es donde se originan la mayoría de los delitos de tráfico de influencias.

La Ley 5/2010, de 22 de junio, de Reforma del CP, introdujo una nueva regulación sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica, por la comisión del delito de tráfico de influencias, en el Art. 430, párrafos segundo y tercero del CP. De esta forma se habilita una sanción para aquella empresa, organización, sociedad o fundación que influyan o intenten influir en la Administración Pública, para la resolución de ciertos asuntos o que adopten decisiones que les favorezcan, así como también, para aquellas empresas u organizaciones que funcionan como intermediarios entre la Administración Pública y las empresas o las personas particulares, ofertando influencias o aceptando contraprestación económica, con el objeto de influir en un funcionario o autoridad.

Con respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el Art. 430, en su párrafo segundo y tercero dispone:

“Cuando de acuerdo con lo establecido en el Artículo 31 bis de este código una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este capítulo, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años”.

“Atendidas las reglas establecidas en el Artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”. Esto significa, que además de la pena de multa de seis meses a dos años, se le podrá imponer a la persona jurídica otras penas accesorias, como la suspensión de las actividades de la organización, empresa o sociedad y la clausura de sus locales o establecimientos, por el tiempo de seis meses a tres años. No obstante, la reciente Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, que entró en vigor el pasado 1 de julio, que modifica la reforma del código penal operada por la Ley Orgánica 10/1995, viene a clarificar y precisar el régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con respecto a una lista determinada de delitos, entre los que se encuentra el delito de tráfico de influencias. Las penas que se establecen son las siguientes: Multa por cuotas o proporcional, disolución de la persona jurídica, suspensión de sus actividades, clausura de sus locales y establecimientos, prohibición de realizar actividades en el futuro, inhabilitación para obtener subvenciones e intervención judicial.

Así mismo, será de aplicación lo dispuesto por el Art. 431 que dice: “En todos los casos previstos en este capítulo y en el anterior, las dádivas, presente o regalos caerán en decomiso”. Este precepto dispone el decomiso de las dádivas, presentes o regalos,

entregados por el particular o la empresa en todos los supuestos de tráfico de influencias y cohecho. Como es evidente el código penal ha hecho extensivo el decomiso a los delitos de tráfico de influencias. No obstante, aquél únicamente podrá llevarse a cabo en los supuestos de tráfico de influencias del Art 430 y en todas las modalidades del delito de cohecho de los Artículos 419 y siguientes, siempre y cuando la contraprestación o la ventaja se hubieran hecho efectivas y esta fuera decomisible. Podrán ser también objeto de decomiso aquellas ganancias procedentes del delito, que son distintas de la ventaja o remuneración objeto del delito de cohecho.<sup>214</sup>

En los delitos de tráfico de influencias pueden ser de aplicación todas aquellas situaciones eximentes previstas en el Art. 20 del CP, siempre y cuando se cumplan los requisitos legales que se establecen en cada caso. Igualmente se pueden aplicar las circunstancias atenuantes y agravantes que están previstas en el código penal.

Con relación al concurso de delitos, se debe observar que las conductas que se sancionan en los delitos de tráfico de influencias, son similares o afines a aquellas conductas que son objeto de los delitos de cohecho o de prevaricación. Así por ejemplo, si la resolución que se pretende obtener de la autoridad o funcionario, es delictiva o arbitraria, se estará en presencia de un concurso de leyes, entre un delito de tráfico de influencias y otro de prevaricación. Este concurso de delitos se resuelve con la aplicación del principio de alternatividad, y conforme a las previsiones del Art. 8.4 del código, dando preferencia a la aplicación de la norma que sancione más gravemente los hechos, es decir, se aplicará la norma que establezca la pena más grave para la acción punible. Dado la naturaleza delictiva del tráfico de influencias, se puede dar la concurrencia objetiva de delitos y también puede dar origen a otros delitos. Por ejemplo puede concurrir con el delito de cohecho, estafa, prevaricación, malversación de fondos públicos, revelación de secretos, etc. debido a que la realización del delito de tráfico de influencias, se lleva a cabo en una órbita pluridimensional y pluripersonal.

En cuanto se refiere a las previsiones de carácter procesal en el delito que nos ocupa, debemos tomar en cuenta lo prescrito en el Art. 1.2.h) de la Ley Orgánica

---

<sup>214</sup> *En estos delitos pueden aplicarse todas las circunstancias atenuantes y agravantes previstas en este código, excepto las agravantes de alevosía (Art. 22.1), que es propia y exclusiva por decisión del legislador, de los delitos contra las personas, y en aquellas conductas de la que es autor un funcionario o autoridad, las de abuso de superioridad (Art. 22.2), y de prevalimiento del carácter público que tenga el culpable (Art. 22.7), si estas derivan del ejercicio del cargo que determina la posibilidad de comisión del delito, pues lo impide el principio non bis in idem.*

5/1995, que establece, que el Tribunal del Jurado, es el competente para el conocimiento y fallo de las causas que se sigan por los delitos de tráfico de influencias tipificados en los Artículos 428, 429 y 430 del CP.

## VI.- CONCLUSIONES.

Primera.- Con la tipificación de los delitos de tráfico de influencias en el Capítulo VI, Título XIX del CP, el legislador ha querido reprochar la utilización sospechosa de la Administración Pública, para la satisfacción tendenciosa de intereses ajenos, por parte de personas particulares, jurídicas y funcionarios públicos, que atentan contra el normal funcionamiento de la misma y afectan al interés general de la comunidad.

Segunda.- La incriminación del delito de tráfico de influencias comprende tres tipos penales autónomos, que están estructurados de la siguiente manera:

1º.- La influencia de funcionario público o autoridad sobre otro funcionario o autoridad previsto en el Art. 428 del CP, constitutiva del delito denominado tráfico de influencias propio, considerado como un delito especial, consiste en la influencia que ejerce un funcionario público o autoridad sobre otro funcionario o autoridad, prevaleciendo de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica, con el fin de obtener una resolución favorable. La condición de funcionario constituye una agravante, que debe ser objeto de una sanción penal mayor.

2º.- La influencia de persona particular sobre funcionario público o autoridad prevista en el Art. 429 del CP, constitutiva del delito denominado tráfico de influencias impropio, considerado como un delito común, consiste en la influencia que ejerce una persona particular sobre un funcionario público o autoridad, prevaleciendo de cualquier situación derivada de su relación personal, con el objeto de conseguir una resolución que le pueda generar un beneficio económico para sí, o para otros.

3º.- El tráfico de influencias entre personas particulares previsto en el Art. 430 del CP, que es una modalidad típica extensiva, considerado como un delito mixto, por la doble caracterización que conlleva, tanto funcional como particular. Este delito consiste en ofrecer influencias a personas particulares a cambio de dádivas, presentes o cualquier remuneración con el fin de interceder o ejercer influencia ante un funcionario público o en aceptar oferta o promesa por ello, con la intención finalista de conseguir un beneficio

económico. Nosotros consideramos que también se debe tomar en cuenta aquellas acciones o conductas empeñadas en conseguir o perseguir influencias.

Tercera.- La sistemática legal del tráfico de influencias es incongruente y su configuración delictiva defectuosa por causa de diversos factores, como la multiplicidad de elementos típicos, el enojoso casuismo del que adolecen las descripciones positivas y la delimitación respecto de otras figuras delictivas contra la Administración Pública. En la actualidad, la evolución de la conducta delictiva de los particulares y de los funcionarios públicos, han desbordado con creces los límites de las previsiones legales del código penal, con respecto a los delitos funcionariales.

Cuarta.- Con relación al tipo subjetivo, en los delitos de tráfico de influencias se sancionan solamente en su modalidad dolosa, siendo imposible la punición de la forma imprudente por la inexistencia de un tipo específico que así lo prevea, conforme a la exigencia del Art. 12 del CP. Además, los tipos de los artículos 428 y 429 contienen expresas referencias a las finalidades específicas que se persiguen con la realización de la conducta típica, lo que excluye también la comisión del delito con dolo eventual.

Quinta.- En cuanto a la autoría y participación, el tipo penal del Art. 428 configura un delito especial, en el que son autores los funcionarios públicos que ejercen influencia sobre otro funcionario o autoridad. En el tipo penal del Art. 429 que configura un delito común, viene a ser autor el particular que ejerce influencia sobre un funcionario o autoridad. Y en el tipo penal del Art. 430 que tiene una doble caracterización, pueden ser autores, tanto personas particulares, jurídicas o funcionarios públicos si actúan en condición de particulares. En los delitos de tráfico de influencias solo se contempla y sanciona la conducta de los autores, sean funcionarios o particulares que influyen en otro funcionario, prevaliéndose de las facultades del cargo o de cualquier situación o relación personal. En cambio, no se contempla y carece de tipicidad la conducta del funcionario que se deja influir por situaciones ajenas al interés público. Este privilegio injusto constituye realmente un beneficio y gloria para los funcionarios influidos.

Sexta.- En cuanto a las formas de ejecución, los delitos del Art. 428 y 429 del CP, son infracciones de mera actividad que se consuman en el momento en que se influye en el funcionario público o autoridad con los fines descritos en cada uno de estos tipos. Es irrelevante por ello a los efectos de consumación del delito, que se llegue a obtener o no el beneficio económico perseguido. Ninguna de estas conductas admite formas

imperfectas de ejecución y menos aún, la conducta descrita en el tipo penal del Art. 430 del CP, que constituye un acto preparatorio de los dos tipos anteriores, elevado a la categoría de delito autónomo por el legislador. Tampoco existe en estos delitos, ninguna tipificación de las fases de provocación, conspiración y proposición, que en consecuencia deben entenderse como actos preparatorios impunes (conforme al texto de los artículos 17.3 y 18.2 del CP).

Séptima.- En el delito de tráfico de influencias, el código penal únicamente sanciona, “de Lege lata”, la conducta del que ejerce influencias, mientras no se modifique el texto y la estructura de estos delitos, en cambio la conducta del funcionario público que se deja influir y adopta una decisión que beneficia al influyente es atípica, a no ser que pueda subsumirse en otro delito, como el de prevaricación o el tipificado en el Art. 439 del CP. Esta inadecuada tipificación propicia un claro dislate valorativo, que sanciona lo menos, la inducción a adoptar una resolución parcial y no lo más, la propia adopción imparcial de la resolución, en clara vulneración de la lógica hermenéutica y el principio de legalidad. Este desacierto legislativo conduce a imponer una pena más grave al funcionario o particular inductor de la prevaricación, que al funcionario que se deja influir y comete un delito de prevaricación. Esta injustificada consecuencia se puede evitar sencillamente sancionando la conducta del que influye y la del funcionario público que se deja influir, con independencia de la resolución que adopte.

Octava.- Esta torpeza legislativa en la sanción que se contempla para el que influye, y la inexistencia de dicha sanción para el que se deja influir, desnaturaliza la esencia real de estos delitos. Pues, si bien es posible que la sanción penal sólo alcance a uno de los implicados en la relación. Sinceramente lo más frecuente y real, es que ambos contribuyen con su conducta a cercenar el principio de la imparcialidad, que debe presidir la adopción de las decisiones públicas. Así no parece adecuado sancionar solamente al funcionario o particular que influye sobre un funcionario o autoridad, cuando el funcionario que se deja influir, actúa motivado por cualquier situación o relación personal y adopta una resolución que favorece al influyente o a terceros.

## CAPÍTULO SEXTO

### POLÍTICA LEGISLATIVA Y CRIMINOLÓGICA DE LA REGULACIÓN POSITIVA DEL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS

#### I.- LA EVOLUCIÓN POSITIVA EN LA REGULACIÓN DEL DELITO

La legislación penal de los delitos contra la Administración Pública, y concretamente la regulación penal del tráfico de influencias, cobra capital importancia en la coyuntura socio-política actual del país, a pesar de que el espíritu de la ley no está orientado a regular la esencia misma del delito y poco tienen que ver con el tráfico de influencias, es decir, con la compra y venta de influencias, como acertadamente señalan ORTS Y VALEIJE, la denominación “tráfico de influencias” suele emplearse para designar a aquellas situaciones en las que se utilizan para obtener una ventaja de las influencias o relaciones que se afirman tener sobre los funcionarios o autoridades que deben decidir sobre asuntos públicos.<sup>215</sup> Si bien son estas las situaciones que contempla la última de las figuras delictivas incluidas en el Capítulo VI (Art. 430), no parece ser esa la idea genérica a la que responden los delitos tipificados en los artículos 428 y 429 del CP. El genuino tráfico de influencias, como su propio nombre indica, hace referencia a la compra venta de influencias, y aunque es un delito que carece de una configuración adecuada con parámetros imprecisos, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos donde se recoge esta figura, se orienta a la conducta de quién aparentando tener influencia o relaciones próximo a un funcionario público o autoridad con competencia decisoria en la administración ofrece, acepta o recibe una contraprestación económica

---

<sup>215</sup> En este sentido VALEIJE ÁLVAREZ, I. “El tratamiento penal de la corrupción de funcionarios: el delito de cohecho”, editoriales de derecho reunidas, Madrid 1996. pp. 251-252. Al contrario de lo que la rúbrica sugiere, no se tipifica un verdadero delito de tráfico de influencias, puesto que en dicho precepto no hay ninguna referencia a un mercado indebido de influencias por parte de funcionario público o de particulares.

o cualquier recompensa por su mediación en la obtención de una resolución favorable que beneficia directa o indirectamente al influyente o a terceros.

Las conductas previstas en los tipos penales de tráfico de influencias, tienen una clara afinidad con el delito de cohecho, en ambas figuras delictivas se pretende evitar la interferencia de los intereses ajenos o contrarios al interés público en la adopción de decisiones públicas, por cuanto se endereza a la tutela del principio de imparcialidad y objetividad en el ejercicio de las funciones públicas. Sin embargo a diferencia de lo que ocurre en el delito de cohecho, en el tráfico de influencias se incriminan aquellos supuestos en los que se pretende situar al funcionario público en una posición parcial con respecto a su futura decisión, utilizando medios distintos a las dádiva o presentes para influir en su proceso de motivación. No obstante los delitos de los Artículos 428 y 429 del CP solo contemplan la conducta del particular o funcionario que pretende incidir en la voluntad de otro funcionario público, prevaliéndose de las facultades o bien de una relación jerárquica o personal, y no se contempla la conducta del funcionario público que se deja influir por esa clase de situaciones y adopta una decisión parcial o se manifiesta dispuesto a colaborar con la propuesta que se le plantea.<sup>216</sup>

En el delito de tráfico de influencias, sólo se confiere tutela a una de las vertientes del principio de imparcialidad en la actuación administrativa de los funcionarios. Esta tutela parcial del citado principio se infiere de la ausencia de previsión típica de la conducta del funcionario que se deja influir por situaciones ajenas a los intereses públicos, y adopta una resolución (o se muestra dispuesto a adoptarla) que beneficia a la persona que ha influido en él, prevaliéndose de relaciones jerárquicas o personales. Esta incoherencia legal en la sanción del sujeto que influye y de aquél que se deja influir, degenera la comprensión legal de estos delitos. Pues, si bien es posible que la sanción penal sólo alcance a uno de los sujetos implicados en la relación, lo más

---

<sup>216</sup> Véase sobre esta afirmación a QUINTERO OLIVAREZ, G., MORALES PRATS, F. y Otros, "Comentarios a la parte especial del derecho penal", 9ª edición, Pamplona 2011, pp. 1799-1801.

*En la actualidad es difícil encontrar un procedimiento administrativo cuyo desarrollo quede en manos de una sola persona, siendo por el contrario, numerosos los sujetos que en calidad de consejeros, técnicos o simples operadores administrativos, están llamados a intervenir en uno u otra función. La connivencia del funcionario con sus subordinados fieles es quizás una de las formas usuales de desviar la acción administrativa de los fines a los que está adscrita, y la que en caso de que se produzca el desvío, reviste más complejidad en materia de prueba, ya que el acto puede presentarse implacable desde el punto de vista formal y sin ninguna contradicción con las leyes o reglamentos que regulan, y sin embargo, haber sido objeto de actos de corrupción en cada una de las distintas fases por las que necesariamente en la mayoría de los casos tienen que atravesar los hechos para su emanación (así VALEIJE ALVAREZ, I. pp.250 y ss., ref. 384).*

frecuente es que ambos contribuyen con su actuación proyectada a cercenar las normas y principios que deben presidir la adopción de las decisiones públicas. Así no es legal sancionar penalmente solo al particular o funcionario que influye sobre otro funcionario, cuando éste por ejemplo admite o se deja influir motivado por relaciones personales y por interés propio y adopta una resolución que favorece al influyente o a otros. Se puede dar el caso, de haber mediado no sólo una relación de amistad, sino una dádiva o recompensa, entonces responderían ambos por un delito de cohecho (vid, en este sentido la STS de 10 de marzo de 1998, RJ1998-1086). Se pronuncia también en este sentido OLAIZOLA NOGALES, que se ha desaprovechado una vez más la ocasión de enmendar este injustificado privilegio para el funcionario.<sup>217</sup>

Consideramos que la regulación positiva del delito de tráfico de influencias todavía mantiene serias deficiencias en cuanto a la configuración de estos tipos, mientras no se modifique el contenido y la estructura del delito de tráfico de influencias, la conducta del funcionario público que admite o se deja influir y adopta una decisión que beneficia económicamente al que influye será atípica, sin perjuicio de que pueda subsumirse en otro delito que se origine. Esta incorrecta tipificación genera un claro desequilibrio jurídico en la valoración de los hechos, pues se sanciona la conducta menos lesiva, la inducción a adoptar una resolución parcial, y no la conducta más grave, la propia adopción imparcial de la resolución, en clara vulneración de los elementales principios y criterios jurídicos. Esta incoherencia legislativa conduce a imponer una pena más grave al particular o funcionario inductor de la prevaricación, que al funcionario que se deja influir y comete un delito de prevaricación, para dar satisfacción a las relaciones personales beneficiando al sujeto influyente con la resolución adoptada. Esta situación incomprensible se puede evitar, como ya se ha señalado, sancionando la conducta del sujeto que influye y de aquél que se deja influir, con independencia de la obtención o no de la resolución, pues de producirse ésta, si a su vez fuera constitutiva de un delito, debería apreciarse un concurso de delitos, de forma semejante a lo que ocurre en el delito de cohecho (Art. 410 del CP).

Desde el primer momento en que se introdujo el delito de tráfico de influencias por la

---

<sup>217</sup> *El delito de tráfico de influencias aparece recogido en el Art. 178 del CP francés (trafic d' influence) y en el Art.346 del CP italiano (millanato credito). En ambos ordenamientos el tráfico de influencias se configura como un delito común, en el que no es necesario que el sujeto activo revista la cualidad de funcionario público. Así mismo en otros ordenamientos jurídicos no es determinante la adopción de la resolución, el tráfico de influencias tiene un campo de acción amplio, más allá de las resoluciones.*

LO 9/1991, los legisladores confiaron en reprimir el negocio o tráfico de influencias, por medio de la incriminación de tres nuevas formas delictivas, que fueron estructurados en dos grupos: El ejercicio de influencias por funcionarios públicos y particulares (Art. 428 y 429 del CP), y el tráfico de influencias entre particulares (Art. 430 del CP). Sin embargo, la regulación penal de estos delitos todavía descansa en el vacío normativo y arrastra las deficiencias de configuración desde el inicio de su redacción típica.

Conviene preguntarse, si en el transcurso de estas dos décadas y media, se han alcanzado o no los objetivos propuestos por los legisladores en la persecución de estos delitos. Lógicamente la respuesta no es alentadora, la escasa existencia de condenas en estos delitos, no es un dato positivo y es el testimonio real de la ineficacia de la ley, y puede ser por una parte, debido al logro que se ha alcanzado con la proyección de la amenaza penal sobre el ánimo delictivo de sus destinatarios, o por otra parte, el evidente fracaso de los objetivos legislativos en su intención de reprimir el delito de tráfico de influencias. No obstante, ante este panorama, se debe analizar el contraste que se presenta entre la ausencia o escasa existencia de sentencias, y la proliferación y omnipresencia de estos delitos en la esfera de la Administración Pública, que casi habitualmente son objeto de noticias, denuncias y procesos judiciales.

El panorama que se observa en la apreciación de estos delitos presenta diversas situaciones, es así que son muchos los casos delictivos percibidos jurídicamente como delitos de tráfico de influencias, e incluso calificados como tal en las primeras fases del proceso. Sin embargo, en el transcurso de dicho proceso penal se va diluyendo por la existencia de ciertas dificultades probatorias y la inaplicabilidad de la norma penal específica, que al final terminan con la absolución o el sobreseimiento de la causa.

A pesar de ello, con la tipificación de las conductas delictivas que integran el capítulo dedicado al tráfico de influencias, el legislador ha decidido frenar la utilización de la Administración Pública para la satisfacción de intereses ajenos, castigando la actuación interesada de personas particulares y funcionarios públicos en defensa del interés general de la colectividad.<sup>218</sup> Por ello, con el objeto de sancionar la conducta

---

<sup>218</sup> Sobre este particular véase a LAMARCA PEREZ, C. y Otros, "Delitos y faltas", la parte especial del derecho penal, 2ª edición, Colex, Madrid 2013, pp.725-726. El Art. 428 del CP configura un delito especial, el Art. 429 un delito común y el Art. 430 acumula la doble caracterización al tipificar conductas que son actos preparatorios de los dos tipos anteriores. Nada de ello plantea especial problema a la vista de la jurisprudencia que admite la participación de los particulares en los delitos especiales. Según sea el caso se aplican en consecuencia, los artículos 428 y 429 del CP.

perniciosa de las personas particulares y funcionarios públicos, en el código penal de 1995 se configuró estos tipos penales:

- 1.- El ejercicio de influencias de funcionario público o autoridad, sobre otro funcionario o autoridad en el Art. 428 del CP, denominado tráfico de influencias propio.
- 2.- El ejercicio de influencias de personas particulares sobre funcionario público o autoridad en el Art. 429 del CP, conocido como tráfico de influencias impropio.
- 3.- El ofrecimiento de influencias a personas particulares en el Art. 430 del CP, conocido propiamente como “tráfico de influencias entre particulares”.

En estas tres modalidades delictivas se sancionan las conductas perniciosas de los funcionarios, autoridades y particulares, que pretenden conseguir ejerciendo influencias sobre funcionario público o autoridad, una resolución que determine de forma directa o indirecta un beneficio económico o cualquier otra ventaja para el influyente o para un tercero, y en el supuesto de un delito de tráfico de influencias entre particulares, el ofrecimiento o la aceptación de una contraprestación económica con el objeto de gestionar o encausar una posible influencia ante un funcionario público, como ejemplo aproximado de esta forma de actuación se puede mencionar, “ en el caso Bárcenas”, las donaciones que otorgaban los particulares y las empresas constructoras al Partido Popular, con el objeto de que sus dirigentes con mayor peso político, influyan en los funcionarios públicos que desempeñan cargos decisivos en la Administración Pública, o en Comunidades Autónomas donde gobierna su partido, a fin de que les adjudique la concesión de obras públicas. En este caso se da el típico tráfico de influencias en cadena, cuyo itinerario discurre por distintas personas e instancias hasta conseguir el beneficio perseguido por el particular o empresario, que se inicia con el tráfico o la compra venta de influencias, empleando para ello la acostumbrada modalidad de las donaciones al Partido Político.<sup>219</sup>

En estos años la doctrina se ha ocupado de estas infracciones delictivas con conclusiones poco satisfactorias. Se les acusa de coyunturales, de poco necesarias, de

---

<sup>219</sup> *En el proceso Penal sobre el “Caso Bárcenas”, que se sigue en la Audiencia Nacional de Madrid a cargo del juez Pablo Ruz, las defensas esgrimen que las donaciones son un tráfico de influencias que ha prescrito. En las donaciones que supuestamente entregaron al Partido Popular a cambio de adjudicaciones, no puede haber un delito de cohecho, por la sencilla razón, de que para que se de ese delito, las dadas tendrían que ir al funcionario o autoridad que deba conceder esos contratos. En este caso las donaciones se entregaban al Partido Popular para que ejerzan influencia por medio de sus dirigentes, en las administraciones públicas donde gobierna su partido, con el fin de obtener las adjudicaciones. El PP es un partido político, es una entidad privada que no concede contratos.*

solaparse con los clásicos delitos de cohecho y de prevaricación, de ser instrumento para la judicialización de la vida política. En gran parte todas esas críticas se ajustan a los pensamientos tradicionales que generalmente imperaban en el pasado, que aún se procura restar importancia a estas conductas delictivas, talvez por el conformismo imperante en los legisladores o por no enfrentar el interés de los grupos dominantes enquistados en el poder. En la actualidad la percepción dogmática de estas conductas ha cambiado, a raíz del descubrimiento de algunos delitos muy graves ocurridos en la Administración Pública, cometidos precisamente por ciertos políticos y funcionarios públicos notables, Esta situación demuestra que la lacra socio-política corrupta se encuentra debidamente enraizada y organizada en la Administración Pública burlando olímpicamente las previsiones legales existentes. Llegando a convertirse incluso en impune las conductas delictivas de aquellos personajes que ostentan poder e influencia en el seno de los grupos dominantes. Ante esta situación imperante, no es suficiente justificarse solamente en la ineficacia o inaplicabilidad de la ley penal, es de justicia invocar y demandar la revisión y modificación de aquellas normas que regulan el delito de tráfico de influencias, y que se dote de una verdadera legislación que establezca penas severas y efectivas para los delitos de guante blanco, con el objeto de legitimar y fortalecer nuestro sistema democrático.<sup>220</sup>

## II.- CRÍTICAS A LA LEGISLACIÓN DEL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS

La configuración de las conductas típicas de tráfico de influencias, a pesar del tiempo transcurrido desde su introducción en el código penal, aún no ha experimentado un avance significativo ni perfeccionamiento en la redacción de su contenido, sigue manteniendo los mismos defectos de configuración y las deficiencias de aplicación a ciertas conductas que pueden ser constitutivas de delito.

Los tipos delictivos que integran el capítulo referido no siempre fueron objeto de regulación penal, pues hasta principios de los años noventa se consideraba que estas

---

<sup>220</sup> En este sentido COBO DEL ROSAL, M. y Otros, "Derecho penal parte especial", 2ª edición, Madrid 2005, pp. 907-908. De todas maneras como observa OCTAVIO DE TOLEDO, la relación entre los comportamientos previstos y el bien jurídico aparece demasiado distanciada, pues en algunos casos lo castigado son conductas que solo suponen un peligro remoto, como sucede en le Art. 430 y en otros la exclusión de los funcionarios influenciados de los tipos, hace que las previsiones sean de presumible ineficacia para luchar contra el fenómeno de la corrupción.

conductas debían ser objeto de sanción en otras ramas del ordenamiento jurídico, respetando el principio de intervención mínima del Derecho Penal. Así, la primera regulación de estos tipos delictivos se introdujo en la Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo, con la rúbrica “Del tráfico de influencias”, cuya denominación inicial y la redacción original de su contenido llegan hasta la vigente legislación.

Aunque en la historia de la codificación penal española, aparece alguna modalidad que se asemeja al tráfico de influencias en los artículos 476 y 477 del CP de 1928, dentro del capítulo dedicado al cohecho, el hecho de atribuirse falsas influencias fue siempre considerado en los códigos penales, como una modalidad del delito de estafa. Pero como delito independiente con tal denominación y referida en términos generales a la intermediación entre el particular y el funcionario público, no estaba previsto delito alguno, hasta que fue introducido por la citada Ley Orgánica 9/1991, de 22 de Marzo, a través de la cual se efectuó la reforma de algunos delitos de funcionarios públicos, introduciendo en el código penal de entonces, un nuevo capítulo sobre el tráfico de influencias, que estaba integrado por los artículos 404 bis a), 404 bis b) y 404 bis c). Sin embargo, pese a la aparente necesidad de reforma, habida cuenta de que la manera en que fueron descritos los tipos penales puede dudarse fundadamente de la operatividad de la misma. Además desde el punto de vista de la finalidad perseguida, tampoco parece que el medio más idóneo, para atajar el tráfico de influencias fue la creación de estas figuras delictivas un tanto restrictivas en la formulación de su contenido con claras limitaciones en su alcance que abarca solo a ciertas conductas, excluyendo otras situaciones o conductas típicas que son propios de este delito. Es más, las penas establecidas son generosas o ínfimas ante acontecimientos delictivos de gravedad alarmante que se han institucionalizado en la Administración Pública.<sup>221</sup>

El código penal de 1995, mantiene en términos generales la redacción del código derogado, aunque se han introducido algunas modificaciones mínimas, como la supresión de la exigencia de la obtención del beneficio económico y la inclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Art. 430, párrafos segundo y

---

<sup>221</sup> Véase sobre el particular a CUGAT MAURI, M. “La desviación del interés general y el tráfico de influencias”, Barcelona 1997, p. 159. Así, con las miras puestas en la detección de posibles vacíos presentes en la regulación anterior al año 1991, podemos constatar en primer lugar, que las anteriores figuras no estaban específicamente orientadas a la persecución de formas de criminalidad organizada, para lo cual los sujetos con competencias públicas directas sobre el patrimonio público no vertebran el fenómeno, sino que son, un engranaje más de éste.

tercero, por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de Reforma del CP. El tráfico de influencias, en principio supone la Intervención de dos o más personas, que implica una actuación de intermediación entre las partes, una de las cuales necesariamente debe ser un funcionario público o autoridad y la otra el sujeto intermediario, que puede ser un funcionario público o una persona particular.

En este sentido, la legislación penal aún sigue manteniendo la configuración inicial de los tres tipos penales, con apenas mínimas variaciones en su contenido, como se puede observar en cada uno de ellos, así:

1º.- El ejercicio de influencias de un funcionario o autoridad sobre otro funcionario público o autoridad, tipificado en el Art. 428 del CP.

En esta primera modalidad de tráfico de influencias se incrimina la conducta del funcionario público o autoridad que influye sobre otro funcionario público o autoridad, prevaliéndose de las atribuciones de su cargo o de otra clase de situaciones que proviene de una relación jerárquica o personal con dicho funcionario, para obtener una resolución que le reporte un beneficio económico directo o indirecto para sí o para un tercero. La estructura del delito dificulta la distinción de estos comportamientos típicos de los que pueda integrar una inducción a la comisión de un delito de prevaricación. Si bien la intención del legislador ha sido, como se deduce de los propios debates parlamentarios la de excluir los problemas derivados de la necesidad de comprobar la concurrencia de ambos resultados, así como de soslayar su posible interpretación en cuanto a las condiciones objetivas de punibilidad. El castigo del tráfico de influencias por regla general, seguirá exigiendo en el estricto plano probatorio, la comprobación de que se ha emitido una resolución beneficiosa para un tercero, con el que existe una clara relación personal o jerárquica. De esta manera, parece haberse querido satisfacer parcialmente las demandas retóricas, formuladas por un sector de la doctrina, pero a buen seguro, lo que ha salido por la puerta de la tipicidad, retornará por la ventana de las exigencias probatorias, salvo aquellos supuestos que estén al alcance del juzgador, con medios de prueba poco frecuentes o consistentes para la comprobación de los hechos o actos relacionados con el tráfico de influencias.<sup>222</sup>

2º.- El ejercicio de influencias de persona particular sobre funcionario público o

---

<sup>222</sup> Así manifiesta QUINTERO OLIVAREZ, G., MORALES PRATS, F. y Otros, "Comentarios a la parte especial del derecho penal", 9ª edición, Pamplona 2011, pp. 1802-1803. El juzgamiento de estos delitos seguirá presentado serias dificultades, mientras se mantenga el condicionante de la resolución.

autoridad, configurado en el Art 429 del CP.

Esta segunda modalidad de tráfico de influencias, no difiere del tipo anterior en cuanto a los elementos sustanciales del delito, de manera que las consideraciones realizadas al precepto del Art. 428, son prácticamente similares a lo dispuesto por el Art. 429. Solamente se podría destacar la ausencia de justificación en la equiparación de las sanciones que se imponen al funcionario público o particular que influye.

En opinión de QUINTERO OLIVAREZ, hubiera resultado mucho más adecuado político criminalmente diferenciar entre aquellas modalidades que consisten en influir a través del abuso de las funciones o del cargo, que deberían constituir un tipo agravado, y el tráfico de influencias con prevalimiento de una relación personal, supuesto que debería integrar en este caso el tipo básico.<sup>223</sup> Esta observación que se hace es distinta del tipo agravado que se contempla en el inciso final del Art. 428, con respecto a lo que dispone: “si obtuviere el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior”. Para esta agravante se toma en cuenta el beneficio económico obtenido, y no se considera como agravante el ejercicio abusivo o la condición funcional del sujeto que influye sobre otro funcionario de igual o menor jerarquía.

Cuando el particular que aparentemente ejerce influencia y no abusa de su relación de amistad o de otro tipo de relación personal, y se limita a exponer una pretensión sin ánimo de incidir ilícitamente en el proceso de motivación del funcionario. En este caso no sería de aplicación el Art. 429 del CP, por que no se menoscaba el correcto funcionamiento de la Administración Pública, tampoco se atenta contra el principio de imparcialidad, objetividad y transparencia que siempre debe presidir la función pública, ni siquiera se presume el ánimo malévolo de inducir o influir en el funcionario, ni se persigue un fin ilícito por parte del sujeto. Por tanto no se cumplen las condiciones objetivas de punibilidad en este caso.<sup>224</sup>

Al igual que en la modalidad anterior de tráfico de influencias, la penalidad asignada

---

<sup>223</sup> La opinión de QUINTERO OLIVAREZ, G. es compartida por POLAINO NAVARRTE, M. y otros, al mencionar que: En la medida en que un particular ejerce influencia sobre un funcionario público, se considera tal hipótesis como un supuesto de delito de tráfico de influencias funcional impropio, cometido por el sujeto activo no cualificado como es el particular, aunque igualmente ubicado entre los delitos contra la administración pública (p. 338).

<sup>224</sup> En esta misma línea BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y Otros, “Comentarios al código penal”, 1ª edición, Madrid, 2007, p. 905. Adviértase que el funcionario o autoridad que admite la influencia, no acepta ninguna clase de dádiva o soborno, simplemente ha sido instigado por otra persona que se encuentra en una situación de prevalimiento. Según la redacción del delito de tráfico de influencias, el funcionario que recibe la influencia, no responderá como autor ni como partícipe de dicho delito.

a estos delitos con respecto a la pena privativa de libertad, ha sido incrementada por la LO 5/2010, de 22 de junio, de Reforma del código penal, que eleva el límite máximo de prisión, duplicando el anterior que era de un año, por lo que el marco penal se extiende ahora de seis meses a dos años de prisión. Creemos que aún así, la pena establecida para estos delitos sigue siendo una sanción simbólica, ineficaz y fácilmente eludible, no se corresponden con la expansión, ni la gravedad de los delitos que frecuentemente se vienen cometiendo en las instituciones públicas.

La determinación de la penalidad se efectuará en los mismos términos que en los tipos básico y privilegiado de tráfico de influencias propio, ejercido por un funcionario público o autoridad sobre otro funcionario. La pena pecuniaria de multa en ambos tipos varía según se consiga o no la obtención del beneficio económico perseguido por el autor del delito. El beneficio económico proviene de la resolución funcional que se pretende obtener con el ejercicio de la influencia sobre el funcionario público y la obtención de tal beneficio sólo se logra en virtud de la resolución adoptada por una persona distinta al autor. La efectiva obtención del beneficio económico constituye una condición objetiva de punibilidad, que consiste en la adopción de aquella resolución administrativa que hace posible la consecución del beneficio perseguido.<sup>225</sup>

3º- El ofrecimiento de influencias a personas particulares o tráfico de influencias entre particulares, tipificado en el Art. 430 del CP.

En esta última modalidad de tráfico de influencias, la conducta típica de los sujetos del delito se lleva a cabo en la esfera privada, es en este ámbito, donde precisamente inicia y se planifica la mayor parte de las tramas o las ingerencias de los intereses privados, con el propósito deseado de conseguir de la Administración Pública un beneficio pretendido, utilizando para ello cualquiera de las modalidades de tráfico de influencias, ya sea ofreciéndose o aceptando realizar influencias sobre funcionario público a cambio de dádivas, presentes o cualquier remuneración, así como también a través de la compra o venta de influencias mediante la entrega de bienes o donaciones con el mismo fin, siendo esta última, la modalidad más empleada para conseguir el

---

<sup>225</sup> Véase sobre este particular a POLAINO NAVARRETE, M. y Otros, "Lecciones de derecho penal parte especial", adaptada a la LO 5/2010 de Reforma del código penal, tomo II, Madrid 2011, p. 339. El tipo privilegiado o menos grave, establece la pena de multa en la cuantía del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido. El tipo básico es más grave por el hecho de la efectiva obtención del beneficio económico que constituye una condición objetiva de punibilidad y prevé que la cuantía se determinará sobre el marco penal representado por la mitad superior.

beneficio perseguido. Es preciso aclarar que el tráfico de influencias que se da entre personas particulares en el caso del Art. 430, si bien es cierto que estas conductas en su fase preparatoria se lleva a cabo en la esfera de un ámbito privado, pero siempre esas acciones están orientadas hacia la Administración Pública, y tienen por objeto alcanzar el beneficio perseguido, para los sujetos influyentes o para terceros.

Además de las consideraciones expuestas con respecto a la redacción típica de cada uno de los delitos de tráfico de influencias, se debe destacar la labor científica que constantemente vienen desarrollando algunos juristas en su afán de revisar, aprobar y actualizar temas de capital importancia en el campo del Derecho.

Así, entre las observaciones que se hacen en la doctrina con respecto al tipo penal del Art. 430 del CP, está la opinión de MUÑOZ CONDE quién afirma, a diferencia de lo que sucede en los dos delitos anteriores de este capítulo, el hecho que aquí se tipifica nada tiene que ver directamente con el ejercicio de la función pública. Tanto el sujeto activo, como la persona a quién se dirige el ofrecimiento de la influencia son personas particulares, el ámbito en el que ocurre este delito es por tanto completamente privado. La única relación que muestra con la función pública es su referencia a la misma como objeto de la influencia. El sujeto que ofrece hacer uso de la influencia, puede ser capaz o no de influir, puede hacer uso o no de ella, pero en todo caso puede ser responsable si ofrece hacer uso de esa influencia.<sup>226</sup>

También se puede concebir este delito como una especie de acto preparatorio, elevado a la categoría de delito independiente, ya sea del cohecho o del tráfico de influencias previsto en el Art. 429 del CP, con lo que tendría el mismo bien jurídico protegido en estos delitos. Pero el comportamiento tipificado en el Art. 430 se muestra alejado de la efectiva lesión o puesta en peligro de la función pública, esto si se toma en cuenta únicamente la fase preparatoria del delito, que es sólo parte del entramado delictivo. En esta fase lógicamente no interviene ningún funcionario público ni se afecta a la función pública, pero estos actos preparatorios o tráfico de influencias no terminan aquí, sino que están proyectados a la Administración Pública y continúan su itinerario

---

<sup>226</sup> *Sobre el particular véase a MUÑOZ CONDE, F. "Derecho penal parte especial", 19ª edición, Valencia 2013, pp. 958-959. Desde luego el ofrecimiento de influencias sobre la administración pública, puede ser también una forma de competencia desleal en el ejercicio de la abogacía, tan real como la vida misma, que difícilmente va a desaparecer de su incriminación en el código penal. Los despachos de abogados más famosos y que más éxitos tienen en la gestión y solución de los asuntos que se les encomiendan son los que están más cercanos al poder, y por eso, tienen mayores posibilidades de influir en sus decisiones.*

delictivo hasta alcanzar el beneficio que se persigue de la administración. No se puede entender el tráfico de influencias, sino tiene por objeto influir en funcionario público, o que no esté proyectado a la Administración Pública, cuando lo que se pretende es conseguir un beneficio económico o cualquier ventaja.

Por otra parte QUINTERO OLIVAREZ y MORALES PRATS, también hacen la siguiente observación, el tipo penal previsto en el Art. 430 del CP, no guarda relación alguna con el bien jurídico protegido en los restantes delitos contemplados en este título, la conducta típica analizada se proyecta sobre la esfera privada. La relación con la función pública es remota o referencial. Lo que se sanciona es la venta de influencias reales o presuntas que se afirman tener con los funcionarios públicos con el objeto de hacer valer éstas para obtener de la Administración Pública un beneficio o ventaja para el que compra esas influencias.<sup>227</sup> En este sentido la STS 335/2006, de 24 de marzo (RJ 2006, 2319)

Esta remota relación con el ejercicio de las funciones públicas hace difícil, sino imposible, vincular esta forma de tráfico de influencias con el correcto ejercicio de las funciones públicas, puesto que ni siquiera debe intervenir un funcionario público, ni tan solo producirse una real aproximación a la Administración Pública. Tampoco puede ser considerado como un atentado contra el patrimonio público, puesto que no requiere la producción de un perjuicio económico. Así mismo, no puede cifrarse en la tutela del debido respeto al principio de imparcialidad y objetividad en el sentido que ocurre en el resto de las modalidades de tráfico de influencias, por que el Art. 430 del CP no condiciona su aplicación al uso de las influencias, ni tan siquiera requiere que éstas existan o sean reales.

Estas observaciones también se fundan en otras suposiciones distintas, como la ausencia de un verdadero interés merecedor de tutela penal, que debía haber conducido al legislador de 1995, a prescindir de esta modalidad delictiva. Más aún cuando los supuestos, efectivamente cercenadores de la función pública u otros bienes jurídicos, pueden quedar adecuadamente resueltos con la aplicación de otras figuras delictivas. Así por ejemplo, si las influencias fueran ficticias y se obtuviera una dádiva o

---

<sup>227</sup> *En este sentido QUINTERO OLIVAREZ, G. y MORALES PRATS, F. y Otros, Comentarios a la parte especial del derecho penal*, 9ª edición, Pamplona 2011, pp. 1808-1809. *Estamos ante una figura delictiva, que ejerce una función meramente simbólica, exponente del recurso al derecho penal, convertido en ocasiones en "prima ratio" no ya jurídica sino moral. Según esta posición no representa ningún peligro contra la administración pública.*

ventaja por hacer uso de ellas, nos encontraríamos frente a un supuesto delito de estafa del Art. 248 del CP, agravada por la concurrencia de la circunstancia 7ª del Art. 250 del CP. En aquellos otros casos en los que las influencias sean reales, y se hicieran uso o se intentaran hacer uso de ellas, tendría que aplicarse el delito de tráfico de influencias del Art. 429 del CP, del que respondería como autor el que influyó, y como inductor el que compró las influencias.<sup>228</sup>

En cuanto a la modalidad del ejercicio de influencias, la diferencia es evidente con relación a los sujetos del delito, en el caso del Art. 428 del CP, el sujeto activo es un funcionario público o autoridad, en el tipo penal del Art. 429, el sujeto activo es una persona particular. En ambos delitos la pena privativa de libertad y multa es idéntica, que viene a ser: Pena de prisión de seis meses a dos años, y multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido, la única variación estriba en que al funcionario o autoridad por la condición especial de funcionario público que ambos representan, además de la pena principal se les puede imponer, la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por el tiempo de tres a seis años, y de la misma manera en ambos preceptos se prevé que si se obtuviere el beneficio económico perseguido, las penas se impondrán en su mitad superior.<sup>229</sup>

Con relación a la sanción penal, la pena privativa de libertad ha sido objeto de una reciente modificación operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de Reforma del código penal, que en los artículos 428 y 429 ha elevado el límite superior de dicha pena privativa de libertad de uno a dos años de prisión, y no así en el caso del Art. 430. Aún con tal mínimo incremento de la penalidad, que no deja de ser una pena simbólica para los delitos de tráfico de influencias, no se garantiza en ningún caso el ingreso en prisión del sujeto influyente condenado, si se aplica la suspensión condicional de las penas de prisión inferiores a dos años, de acuerdo con lo que establece el Art. 80 del CP, o cuando se den otras condiciones necesarias, como puede ser, que el condenado haya delinquido por primera vez conforme dispone el Art. 81 del CP. Pero aún en el

---

<sup>228</sup> En esta misma línea *QUINTERO OLIVAREZ, MORALES PRATS y Otros. "Comentarios a la parte especial del derecho penal", p. 1809. Que concuerda con las observaciones puntuales que hace MUÑOZ CONDE, con respecto al tipo penal prescrito en el Art. 430 del CP.*

<sup>229</sup> *Conforme prescribe el Art. 429 del CP, se establecen las penas de prisión de seis meses a dos años, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido e inhabilitación especial de tres a seis años, para el tipo privilegiado, y las mismas penas incrementada en su mitad superior para el tipo más grave. Es decir, prisión de 1.5 a 2 años, multa del tanto y su mitad al duplo del beneficio obtenido e inhabilitación especial de 4.5 a 6 años.*

caso de no ser condenado por primera vez y no siendo reo habitual, es posible que el condenado no ingrese tampoco en prisión, debido a que el Art. 88 del CP permite la sustitución de las penas de prisión inferiores a dos años, por otra de multa, o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad.

Por consiguiente, el referido incremento de la pena privativa de libertad, como es evidente, nos demuestra, que a los legisladores no les interesa castigar con mayor rigor estos delitos, o no les conviene sancionar con penas severas y efectivas la comisión de estos delitos, o quizás no tengan un verdadero interés para eliminar estas conductas tendenciosas que se han instaurado en la Administración Pública. Tal vez la adopción de medidas efectivas resulte contraproducente y afecte el interés de los grupos de poder enquistados en el aparato estatal, y han preferido guiarse por una opción más comprensiva y condescendiente al establecer para estos delitos penas generosas, simbólicas e incluso por que no decir populistas, a pesar de que se muestra ante la ciudadanía que están a favor de la lucha contra la corrupción, aunque en realidad la finalidad esencial del legislador no se percibe así. La auténtica voluntad de los legisladores en estos supuestos, debería ser la verdadera lucha contra toda clase de lacra que corroe la Administración Pública, adoptando leyes eficaces que impongan castigos severos y la efectiva ejecución de las penas y medidas para combatir de raíz la temible lacra de la corrupción que tanto daño viene causando.<sup>230</sup>

Por otra parte debemos señalar también, las incoherencias legislativas que se contemplan en el contenido de los artículos 428, 429 del CP, básicamente con respecto a la conducta del funcionario público sobre el que se influye o se deja influir, y por consiguiente admite y coopera con la propuesta planteada por el influyente. Resulta difícil comprender que la conducta del funcionario influido no se haya contemplado en la configuración de los delitos referidos y resulte impune, y sólo se considere punible la conducta del sujeto que influye o intenta influir.

La conducta del funcionario que se deja influir sólo será punible, si resulta ser constitutiva de cualquier otro delito, por ejemplo: cohecho, prevaricación, fraude, nombramientos ilegales, etc. que puede darse como consecuencia de haber aceptado o admitido la influencia en el ejercicio de sus funciones. En otro caso, si la actuación

---

<sup>230</sup> En este sentido véase a MUÑOZ LORENTE, J. "Los delitos de tráfico de influencias", (situación actual y propuestas de reforma en la lucha contra la corrupción). *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, Nº 4, marzo-agosto 2013, Madrid 2013, pp. 82-86.

del funcionario que se deja influir es ajustado a derecho, o es constitutiva de una simple falta administrativa, por ejemplo: agilizar un expediente para la obtención de licencia de funcionamiento, otorgar una mayor puntuación en la calificación de expedientes para acceder a un puesto de empleo, en estos casos la conducta del funcionario resulta penalmente impune. Creemos que aún en estos casos el funcionario público vulnera el principio de imparcialidad e igualdad que debe existir entre los administrados, el favorecimiento discreto por parte del funcionario a los suyos, también atenta contra el correcto funcionamiento de la Administración Pública, y por consiguiente, debe ser también objeto de sanción penal, y cuanto menos de una sanción administrativa.

De modo similar, ocurre en el caso concreto de los artículos 428 y 429 del CP, cuando el funcionario que se deja influir decide expedir una resolución ajustada a derecho, o cuando la conducta del funcionario ha sido descubierta antes de dictarse dicha resolución, igualmente resulta impune. En estos casos también se vulnera el principio de imparcialidad y objetividad y se atenta contra el recto funcionamiento de la Administración Pública. Por tanto, debe ser también objeto de una efectiva sanción penal. En cuanto a la discriminación que establece el código penal al calificar punible solo la conducta del funcionario o persona que influye y por consiguiente sancionable penalmente, y no así en el caso del funcionario público influido que resulta impune y no es objeto de sanción penal. De modo que esta situación no es comprensible desde ningún punto de vista, por ello han surgido muchas reacciones en la doctrina, entre los que se puede destacar la opinión de QUINTERO OLIVAREZ y MORALES PRATS, Si bien es posible que la sanción penal sólo alcance a uno de los implicados en la relación, lo más frecuente es que ambos contribuyen con su conducta a transgredir el principio de imparcialidad, que debe presidir la adopción de las decisiones públicas. Por tanto no resulta adecuado, sancionar sólo al particular o funcionario que influye sobre otro funcionario, y no ser objeto de sanción el funcionario influido, aún cuando su participación o cooperación es más importante.<sup>231</sup> Se pronuncia también en este sentido OLAIZOLA NOGALES, y manifiesta, que se ha desaprovechado una vez más, la ocasión de enmendar este injustificado privilegio para el funcionario público.

---

<sup>231</sup> Sobre este particular véase a QUINTERO OLIVAREZ, G., MORALES PRATS, F. y Otros, "Comentarios a la parte especial del derecho penal". 9ª edición, Pamplona 2011, pp. 1800-1801. Se advierte que en este caso, de haber mediado, no sólo una relación de amistad, sino una dádiva o recompensa, responderían ambos por un delito de cohecho (vid. En este sentido la STS, de 10 de marzo de 1998, RJ1998, 1086).

La ausencia de pena para el funcionario público o autoridad que se deja influir o accede a la influencia, ha sido duramente criticada también por otros doctrinarios, entre ellos, por RODRIGUEZ PUERTA, para quién, las dos partes del acuerdo, deben ser merecedores de pena al igual que en el delito de cohecho, e incluso se ha intentado ofrecer una solución dogmática para evitar la impunidad del funcionario público así, a través de la figura de la cooperación necesaria del funcionario influido en el caso de los artículos 428 y 429 del CP. Estamos frente a los casos más frecuentes de tráfico de influencias, que se basan en un acuerdo de voluntades entre el sujeto influyente y el funcionario influido, en la que ambos pactan y deciden llevar a cabo el plan que se proponen, y entre ellos existe no sólo una cooperación, sino una correspondencia mutua, lo cual favorece para alcanzar los fines que se persiguen.<sup>232</sup> Últimamente, los métodos delictivos han evolucionado, ya no se emplean las formas tradicionales de influencia como la presión, el predominio, la fuerza moral u otro similar, estos métodos no solamente se han perfeccionado, sino que también han superado las actuales previsiones legales, esta situación real se puede constatar en las dificultades que la Administración de Justicia tiene, cuando se trata de juzgar delitos complejos contra la Administración Pública, que sistemáticamente se vienen cometiendo por personas particulares y funcionarios públicos.

La carencia de pena para el funcionario público que admite o se deja influir, ha sido seriamente cuestionada por la doctrina, que ha puesto en evidencia las nefastas incoherencias legislativas contempladas con respecto al delito de tráfico de influencias. A pesar de haber sido objeto de denuncia por parte de la doctrina, los legisladores han hecho caso omiso de ello y no han querido enmendar estos dislates legislativos en la reforma penal efectuada por la Ley Orgánica 5/2010, con relación al tráfico de influencias, sólo se ha pretendido llevar a cabo una reforma minúscula, puramente simbólica, al incrementar la pena privativa de libertad de uno a dos años de prisión en el caso de los delitos del Art. 428 y 429 del CP y la inclusión necesaria en el Art. 430 del CP, de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de acuerdo con lo

---

<sup>232</sup> En esta misma línea RODRIGUEZ PUERTA, M<sup>a</sup> JOSÉ, "El delito de cohecho: problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios", Pamplona 2007. La mayoría de los delitos contra la administración pública están relacionados con el problema de corrupción que se ha convertido en un mal endémico en todas las esferas de la administración pública. El elemento común a todas las formas de corrupción es el abuso de una posición de poder para conseguir una ventaja económica, pues ha menudo el que tiene una posición de poder, sobre todo cuando no es objeto de control por terceros, tiende a abusar de la misma para obtener algún tipo de beneficio para sí o para otras personas.

establecido en el Art. 31 bis del código penal. Por ello, a la vista de las observaciones, formuladas seriamente por la doctrina sobre las incoherencias y ciertos defectos encontrados en la configuración de los delitos de tráfico de influencias. Se propone y se demanda enmendar este dislate legislativo y modificar y establecer en la tipificación de los artículos 428 y 429 del CP, la responsabilidad penal del funcionario público o autoridad sobre el que se influye, o se deja influir en el ejercicio de sus funciones, con independencia de la responsabilidad que pueda surgir por la comisión de cualquier otro delito posterior, como resultado de la influencia.

También es preciso advertir con respecto al delito de tráfico de influencias en cadena, por la modalidad de la intermediación, En estos casos no es necesario que la influencia se realice directamente sobre el funcionario público o autoridad que ha de dictar la resolución, sino que el tipo penal admite la figura del denominado “tráfico de influencias en cadena”, es decir influir en un funcionario público para que este a su vez también influya sobre otro funcionario público o autoridad que le corresponde dictar la resolución. Esta modalidad de influencia, como señala DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, es una de las manifestaciones más frecuentes de la corrupción política y administrativa, que se ha expandido a todos los niveles de la Administración Pública, en este caso concreto, todos los sujetos de la cadena de influencia, pueden ser considerados como autores del delito.<sup>233</sup> En este sentido, es necesario hacer poner énfasis, cuando resulta ciertamente curioso que todos los funcionarios intervinientes en la cadena de influencia, responden penalmente como autores del delito de tráfico de influencias, y sin embargo no resulta punible la conducta del funcionario público que finalmente dicta la resolución y se deja influir por los demás funcionarios anteriores. ¿Craso error legislativo o privilegio desmesurado para el funcionario público?.

Sin embargo, conviene señalar cuando se da el caso en otro supuesto, nunca podrá ser condenado el funcionario público “que no se deja influir” y “denuncia el hecho”, como tampoco lo es en el cohecho pasivo, aunque en este caso, por lo demás, resulta

---

<sup>233</sup> Así refiere al respecto DÍAZ-MAROTO y VILLAREJO, J. “El delito de corrupción en las transacciones internacionales”, Madrid, La Ley 2007. En este orden de cosas, no se entiende muy bien, por qué en el denominado cohecho pasivo resulta punible, y sin embargo en el que podríamos denominar tráfico de influencias pasivo no lo es, cuando ambos delitos poseen la misma estructura y la única diferencia estriba, en que en uno la voluntad del funcionario se dobliga a través de dádivas y en el otro a través de la influencia basado en relaciones personales con el funcionario, en cualquier caso, en ambos el funcionario accede a la propuesta que se le plantea, vulnerando el principio de imparcialidad y objetividad, y no obstante en uno la conducta es punible, y en el otro caso no lo es.

extraño en la práctica de estas dinámicas delictivas de tráfico de influencias, por la existencia de relaciones personales especiales entre el sujeto influyente y el sujeto influido, que se encuentran en la base de estos delitos y que determinan a que el funcionario público no sea propenso a denunciar las influencias que se ejercen sobre él, o a las que está siendo sometido, por un funcionario, autoridad o persona particular.

En este sentido es preciso cuestionarse, si el funcionario que no se deja influir, o no acepta la influencia y tampoco denuncia, tendría algún tipo de responsabilidad penal por no denunciar, cuestión que por ejemplo, también podría extenderse al caso de otros tipos penales, con los que el tráfico de influencias guarda estrecha relación, como puede ser el caso del cohecho activo, cuando un particular ofrece dádiva a un funcionario público y éste no acepta ni tampoco denuncia. Son supuestos idénticos a los que habría de aplicarse la misma solución, que en este caso sería negativa, es decir, no tendrían responsabilidad penal.<sup>234</sup>

### III.- FACTORES QUE HAN CONTRIBUIDO A LA EXPANSIÓN DEL DELITO Y A LA REGULACIÓN DEL TRÁFICO DE INFLUENCIAS COMO DELITO AUTÓNOMO

Hoy en día tienen una importancia trascendental en las relaciones económicas, aquellas situaciones que pueden ser decisivas como las relaciones sociales, amistosas y personales, al que se le conoce como Lobby en la sociedad anglosajona, en cambio en nuestra sociedad es conocido como grupo de presión, grupo mediático o tráfico de influencias. La Real Academia Española lo define a éste, como un “grupo de personas influyentes, organizados para presionar en favor de determinados intereses”.

Normalmente las personas organizadas en grupos de presión ejercen su actividad influyente sobre aquellas personas que han de legislar, para ofrecerles información sobre su actividad, la problemática de sus intereses y con ello conseguir normas que sean más favorables para desarrollar sus negocios o limitar los efectos perjudiciales de las normas menos favorables o que afecten a sus intereses.

---

<sup>234</sup> En este sentido véase a MUÑOZ LORENTE, J. “Los delitos de tráfico de influencias”, (situación actual y propuestas de reforma en la lucha contra la corrupción). *Economía. Revista de Cultura de la Legalidad*, Nº 4, marzo- agosto 2013. Madrid 2013, pp. 84-86. No obstante, en el caso del tráfico de influencias, resulta altamente significativo: Nótese que si el funcionario acepta la influencia, no se le impondría pena conforme a los artículos 428 y 429 del CP, y si no lo acepta y no lo denuncia ¿sería posible imponerle alguna pena?, la respuesta lógicamente sería negativa, con el fin de evitar la incongruencia de no imponerle pena cuando acepta la influencia, e imponerle pena cuando no la acepta y no denuncia.

En la coyuntura socio-económica actual, el tráfico de influencias tiene su marco de actuación en la Administración Pública, tanto estatal, autonómica o local, que es el ámbito donde se toman los acuerdos y las decisiones y se ventilan los asuntos de extraordinaria importancia o influencia económica, surgiendo así diversas facetas de esta delincuencia económica.<sup>235</sup> Que según ROMERO DE TEJADA pueden tener las siguientes manifestaciones:

a.- Que afectan al patrimonio o bienes de titularidad pública o privada y que comprende a la mayor parte de delitos contra la Administración Pública.

b.- Que afectan a los principios de economía libre de mercado, como los derechos de los consumidores, los delitos societarios, la alteración de precios en los concursos y subastas públicas.

c.- Las conductas que afectan al deber de solidaridad, recogido en el Art. 31 de la Constitución, que se manifiesta en la vulneración de las obligaciones fiscales, es decir, con la comisión de los delitos contra la hacienda pública.

d.- Que afectan a los elementos integrantes del concepto de Administración Pública, como son los principios y criterios de objetividad e imparcialidad con sometimiento al ordenamiento jurídico recogido en el Art. 103 de la CE.

Con relación a los factores que han contribuido a la expansión de los delitos de corrupción y han impulsado el ánimo de adoptar por la legislación específica del delito de tráfico de influencias, podemos mencionar a los siguientes factores:

1º.- El Estado se ha convertido en el gran empresario, que debe acometer grandes proyectos de obras públicas o servicios esenciales de indudable necesidad, ya sea directamente, o bien, a través de las sociedades con capital público, provocando la intervención de los funcionarios públicos de cierto nivel en la actividad empresarial y en la gestión de grandes recursos económicos.

2º.- El crecimiento espectacular de las privatizaciones. Para desarrollar esta enorme actividad promotora, las empresas privadas están mejor preparadas y es aconsejable privatizar esta actividad y transferirla a empresas privadas, siendo éste, sin duda un terreno abonado para la intermediación y el aprovechamiento de las influencias y las

---

<sup>235</sup> Como así manifiesta sobre este caso ROMERO DE TEJADA, JOSÉ M<sup>a</sup>. En su artículo "El delito de tráfico de influencias en el ámbito de la administración local", de la Fundación Democracia y Gobierno local, de 24 de octubre de 2010, Barcelona 2010, pp. 65-68. A pesar de los diversos esfuerzos legislativos que se han realizado para desarrollar el Art. 77 de la Constitución y regular los grupos de presión, no se ha llegado a ningún acuerdo.

relaciones económicas político-privadas.

3º.- La proliferación de empresas con capital público. Desde hace tiempo se viene debatiendo sobre las empresas en las que hay una aportación de fondos públicos, son empresas sometidas a la legislación mercantil en la que se intenta una transposición de preceptos mercantiles a sus órganos de gestión y en las que se rompe una regla fundamental en la actividad empresarial, como es la relación entre costes, gastos y beneficio, algo ajeno a la Administración Pública, que únicamente se debe preocupar de cumplir con la atención del servicio público y la contención de gastos para los ciudadanos. En el área municipal la presencia de estas sociedades es creciente, ofreciendo una dualidad alarmante en su configuración jurídica en la que aparecen como sociedades mercantiles, pero cuyos consejos de administración están integradas por personas designadas en razón de sus cargos públicos, y además, gestionan fondos públicos con desigual fortuna y con escaso control por parte de los ciudadanos.

4º.- La presión mediática. El control de los medios de comunicación sobre la actividad política de los funcionarios públicos, se ha extendido en los últimos tiempos, al mundo financiero empresarial y económico, íntimamente relacionado en muchos casos con las Administraciones Públicas y con la gestión de grandes patrimonios de activo, que siendo privados, influyen decisivamente en la estabilidad de los mercados y del sistema económico. Hoy en día los grandes escándalos económicos aparecen rodeados de sospechas sobre la intervención u omisión de las autoridades o funcionarios públicos, y es difícil deslindar dónde termina la responsabilidad privada de gestión, y dónde comienza la responsabilidad de la fiscalización política de la actividad comercial.<sup>236</sup>

Como se ha señalado anteriormente, los medios de comunicación, a través del periodismo de investigación han desempeñado un papel fundamental, durante los últimos años, contribuyendo positivamente en el descubrimiento de numerosas tramas de corrupción y delitos contra la Administración Pública, y que ha permitido sacar a la luz escandalosos fraudes económicos, donde estaban comprometidos los propios funcionarios públicos y personas particulares. Recordemos por ejemplo, aquellos

---

<sup>236</sup> De esta forma refiere ROMERO DE TEJADA, JOSÉ M<sup>a</sup>, en el mismo artículo "El delito de tráfico de influencias en el ámbito de la administración local", *Fundación, Democracia y Gobierno local*, 24 de octubre de 2010, Barcelona 2010. Señala claramente de forma general, los factores socio-económicos y políticos que han contribuido de modo determinante en el desarrollo y la proliferación de la corrupción en el ámbito de la administración pública, hasta convertirse en la actualidad en un mal endémico de difícil solución para los gobiernos de turno.

asuntos bochornosos de la trama inmobiliaria de Marbella “caso Malaya” donde se han procesado a más de cien personas, o estos otros, como el caso Juan Guerra, Roldán, el cobro de comisiones ilegales para el otorgamiento de licencias en el Ayuntamiento de Madrid, el caso Nóos de Urdangarín, los ERE de Andalucía del PSOE, el caso Bárcenas y las donaciones al Partido Popular, los fraudes y cobro de comisiones en los sindicatos Andaluces, y así tantos delitos contra la Administración Pública, se han descubierto gracias a la cooperación y denuncias de los medios de comunicación y de los ciudadanos, que han contribuido cívicamente de manera decisiva en la lucha contra la corrupción que viene librando el órgano jurisdiccional.

Como bien manifiesta ROMERO DE TEJADA, en un Estado Democrático y de Derecho, los ciudadanos juegan un papel importante, pero además tienen derecho a exigir de la Administración Pública y de los funcionarios, que el servicio público se preste con observancia de los principios de legalidad, de transparencia, de eficacia y con atención a los intereses generales, sin que al funcionario público le esté permitido o le sea lícito actuar en beneficio de los intereses privados, tanto propios como de terceras personas.<sup>237</sup>

Sobre la base de una concepción constitucional conviene situar el nacimiento de la figura del delito de tráfico de influencias, que en el Art. 103 de la Constitución Española dejó establecido claramente que, la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales de la colectividad, de modo que la actuación administrativa debe llevarse a cabo observando siempre las normas y criterios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con pleno sometimiento a la ley y al derecho. La Constitución ha diseñado un modelo de Administración Pública que se sustenta en los principios de imparcialidad, objetividad, igualdad y eficacia, generadora de una autoridad entendida como categoría moral, nacida del correcto funcionamiento de la actividad administrativa en las instituciones públicas.

Los delitos de tráfico de influencias, fueron introducidos por vez primera en el año 1991, ya que hasta entonces existía una repercusión menor y los legisladores tenían

---

<sup>237</sup> En esta misma línea ROMERO TEJADA JOSÉ M<sup>º</sup>, en su artículo “El delito de tráfico de influencias en el ámbito de la administración Local”, *Fundación, Democracia y Gobierno local*, de 24 de octubre de 2010, Barcelona 2010. Los tipos delictivos que integran este capítulo no siempre han sido objeto de regulación penal, pues hasta principios de los años noventa, se consideraba que estas conductas podían ser objeto de sanción en otras ramas del ordenamiento jurídico, respetando el principio de intervención mínima del derecho penal. De forma que la primera regulación de estos tipos delictivos se introdujo recién con la Ley Orgánica de 22 de marzo de 1991.

una percepción y preocupación relativamente escasa de estos fenómenos delictivos en la actividad pública. El mal funcionamiento de la Administración Pública se consideraba una lacra endémica, y sobre los casos de corrupción no se tenían conocimiento o llegaban apenas a la opinión pública y se solucionaban discretamente mejor o peor en las esferas administrativas o con los mecanismos existentes en el código penal. Pero esta bochornosa situación de enriquecimiento personal de algunos funcionarios y particulares a costa de, o en el entorno de la Administración Pública, motivó la reforma del código penal de entonces, introduciendo los tipos penales que hoy tratamos.

Por ello, es preciso reconocer la importancia de aquellas iniciativas que se han tomado acertadamente, al introducir reformas con grandes dosis de coyunturalidad, para responder a una serie de situaciones anómalas imperantes en ese momento, en la que se daban panoramas un tanto difusas y no se entendía cuando se hablaba de tráfico de influencias y sobre todo cual era la naturaleza y los elementos integrantes que caracterizan esa realidad delictiva que preocupaban o deben preocupar a los legisladores.<sup>238</sup> Se trata de una realidad que popularmente se le conoce con el nombre de “corrupción” en la que pueden estar comprendidos desde delitos muy antiguos en nuestra legislación, hasta figuras nuevas o hechos reprobables desde el punto de vista ético, pasando por el ejercicio irresponsable de la actividad política.

La justificación de la necesidad legislativa del delito de tráfico de influencias, que motivó la reforma del código penal español en los últimos tiempos, obedece a los profundos cambios socio-económicos y a la expansión e incremento de los delitos contra la Administración Pública que sistemáticamente se vienen dando. En el caso específico del delito de tráfico de influencias, es necesario definir concretamente sobre el verdadero significado de la denominación “tráfico de influencias”, o en que consiste la figura de “tráfico de influencias”. En efecto, procediendo con la definición por partes, en principio, “traficar” significa llevar a cabo una actividad de intercambio entre dos o más partes, donde cada uno de ellos resulta beneficiado directa o indirectamente, ya sea ha corto, medio o largo plazo. En este caso, el objeto central del intercambio es la

---

<sup>238</sup> Sobre el particular véase a GARCÍA ARÁN, M. “Los delitos de tráfico de influencias en el código penal de 1995”, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla 1996, pp. 13-16. Con la reforma de 1991 terminaba un periodo de relativa indiferencia frente a los delito de los funcionarios, el mal funcionamiento de la Administración Pública se consideraba popularmente como un mal endémico y los casos de corrupción no llegaban a la opinión pública, sobre todo en el régimen anterior o se solucionaban mejor o peor con los mecanismos existentes en el código penal.

influencia, entendida ésta como una posición de predominio o posición favorable en relación con los centros de decisión.

Como refiere así GARCÍA ARAN, si se trafica con influencias, es por que unos las tienen y otros las pretenden. Es decir, quién posee la influencia ofrece o da a cambio de determinadas ventajas, y quién busca la influencia obviamente para beneficiarse con ella, ofrece a la otra parte ventajas de cualquier tipo a cambio de participar en esa cuota de poder político o económico denominado influencia. El destino final de la influencia que se busca o que se ofrece será una decisión administrativa, política o económica que produzca beneficios.<sup>239</sup>

Sin embargo, este proceso de intercambio no siempre se produce en condiciones de igualdad, por lo que el término “tráfico” en ciertos casos, no resulta del todo exacto. En ocasiones quién posee la influencia no se limita a convertirla en moneda de cambio, sino que se prevale de ella directamente para obtener las ventajas que pretende, presionando o persuadiendo a quién es competente para decidir sobre un determinado asunto. En la actuación del funcionario influido, se puede dar el caso de que éste acepte o se pliegue a la influencia, en este caso se estaría dando un intercambio, en la medida en que, con su contribución favorece a la obtención de futuras ventajas o evita consecuencias perjudiciales para los interesados.

#### IV.- LA LEGISLACIÓN PENAL DEL TRÁFICO DE INFLUENCIAS EN EL DERECHO COMPARADO

Los delitos de tráfico de influencias que se están contemplados en los Arts. 428, 429 y 430 del CP, integrados en los delitos contra la Administración Pública, se vieron afectados por la promulgación de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de Reforma del Código Penal, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 23 de diciembre de 2010. No obstante, es necesario precisar que aún tras esa reforma, la estructura típica de estos delitos se ha mantenido sin alteraciones, la reforma operada sólo se limitó a aumentar

---

<sup>239</sup> Así mismo refiere GARCÍA ARÁN, M. “Los delitos de tráfico de influencias en el código penal de 1995”, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla 1996, pp. 13-14. Si establecemos las notas de intercambio y presión sobre la administración como las esenciales a la problemática planteada, se observa que no resultan suficientes como para justificar el desvalor penal. Por un lado, la vida de un país se nutre de la interacción de las fuerzas políticas, sociales y económicas que actúan entre sí a través de mecanismos de influencia mutua más o menos explícitos.

mínimamente las penas de prisión, en consonancia con lo que se hizo en otros delitos relacionados también con la corrupción como es el cohecho y a introducir en el Art. 430 la conocida responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando el delito se lleva a cabo en nombre y en provecho de una persona jurídica.

Sin embargo, en la elaboración de la mencionada reforma, no se plantearon propuestas legislativas, ni se tomaron iniciativas que promuevan la solución de los problemas interpretativos que presentan estos delitos y que por su poca claridad y por las anomalías que arrastra su configuración, siguen dejando fuera del ámbito típico, determinadas conductas potencialmente peligrosas, arraigadas en la administración. No obstante, al contrario de lo que opinan la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, algunas conductas deberían ser constitutivas de delito, dándole a los tipos una mayor operatividad práctica para una resolución jurídico-penal adecuada.<sup>240</sup>

La figura del tráfico de influencias hasta hace tres décadas era desconocido en la legislación penal española y por ello no fue objeto de regulación penal en los códigos anteriores, hasta que se introdujo por vez primera en nuestro ordenamiento penal, la tipificación de tres tipos penales de tráfico de influencias por medio de la LO 9/1991, de 22 de marzo, para dar respuesta punitiva a ciertas conductas que propiciaban actos escandalosos de corrupción en la esfera de la Administración Pública. En esos momentos, la introducción de estos delitos nuevos era una necesidad apremiante y estuvo claramente encaminada a frenar la corrupción existente, para tranquilizar las reacciones de la ciudadanía y como no también, la conciencia de los propios políticos y legisladores que siempre estaban dispuestos aunque sea nominal y demagógicamente a luchar contra la corrupción. No en vano, su introducción en el código penal se llevó a cabo con el acuerdo unánime de todos los grupos políticos, intentando con ello, restaurar una imagen integral de actuación conjunta en la lucha contra la corrupción.

---

<sup>240</sup> En este sentido véase a MUÑOZ LORENTE, J. "Los delitos de tráfico de influencias" (situación actual y propuestas de reforma en la lucha contra la corrupción), *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, Nº 4, marzo-agosto 2013, Madrid 2013, pp. 74-77. Si bien hasta principios de los años noventa se considerabas que estas conductas podían ser objeto de sanción en otras ramas del ordenamiento jurídico, respetando el principio de intervención mínima del derecho penal, y dudando de la existencia de otras vías jurídicas para hacer frente a estos fenómenos anterior a los años noventa, nos conduce ha pensar, el hecho de que estos delitos no estuviese tipificado obedecía a dos factores fundamentales: El primero a que desde épocas inmemoriales y especialmente durante el franquismo, las conductas de tráfico de influencias eran aceptadas e incluso institucionalizadas en la actuación de la Administración Pública, y en segundo lugar que tales hechos no eran conocidos ni asumidos por la generalidad de la ciudadanía, hasta que no fueron objeto de reproche por los medios de comunicación que sacaron a luz casos escandalosos de corrupción a partir de los años ochenta.

Cuando se anunció de manera claramente populista, llevar a cabo una nueva reforma de los delitos de corrupción, se desconocía aún sobre la efectividad de las nuevas medidas que se adoptarían, y no se sabía como o de que manera afectará a los delitos de tráfico de influencias, aquella macro reforma del código penal que se pretendía llevar a cabo a través del Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2012, que se ocupaba mínimamente de los delitos de corrupción, demostrando con ello la poca importancia que se les daba a tales delitos hasta finales del año 2012, cuando por fin se dio luz verde a la esperada reforma anunciada por el Presidente del Gobierno Don Mariano Rajoy, en su discurso ante las Cortes Generales del día 20 de febrero de 2013, durante el debate del Estado de la Nación.<sup>241</sup>

Parece que en poco tiempo se ha pasado a comprender, desde finales de 2012, fecha del Anteproyecto de Reforma del Código Penal, hasta el anuncio de la reforma en febrero de 2013, que la corrupción política ha pasado de ser un problema que alarmaba a los ciudadanos y afecta a la imagen de España, ha convertirse en un fenómeno generalizado que se ha instaurado en la Administración Pública. Toda corrupción es intolerable, cualquier tipo de corrupción es reprochable y condenable, en un Estado de Derecho y Democrático, en un país en el que se respetan las leyes y la Constitución, se deben perseguir tan pronto como aparezcan. Dicho en otros términos, parece que ha finales de 2012 la corrupción no preocupaba tanto, ni alarmaba a los españoles, ni tan siquiera se había tomado en consideración o al menos así quedó reflejado en el Anteproyecto de Reforma del Código Penal, que como se ha señalado se trató de obviar los preceptos relativos a la corrupción y su eventual reforma, y luego unos meses después se introdujo como por arte de magia los respectivos preceptos contra la corrupción. Las reformas anunciadas por el Presidente de Gobierno, apelando a un amplio acuerdo con el resto de los partidos políticos en el ámbito penal se concretaron de forma muy genérica en los siguientes aspectos: El incremento mínimo de las penas, la agilización procesal de los casos de corrupción y el aumento del plazo de prescripción de estos delitos. Como se puede constatar estas medidas adoptadas

---

<sup>241</sup> *Sobre este particular véase como fuente, El Diario la Ley, Nº 8039, Sección Hoy es Noticia, del 8 al 10 de marzo de 2013. El Ministro de Justicia que presentó ese Anteproyecto en el que no se contemplaba un aumento de penas para los corruptos, ha realizado las siguiente declaraciones: Ante cualquiera y que en cualquier momento se aprovechara de la situación de poder que tenga un cargo público para beneficiarse él personalmente o beneficiar a terceros y no actúa en beneficio de los ciudadanos, el reproche va a ser severísimo, vamos a ser absolutamente intolerantes con la corrupción.*

contra los delitos de corrupción son un poco más de lo mismo, siguen resultando insuficientes o ineficaces para frenar este fenómeno delictivo que se ha expandido a todos los niveles de la Administración Pública.

A pesar de que el gobierno viene poniendo empeño en este aspecto, tal como lo anunció la Vicepresidenta del Gobierno, el pasado 9 de marzo de 2013, tras el Consejo de Ministros la creación de un grupo de trabajo con representantes del Ministerio de Hacienda y Justicia, para agilizar la Reformas Anticorrupción anunciadas por el Presidente Mariano Rajoy en el debate del Estado de la Nación. En nuestra opinión, con respecto al ámbito penal, poco cabe esperar de este grupo de trabajo, porque en otras ocasiones como se recuerda, las penas relativas a los delitos de corrupción ya fueron objeto de aparente endurecimiento, como fue en el caso de la reforma operada en el año 2010. Quizás sea mucho más conveniente meditar que en el núcleo de los propios legisladores y los partidos políticos, se inicie un cambio profundo para que exista una verdadera cultura de legalidad.<sup>242</sup>

La inexistencia de esa verdadera cultura de legalidad o de conciencia real del panorama actual, ha dado como fruto a la incontrolable situación crítica en la que nos encontramos inmersos, y resulta difícil solventar o atajar los fenómenos de corrupción que se traducen en delitos contra la Administración Pública entre los que se encuentra el delito de tráfico de influencias. Sino no se llevan a cabo verdaderos cambios en la estructura administrativa del Estado y se hace la renovación y depuración general de aquellos grupos dominantes enquistados en el poder, responsables de la situación crítica que afronta el país. Esta depuración necesaria debe llevarse a cabo empezando desde aquellas instancias jerárquicas más altas, pasando por todos los niveles del funcionariado, hasta aquellos servidores y empresas públicas que de una u otra forma están vinculados con la Administración Pública. De lo contrario, por muchas reformas penales que se hagan y como señala ÁLVAREZ GARCÍA, va a significar continuar en un clima de absoluta impunidad, en el que la gran mayoría de los procesos por tráfico de influencias y otros delitos de corrupción terminan con sobreseimiento o la absolución

---

<sup>242</sup> Como sugiere así MUÑOZ LORENTE, J. "Los delitos de tráfico de influencias", (situación actual y propuestas de reforma en la lucha contra la corrupción), *Eunomia Revista en Cultura de la Legalidad*, Nº 4, marzo-agosto 2013, Madrid 2013, p. 77. Quienes tienen que realizar esa limpieza, son los que más implicados están en los casos de corrupción, porque como afirma ASÚA BATARRITA (1997:17), coincidiendo con GARCÍA DE ENTERRÍA, puede afirmarse que en los sistemas democráticos, los casos más serios de corrupción se presentan en los niveles altos y medios de la clase política, con más frecuencia que en los niveles burocráticos inferiores del funcionariado.

de los acusados, a pesar de las penas irrisorias que se establecen para estos delitos, esto es así, tan evidente como la realidad misma y esta situación evidente lo saben y lo conocemos, todos los ciudadanos que de una forma u otra tenemos conocimiento de lo que ocurre en un proceso penal.<sup>243</sup> Por ello, creemos que el delito de tráfico de influencias que es una de las formas sistematizadas de corrupción, ha sido siempre y seguirá siendo una práctica habitual y el medio más adecuado de los particulares y funcionarios públicos para obtener beneficios o ventajas de la Administración Pública, mientras no se apruebe una verdadera legislación penal que establezca sanciones adecuadas a la gravedad de estos delitos, en respuesta a la expansión y el incremento de estas conductas delictivas en la órbita de las instituciones públicas.

Resultaría muy útil, tomar como referencia el sistema político-criminal de algunas legislaciones avanzadas, donde se han tomado verdaderas decisiones legislativas y políticas para perseguir y castigar estos delitos, estableciendo penas graves y medidas efectivas para el delito de tráfico de influencias, que van desde dos hasta diez años de prisión, además de la pena de inhabilitación especial perpetua para ejercer cargo o empleo en algunos casos, entre los que se puede citar, la legislación penal de algunos Estados, como Argentina, EE.UU., Francia, Alemania, Italia, Portugal y otros, que han adoptado con determinación sus políticas de prevención y lucha contra la temible lacra de la corrupción que afecta a la Administración Pública. Como ejemplo sólo basta citar dos legislaciones que han avanzado notablemente en la lucha contra la corrupción y el tráfico de influencias, con el objeto de establecer la enorme diferencia que existe con la legislación penal española en cuanto al tratamiento de estos delitos, así:

Primero.- El Código Penal Francés, en el Capítulo II: “De los atentados contra la Administración Pública cometidos por personas que desempeñan una función pública”, introdujo mediante una Ley nº 2000-595, de 30 de junio del año 2000, el Art. 432-11, que luego fue modificado por la Ley 2003-495, de 12 de junio de 2003, cuyo contenido textualmente dice:

& 2: De la corrupción pasiva y del tráfico de influencias cometidos por personas que

---

<sup>243</sup> Como manifiesta así ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. “La reforma de 2010 del código penal”, *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, Nº 1, Madrid 2011, pp. 75-84. El delito de tráfico de influencias es un tipo de corrupción, que pertenece a ese género de modalidades delictivas que presentan una alta cifra oscura, derivada no sólo de la extendida actitud de ocultación general, la cual viene a sumarse al evidente interés de las partes unidas por una cierta relación de confianza o incluso de buena fe en esos negocios, de conservar el acuerdo de manera reservada, sino también de los múltiples obstáculos que se alzan contra su adecuada investigación y prueba.

desempeñan una función pública.

Art. 432-11. “Será castigado con diez años de prisión y multa de 1.000.000 de francos”, el hecho cometido por una persona depositaria de la autoridad pública, encargada de una misión de servicio público o investida de un mandato público de carácter electivo, de solicitar o aceptar, sin tener derecho a ello, en cualquier momento, de modo directo o indirectamente, ofertas, promesas, dádivas, regalos u otras ventajas cualesquiera:

1º. Bien para realizar o abstenerse de realizar un acto de su función, de su misión o de su mandato, o facilitado por su función, su misión o su mandato.

2º. Bien para abusar de su influencia real o supuesta, con el fin de obtener de una autoridad o de una Administración Pública, distinciones, empleos, contratos o cualquier otra resolución favorable.<sup>244</sup>

Además el código penal francés en su Art. 432-17 dispone lo siguiente:

En los casos previstos en el presente capítulo, podrán imponerse a título accesorio las penas siguientes:

1º. La prohibición del ejercicio de los derechos cívicos, civiles y de familia, siguiendo las modalidades previstas en el Art. 131-26.

2º. La prohibición conforme a lo previsto en el Art. 131-27, de ejercer una función pública o la actividad profesional o social en cuyo ejercicio o con ocasión de la cual se haya cometido la infracción.

3º. El comiso, conforme a lo previsto en el Art. 131-21, de las sumas u objetos recibidos irregularmente por el autor de la infracción, con excepción de los objetos susceptibles de restitución.

4º. En el caso previsto en el Art. 432-7, la publicación o la difusión de la resolución adoptada en las condiciones previstas en el Art. 431-35.

Igualmente en el Capítulo III: De los atentados contra la Administración Pública cometidos por los particulares, en su Sección 1: De la corrupción activa y tráfico de influencias cometidos por los particulares, en el Art. 433-1 castiga a los particulares con diez años de prisión y multa de 1.000.000 de francos, manteniendo así la pena y el

---

<sup>244</sup> Véase sobre el código penal francés (Parte Legislativa), la siguiente dirección:

[http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes\\_traduits/penal\\_textE.htm](http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/penal_textE.htm)

Dernier texte modificateur: Loi 2003-495 du 12/06/03 (JO 13/06/03).

Traducción aprobada con el concurso del profesor Dr. JOSE LUIS DE LA CUESTA ARZAMENDI, catedrático de la Universidad de San Sebastián.

contenido del texto similar al Art. 432-11, con la única diferencia de los sujetos del delito. Y en cuanto a las personas jurídicas como responsables de estos delitos, el código penal francés dispone lo siguiente:

Art. 433-25. Las personas jurídicas podrán ser declaradas penalmente responsables de las infracciones definidas en el presente capítulo en las condiciones previstas en el Art. 121-2. Las penas aplicables a las personas jurídicas serán:

1º La multa, conforme a lo previsto en el Art. 131-38.

2º Por un periodo de hasta cinco años, las penas mencionadas en los apartados 2º, 3º, 4º, 5º, 6º y 7º del Art. 131-39.

3º El comiso, previsto en el Art. 131-21

4º La publicación o difusión de la resolución adoptada en las condiciones previstas en el Art. 131-35.

5º Para las infracciones previstas en los apartados 2º y 3º del Art. 434-43, la disolución, mencionada en el apartado 1º del Art. 131-39.

La prohibición mencionada en el apartado 2º del Art. 131-39, será aplicada a la actividad en cuyo ejercicio o con ocasión de la cual se haya cometido la infracción.

Segundo.- Así mismo el Código Penal Argentino, es otra de las legislaciones que con mayor rigor y determinación persigue los delitos cometidos contra la Administración Pública por funcionarios, autoridades o personas particulares, es así, que el código penal Argentino en el Título XI: Delitos contra la Administración Pública, en su Capítulo VI: Cohecho y tráfico de influencias, regula específicamente estas conductas delictivas en el Art. 256 bis, habiendo sido incorporado dicho artículo, precisamente por el Art. 32 de la Ley Nº 25.188 BO, de 1 de noviembre de 1999, en el que dispone textualmente al respecto lo siguiente:

Art. 256 bis. “Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua para ejercer la función pública”, el que por sí o por persona interpuesta solicitare o recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer valer indebidamente su influencia ante un funcionario público, a fin de que éste haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones públicas.

Si aquella conducta estuviera destinada a hacer valer indebidamente una influencia ante un magistrado del poder judicial o del ministerio público, a fin de obtener la

emisión, dictado, demora u omisión de un dictamen, resolución o fallo en asuntos sometidos a su competencia, el máximo de la pena de prisión o reclusión se elevará a doce años.<sup>245</sup>

Así también podemos citar el Art. 257 del código penal Argentino como ejemplo de rigor y determinación, en la persecución de los delitos contra la Administración Pública cometido por los funcionarios o autoridades, que textualmente dice:

Art. 257. “Será reprimido con prisión o reclusión de cuatro a doce años e inhabilitación especial perpetua”, el Magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta para emitir, dictar, retardar u omitir dictar una resolución, fallo o dictamen en asuntos sometidos a su competencia.

Las dos legislaciones señaladas, como ejemplo en el tratamiento de los delitos contra la Administración Pública y concretamente con respecto al delito de tráfico de influencias, nos debe servir para reconocer no sólo la gran diferencia que existe con el código penal español, sino también para reflexionar y asumir con determinación una firme voluntad política y legislativa, para dotarse de una verdadera legislación penal que sea eficaz para perseguir y castigar la expansión y el incremento de los delitos contra la Administración Pública, cometido por funcionarios, autoridades y personas particulares, que minan la propia democracia y las instituciones del Estado. Ya hace tiempo los autores de estos delitos vienen burlando con demasiada facilidad las previsiones legales existentes, debido a que las normas penales resultan insuficientes o inaplicables a ciertas conductas que se han especializado en estas prácticas delictivas, con el objeto de esquivar el alcance de las mismas y evitar las penas que se establecen para el delito de tráfico de influencias y otros delitos de corrupción.

Por ello pensamos, que existe la necesidad de modificar el actual código penal, principalmente en cuanto concierne a la configuración típica y la sanción penal de estos delitos. El tráfico de influencias todavía descansa en el limbo del vacío normativo, que aún no ha merecido una respuesta adecuada por parte de los legisladores. Con el objeto de frenar la expansión de las actuaciones delictivas que se han sistematizado en la administración, donde se han obtenido beneficios económicos millonarios por parte

---

<sup>245</sup> El código penal Argentino fue actualizado anteriormente en el año 1984, por la Ley 11.179, que posteriormente fue modificado en gran parte y sustituido sus artículos por la Ley Nº 25.188, BO de 1 de noviembre de 1999, que entró en vigencia después de 8 días de su publicación.

de algunas personas particulares, funcionarios públicos y ciertos personajes notables de la clase política, como ejemplo podemos citar: el caso Gurtel, el caso Puyol, el caso NÓOS, que en la mayoría de los casos, los sujetos responsables de estos delitos, gozan de ciertos privilegios o de protección institucional gracias al poder y la influencia que ostentan. De ahí, que el proceso penal que se sigue contra ellos generalmente termina con la absolución o el archivo de la causa, esta situación se debe también a otros factores, como la dificultad para aportar pruebas objetivas, la inaplicabilidad de la ley penal, la configuración defectuosa del delito y es innegable también, debido a la capacidad de influencia y poder que tienen para incidir en el proceso.<sup>246</sup>

## V.- LA REGULACIÓN DEL TRÁFICO DE INFLUENCIAS EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA

La expansión de los delitos contra la Administración Pública a nivel internacional es una preocupación general que demanda la respuesta inmediata de los Estados miembros de la Unión Europea, para impulsar un ordenamiento jurídico homogéneo que establezca penas y medidas efectivas, para afrontar y eliminar estos delitos que se han instaurado en las instituciones públicas. Por ello, para indagar sobre la regulación del delito de tráfico de influencias en el marco de la Unión Europea, necesariamente nos tenemos que referir al contexto global de la corrupción, que abarca entre otros a los delitos de tráfico de influencias, cohecho, malversación de caudales públicos, prevaricación, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos, corrupción en las transacciones comerciales, etc., siendo estos delitos, las diversas formas de corrupción que frecuentemente se cometen por parte de los funcionarios públicos, autoridades o personas particulares.

---

<sup>246</sup> Corroboran esta afirmación entre otros, POLAINO NAVARRETE, M. y Otros, "Lecciones de derecho penal parte especial", adaptado a la Ley Orgánica 5/2010 de Reforma del código penal, Madrid 2011, p. 336, que dice: *La realidad de la picaresca delincuencia de los funcionarios influyentes e influidos, ha desbordado las previsiones normativas de la legislación penal, rebasando olímpicamente los límites de las tradicionales figuras de los delitos funcionariales.*

*En la misma línea MUÑOZ LORENTE, J. "Los delitos de tráfico de influencias", (situación actual y propuestas de reforma en la lucha contra la corrupción). Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad, N° 4, marzo-agosto 2013, p. 97. Manifiesta: En mi opinión, la reforma penal no debe quedarse como apuntó el Presidente del Gobierno, en su discurso del debate del Estado de la Nación el pasado mes de febrero de 2013, en un mero y aparente endurecimiento de las penas, agilización procesal de los casos de corrupción y aumento del plazo de prescripción de este tipo de delitos, sino que, con respecto a los delitos de tráfico de influencias, se debe ir mucho más allá.*

Es así, que uno de los objetivos principales de la Unión Europea para procurar y proteger el espacio europeo con libertad, seguridad y justicia, fue la adopción de ciertas medidas y acciones para llevar a cabo sus políticas de prevención y de lucha contra la corrupción, por eso, el Consejo de Europa viene impulsando una política global de lucha contra la delincuencia organizada, con el fin de frenar y erradicar la lacra de la corrupción del conjunto de los Estados de la Unión Europea.

Con el propósito de reforzar la lucha contra la corrupción en las Administraciones Públicas de los Estados miembros, el Consejo de Europa creó el “Convenio Penal contra la Corrupción”, el 27 de enero de 1999, firmado el 10 de mayo de 2005 y que fue ratificado el 28 de abril de 2010, que dio lugar precisamente a la reforma del código penal español el año 1995, a través de la Ley Orgánica 10/1995, en atención a los compromisos internacionales, que derivaron del Convenio Penal sobre la corrupción. Así mismo, otro de los aspectos determinantes para la posterior reforma del código penal el año 2010, mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, fue el “Informe de Evaluación”, aprobado el 15 de mayo de 2009 por el “GRECO”, sobre la situación real de la corrupción en España y la homologación internacional de la regulación penal Española sobre el tráfico de influencias, el cohecho y el blanqueo de capitales entre otros.<sup>247</sup> En ese informe, el GRECO como organismo de la Unión Europea, recomendó al gobierno español, proceder a la urgente ratificación del convenio, con el fin de impulsar y garantizar una coordinada criminalización de los delitos de corrupción, tanto a nivel nacional, como a nivel europeo, fortaleciendo para ello la cooperación judicial y policial en la Unión Europea, con la colaboración de Europol, Eurojust, la Escuela Europea de Policía (CEPOL) y la Oficina Legal Anti-fraude (OLAF), entre otras instituciones comprometidas con esta causa.

Tal es así, que el “primer informe sobre la lucha contra la corrupción en la Unión Europea”, presentado por la Comisión en Bruselas, al Consejo de Europa, el pasado 3 de febrero de 2014, nos alcanza algunas conclusiones sobre la corrupción en la Unión Europea, entre otras:

---

<sup>247</sup> El “GRECO” (Grupo de Estados contra la corrupción del Consejo de Europa), es un organismo que fue creado el año 1998, por el Consejo de Europa, con el objeto de impulsar el Convenio Penal contra la corrupción en la UE. Habiendo reforzado sus planes de actuación con la colaboración efectiva de otras instituciones europeas. En cumplimiento de la misión encomendada, la Comisión presentó el “Primer Informe sobre la lucha contra la corrupción en la Unión Europea”, con fecha 2 de febrero de 2014, en la que muestra, la naturaleza y el nivel de corrupción en cada Estado miembro.

El informe muestra que la naturaleza y el nivel de corrupción, así como la eficacia de las medidas adoptadas para combatirla, varían de un Estado miembro a otro, y pone de manifiesto que la corrupción requiere una mayor atención en los Estados miembros, por que esta lacra indeseable mina la confianza de los ciudadanos en las instituciones democráticas y en el Estado de Derecho, daña la economía europea y priva a los Estados de unos ingresos fiscales muy necesarios.<sup>248</sup>

El informe sobre la corrupción en los Estados de la Unión Europea, muestra las distintas tendencias, así:

1.- En cuanto a los mecanismos de control: Existen grandes diferencias entre los Estados de la Unión Europea, en la adopción de las medidas preventivas contra la corrupción. En algunos Estados estas medidas preventivas son eficaces y han contribuido a una sólida reputación de sus políticas de control y lucha contra la corrupción, y en otros, los mecanismos de control y las políticas de actuación son débiles y carecen de coordinación, por que sus políticas o programas internos de lucha contra estos fenómenos todavía no están consolidados o estructurados debidamente para afrontar y cooperar de forma conjunta con otros Estados de la Unión, en la lucha contra la corrupción en las instituciones públicas.

2.- En cuanto a la acción penal y castigo, el derecho penal que tipifica la corrupción está extensamente implantado y cumple con las directrices de la normativa de la Unión Europea y la Organización de las Naciones Unidas. No obstante, la decisión adoptada en el marco 2003/568/JAI de la UE, ha sido transpuesta por los Estados miembros al Derecho nacional, de manera desigual y reservada. La eficacia en la investigación de los delitos de corrupción y el castigo de estos, varía de forma considerable entre los países de la Unión Europea, es así que en algunos Estados miembros pocas veces se sancionan estos delitos, por la insuficiente legislación penal y la falta de rigor en la imposición de las penas, mientras que los otros han logrado avances significativos.

3.- Con respecto a la dimensión política, los planes de actuación y responsabilidad política sigue siendo una asignatura pendiente en algunos Estados miembros, y sus

---

<sup>248</sup> *Los 28 capítulos nacionales que proporcionan una situación aproximada de la corrupción en la UE, señalan las cuestiones que requieren mayor atención y ponen de relieve las buenas prácticas, que podrían ser fuente de inspiración para otros Estados.*

[http://ec.europa.eu/public\\_opinion/archives/eb\\_special\\_399\\_380\\_en.htm-397](http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/eb_special_399_380_en.htm-397)

*El informe también incluye los resultados de dos encuestas Euro barómetro, sobre la percepción de la corrupción por los ciudadanos europeos.*

políticas de dirección y control en los distintos sectores de la administración, sigue siendo deficiente, como en el caso de la financiación de los partidos políticos, el caso de la contratación pública, el control de las empresas públicas y otros sectores que son vulnerables a la corrupción, en cambio en otros Estados de la Unión Europea estas deficiencias se han superado.<sup>249</sup>

La normativa internacional sobre la corrupción en la Unión Europea, obliga a los Estados miembros a cumplir con las Directivas Europeas y ha adoptado las políticas de lucha trazadas contra estos fenómenos delictivos, con el objeto de alcanzar una necesaria armonización legislativa que consolide las políticas de lucha y control en la Unión Europea. Estas políticas de lucha contra la corrupción, además se ven reforzadas por la contribución de importantes instrumentos internacionales como:

- 1.- La Convención de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) contra la corrupción, de 31 de octubre de 2003 (ratificada el 19 de julio de 2006).
- 2.- El Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes políticos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, de 17 de diciembre de 1997 (ratificado el 3 de enero de 2000).
- 3.- La Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transaccional, de 15 de noviembre de 2000 celebrada en Palermo (ratificada el 21 de febrero de 2002).
- 4.- El Convenio Europeo de lucha contra la corrupción de los funcionarios de la Unión Europea, de 26 de mayo de 1997 (entró en vigor el 28 de mayo de 2005).
- 5.- El Convenio Penal del Consejo de Europa sobre la corrupción N° 173, de 27 de enero de 1999 (en vigor en España desde el 1 de agosto de 2008).
- 6.- El Convenio Civil del Consejo de Europa N° 174, de 4 de noviembre de 1999 (entró en vigor en España desde el 1 de abril de 2010).

Es necesario destacar que el concepto internacional de corrupción, no se sigue fielmente en la legislación española, cuyo tratamiento forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, a pesar de la ratificación expresa por parte del Estado Español

---

<sup>249</sup> Conforme dispone la Comisión Europea de lucha contra la corrupción, a partir del año 2013, esta Comisión publicará cada dos años un informe sobre la corrupción, que constituirá un mecanismo de vigilancia y de evaluación de la Unión Europea. El Informe recogerá las tendencias y las deficiencias a las que habrá que dar solución y estimulará el intercambio de mejores prácticas, que permitirá percibir mejor los esfuerzos realizados, los problemas planteados y las causas de corrupción. Sobre el Primer informe de la Comisión véase : <http://ec.europa.eu/anti-corrupcion-report>

de los respectivos convenios internacionales, en virtud del Art. 10.2 de la Constitución Española, dado que la corrupción política afecta directamente a los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos. De modo que la corrupción es un delito contra los derechos humanos y no simplemente contra la Administración Pública, que vulnera los principios rectores tan básicos como, el de la igualdad, la libertad y la legalidad.<sup>250</sup>

Actualmente los numerosos casos de corrupción política que estremecen a nuestro país, han puesto en evidencia la ineficacia y las carencias del código penal español. Entre los delitos de corrupción que han rebasado las previsiones legales, destaca el delito de tráfico de influencias, con escasa producción jurisprudencial, tanto porque han sido pocas las sentencias dictadas por la Sala 2º del Tribunal Supremo, como por el progresivo vaciamiento que se va produciendo del mismo en la aplicación práctica por falta de actualización científica y lo que sorprende aún, a pesar de las limitaciones expuestas por la doctrina, el tráfico de influencias es uno de los delitos mejor concebidos en nuestra legislación desde el año 1995 para frenar la corrupción política, que se caracteriza por su naturaleza de delito de mera actividad y no de resultado. Con la persecución del delito de tráfico de influencias se ataca directamente al núcleo o a la correa de transmisión de otros delitos de corrupción, ya que el tráfico de influencias es el punto de partida, el origen y el puente a la amplia gama de delitos que se cometen contra la Administración Pública.

Los delitos de tráfico de influencias, sobre todo con las últimas jurisprudencias, a pasado prácticamente ha dejar de ser operativo como uno de los instrumentos legislativos más importantes en la lucha contra la corrupción política en España. Por lo que surge la imperiosa necesidad de asumir con voluntad política y reflexionar sobre la urgente necesidad de optar, bien por un cambio legislativo o bien por una reorientación jurisprudencial del mismo, que supere las posiciones jurídicas arcaicas sustentadas en concepciones medievales, con el objeto de percibir mejor la evolución delictiva de estos delitos, acorde con la situación socio-política actual y las concepciones modernas que se vienen desarrollando en otras legislaciones avanzadas del mundo.

---

<sup>250</sup> En este sentido refiere DOLZ LAGO, MANUEL JESÚS, *Fiscal del Tribunal Supremo, en el artículo publicado con el siguiente título “La corrupción en la vida pública: los delitos de tráfico de influencias y cohecho”, Madrid 2014, En el ejercicio de la función pública o cargo, se debe castigar la conducta intencionada activa u omisiva del funcionario o autoridad, realizadas directamente o a través de terceros con la finalidad de obtener un beneficio o cualquier otra ventaja para sí o para otros.*

Además debemos indicar, que la tipificación de los delitos de tráfico de influencias comprendidos en el Art. 428, 429 y 430 del código penal no se ajusta a la normativa internacional, conforme dispone entre ellos el Art. 18 de la Convención de la ONU contra la corrupción, de 31 de octubre de 2003, el Art. 12 del Convenio penal del Consejo de Europa sobre la corrupción, de 27 de enero de 1999. Así mismo, se constatan los efectos de las deficiencias normativas que dificultan la investigación y el procesamiento de estos delitos, debido a su pésima y defectuosa configuración.

En cuanto a la interpretación jurisprudencial de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, se adoptan concepciones diferentes y confunden dos planos distintos de la conducta delictiva, entre influir en otro para conseguir una resolución, con influir directamente para obtener la resolución. La jurisprudencia aún no asimila la propia doctrina administrativa del término “resolución”, en la que ciertos “actos administrativos” son equiparables a una resolución o llegan a tener los mismos efectos. Además conviene aclarar que el término resolución no se emplea en otras legislaciones para tipificar estos delitos, en el nuestro parece que ha sido impuesto ha propósito como un filtro para la tipificación de estos delitos, y así evitar la punibilidad de ciertas conductas arraigadas en la Administración Pública. Entre otras anomalías se debe indicar también que la jurisprudencia todavía sigue tomando en cuenta como causa de atipicidad, el criterio dogmático obsoleto de WELZEL sobre la adecuación social de la conducta. Igualmente es preciso señalar la postura incongruente de la legislación con respecto a la incomprensible impunidad de los funcionarios influidos, que admiten o aceptan la influencia y cooperan en el objetivo de la influencia, y solo son castigados si resultan responsables de otros delitos posteriores.<sup>251</sup> Esta tutela parcial del código penal español, nos muestra la ausencia que existe en la previsión típica de la conducta del funcionario o autoridad que se deja influir por situaciones ajenas a los intereses públicos y adopta una resolución que beneficia a la persona que ha influido en él, prevaleciéndose de relaciones jerárquicas o personales. Esta incongruencia legislativa en la sanción penal de los funcionarios públicos, que contempla punible solamente la

---

<sup>251</sup> Sobre este particular véase a QUINTERO OLIVAREZ, G., MORALES PRATS, F. y Otros, “Comentarios a la parte especial del derecho penal”, 9ª edición, Pamplona 2011, pp. 1799-1801. Los delitos previstos en los artículos 429 y 429 del CP, solamente contemplan la conducta del particular o del funcionario que influye en la voluntad de otro funcionario público, prevaleciéndose de sus facultades o bien de una relación jerárquica o personal. En cambio no contempla la conducta del funcionario o autoridad que se deja influir y adopta una decisión parcial o se manifiesta dispuesto ha adoptarla.

conducta del funcionario influyente y no considera así la conducta del funcionario influido o que se deja influir, implica un serio desacierto político-criminal que requiere una pronta y necesaria revisión para corregir y enmendar este error legislativo. No es correcto que la sanción penal sólo alcance a uno de los implicados, cuando en realidad ambos contribuyen con su conducta a transgredir las normas y los principios rectores que deben presidir la adopción de las decisiones públicas. Por lo tanto, no es correcto ni legal sancionar solo a la persona particular o al funcionario público que influye y no castigar al funcionario público influido, quedando impune su actuación o conducta. Por ello, para subsanar este dislate legislativo se debe apostar por una fórmula legislativa coherente que modifique la configuración de estos delitos, estableciendo en su contenido la responsabilidad penal del funcionario público que se deja influir, que sería como una modalidad de tráfico de influencias pasivo en el caso del funcionario influido y tráfico de influencias activo en el caso del funcionario influyente.<sup>252</sup>

Por lo tanto, la exposición alcanzada sobre la regulación en el marco de la Unión Europea de los delitos de corrupción, en la que se encuentran comprendidos los delitos de tráfico de influencias, cohecho, prevaricación, malversación de caudales públicos y otros, nos orienta a plantear las siguientes conclusiones:

- 1.- Los delitos de corrupción mayormente son cometidos, por los funcionarios públicos, los políticos y personas particulares de clase alta, llamado también delitos de cuello blanco, la corrupción política o administrativa se ha convertido en una actividad delictiva estructural perenne y se ampara en el poder y la influencia que ostentan ciertos personajes públicos o los grupos dominantes.
- 2.- En el plano internacional, se asume el compromiso y la convicción de lucha contra la corrupción, como un objetivo esencial en las políticas internacionales y nacionales, con la finalidad de garantizar la Democracia y el Estado de Derecho.
- 3.- La corrupción es el mal de los hombres y no de los tiempos y afecta a los derechos humanos, a la economía, a la Administración Pública, a los Estados, en suma afecta al interés general de los ciudadanos.

---

<sup>252</sup> Así también QUINTERO OLIVAREZ, G., MORALES PRATS, F. y Otros, "Comentarios a la parte especial del derecho penal, Pamplona 2011, pp.1800-1801. Esta inadecuada tipificación propicia un claro dislate legislativo, pues se sanciona lo menos, la inducción a adoptar una resolución parcial, y no lo más, la propia adopción imparcial de la resolución en vulneración de la lógica hermenéutica de la regla "a Fortiori". Esta indeseable consecuencia se hubiera evitado sancionando la conducta del que influye y la del funcionario o autoridad que se deja influir, con independencia de la adopción de la resolución.

4.- La sociedad debe reaccionar con firmeza ante la lacra de la corrupción, con políticas efectivas y comprometidas, para ello requiere la necesaria armonización legal del código penal a los enunciados de la normativa internacional. Las observaciones que hacen los organismos internacionales, así como las críticas del GRECO sobre la lucha contra la corrupción en España, en su informe del pasado 3 de febrero de 2014, señalan que las prácticas corruptas se incrementan, debido a la debilidad y las deficiencias de las políticas de lucha contra la corrupción.<sup>253</sup>

Por ello, ante la indiferencia de los hombres, debemos tomar conciencia, y no permitir que nuestra sociedad esté condenada, como sabiamente dijo la gran filósofa AYN RAND en el año 1950, al expresar la siguiente frase:

“Cuando adviertas que para producir necesitas obtener autorización de quienes no producen nada; cuando compruebes que el dinero fluye hacia quienes no trafican con bienes sino con favores; cuando percibas que muchos se hacen ricos por sobornos y por influencias más que por su trabajo, y que las leyes no te protegen contra ellos, sino por el contrario, son ellos los que están protegidos contra ti; cuando descubras que la corrupción es recompensada y la honradez se convierte en un sacrificio permanente; cuando estés convencido de que los ricos y los políticos se sirven del poder y la influencia para incrementar su riqueza y proteger sus intereses, mientras que los ciudadanos desfavorecidos no tienen garantizada ni siquiera sus derechos fundamentales ni necesidades básicas; ¡entonces! podrás afirmar sin temor ha equivocarte, que tu sociedad está condenada”.

“Por ello, hay que pensar siempre, que hay mucho por hacer” (Ayn Rand).

## VI.- LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA CON RELACIÓN AL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS

El tratamiento jurisprudencial que se ha desarrollado con relación al delito de tráfico de influencias, por los tribunales jurisdiccionales a lo largo de estos 24 años, aún es

---

<sup>253</sup> Con relación a las conclusiones véase igualmente a DOLZ LAGO, MANUEL JESÚS, *Fiscal del Tribunal Supremo, en su artículo publicado con el título “La corrupción en la vida pública: Los delitos de tráfico de influencias y cohecho”, Madrid 2014. La última comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, de 6 de junio de 2011, sobre la lucha contra la corrupción en la Unión Europea, presenta una serie de medidas orientadas a reforzar esta lucha en la UE, así como la voluntad política de los Estados miembros para combatir este fenómeno, mediante informes bianuales a partir del año 2013.*

muy escaso y mantienen todavía los mismos criterios y argumentos que se han adoptado en la fundamentación de las resoluciones expedidas desde la introducción de estos delitos en el código penal español. La interpretación gramatical y teleológica que se le ha dado al texto de los artículos 428 al 431 es uniforme en la jurisprudencia y mantienen aún los mismos criterios y planteamientos con respecto a la calificación del delito, con mínimas variaciones en la apreciación del objeto y los elementos del delito, debido a las pequeñas modificaciones legislativas que se han venido operando en los últimos años.<sup>254</sup>

Por ello conviene recordar, la regulación penal de este delito ha experimentado avances mínimos en el transcurso de la codificación penal española, desde el momento en que aparece alguna modalidad que se asemeja al tráfico de influencias en los artículos 476 y 477 del código penal de 1928, dentro del capítulo dedicado al cohecho, y el hecho de atribuirse falsas influencias fue siempre considerado en los códigos penales, como una modalidad de comisión del delito de estafa. Pero como delito independiente, con tal denominación y que se refiera en términos generales a la intermediación entre el particular y el funcionario público, no estaba previsto delito alguno, hasta que fue introducido por la Ley Orgánica 9/1991, de 22 de Marzo, a través de la cual se llevó a cabo la reforma de algunos delitos de funcionarios públicos, introduciendo en el código penal de entonces, un nuevo capítulo sobre el delito de tráfico de influencias, que estaba integrado por los artículos 404 bis a), 404 bis b) y 404 bis c), estos delitos fueron incorporados también en el código penal de 1995, sin alteraciones relevantes, no habiendo sido objeto de ninguna modificación en la reforma operada por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre. Por ello, pese a la aparente necesidad de reforma, habida cuenta de que la manera en que fueron descritos los tipos penales, se dudó con razón fundadamente sobre la operatividad de la misma.

El código penal de 1995, mantiene invariable dentro del Título XIX (delitos contra la

---

<sup>254</sup> Sobre el caso de modo similar véase a CUGAT MAURI, M. "El tráfico de influencias" *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 16-07, ISSN 1695-0194, 14 agosto 2014, pp.07-2 y 07-3, <http://crimenet.ugr.es/recpc/16/recpc/16-07.pdf> . En uno de sus párrafos dice: Si se alcanzaron o no los objetivos del legislador, no es siempre fácil saber, como se ha dicho, la escasez de condenas no es un dato unívoco a cerca de la eficacia de la ley, tanto puede deberse a la victoria de la amenaza penal sobre los ánimos de sus destinatarios como a su más completo fracaso para reprimir el fenómeno al que se enfrenta. Sin embargo en el caso que nos ocupa, el contraste entre la práctica ausencia de condenas y la casi total omnipresencia del delito, en la incesante sucesión de noticias, denuncias y procesos por casos de corrupción nos lleva a sospechar lo segundo, es decir la real existencia y omnipresencia del delito de tráfico de influencias.

Administración Pública), el capítulo VI, con la rúbrica “del tráfico de influencias”, los tres tipos configurados en los artículos 428 al 430 del CP, conservando en términos generales la redacción inicial del código derogado, aunque se han introducido algunas modificaciones mínimas, como la supresión de la exigencia de obtención del beneficio económico y después la inclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Art. 430, párrafos segundo y tercero, por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de Reforma del CP.

Como hemos indicado, el tráfico de influencias en principio supone la Intervención de dos o más personas, por cuanto en sí, es una conducta de intermediación, de tráfico, de negocio o de prestaciones recíprocas, en el que uno de los sujetos necesariamente debe ser un funcionario público o autoridad; mientras que el otro sujeto viene a ser el intermediario traficante o ejerciente de las influencias que puede ser un funcionario, una autoridad o una persona particular, que pretende obtener un beneficio de la Administración Pública, para sí, o para un tercero. De modo similar GARCÍA ARÁN al referirse sobre tráfico de influencias manifiesta, que “traficar” significa llevar a cabo una actividad de intercambio entre dos partes, cada una de las cuales resulta beneficiada directa o indirectamente a corto, medio o largo plazo, siendo el objeto central del intercambio, la influencia, entendida como la posición de dominio o posición favorable con relación a los centros de decisión.<sup>255</sup>

Con esta breve introducción sobre la figura del tráfico de influencias, procede referirnos concretamente sobre la actividad jurisprudencial que se ha desarrollado hasta el momento, por parte de los Tribunales españoles, así como la interpretación y los argumentos que se han sostenido en la solución de los delitos de tráfico de influencias. La jurisprudencia siempre ha mantenido una posición uniforme con mínimas variaciones en la interpretación de estos delitos y se han sustentado en los mismos fundamentos jurídico-doctrinarios de siempre, para la valoración y resolución de estas conductas delictivas. Tal es así, que a pesar de la repercusión social por el

---

<sup>255</sup> De esta forma refiere GARCÍA ARÁN, M. “Los delitos de tráfico de influencias en el código penal de 1995” Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla 1996, pp. 13-15. Evidentemente, si se trafica con influencias es por que unos las tienen y otros las pretenden. Es decir quién posee la influencia la ofrece o da a cambio de determinadas ventajas y quién busca la influencia, obviamente para beneficiarse con ella ofrece a la otra parte ventajas de cualquier tipo a cambio de participar en esa cuota de poder político o económico que se denomina influencia. El destino final de la influencia que se busca o que se ofrece será una decisión administrativa, política o económica que genere beneficios para los que persiguen dicho fin.

incremento incontrolable y la evolución delictiva de estos delitos, en la actualidad la práctica jurisprudencial sigue tomando aún como referencia aquellos argumentos jurídico-doctrinarios de las primeras sentencias, que se han expedido desde la introducción de estos delitos en el código penal.

Los fundamentos en los que se sostienen las resoluciones de la Sala segunda del Tribunal Supremo, tienen una línea claramente definida con respecto al delito de tráfico de influencias y es jurisprudencia de esta sala (Cfr. sentencia 480/2004, de 7 de abril) que la utilización de los términos influir y prevalimiento, nos indica que no basta la mera sugerencia, sino que la conducta delictiva ha de ser realizada por quién ostenta una determinada situación de ascendencia y que el influjo debe tener una entidad suficiente para asegurar su eficiencia por la situación prevalente que ocupa quién influye. Y en la sentencia 300/2012, de 3 de mayo, que recoge las sentencias anteriores, se expresa que el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias es la objetividad e imparcialidad en el ejercicio de la función pública (SSTS 480/2004, de 7 de abril y 335/2006, de 24 de marzo), incluyendo las funciones administrativas como las judiciales. Es un delito especial cuyo sujeto activo debe tener la condición de “autoridad” o “funcionario público”, conforme a los requisitos que exige el Art. 24 del código penal. Sólo admite la forma dolosa y no se puede cometer por omisión (STS 480/2004, de 7 de abril).<sup>256</sup>

Se sostiene que el primero de los elementos del delito es ejercer la influencia. La influencia consiste en una presión moral eficiente sobre la acción o decisión de otra persona, derivada de la posición o status del influyente. Este es el concepto que se deduce de la jurisprudencia, así por ejemplo, la sentencia núm. 480/2004, de 7 de abril, nos dice que el acto de influir debe ser equiparado a la utilización de procedimientos capaces de conseguir que otro realice la voluntad de quién influye. Y la sentencia núm. 537/2002, de 5 de abril, que la influencia consiste en ejercer predominio o fuerza moral. Por lo general la jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo ha declarado que entre los requisitos del tráfico de influencias, ha de concurrir un acto concluyente que rellene el tipo penal, esto es, que se ejerza predominio o fuerza moral sobre el sujeto

---

<sup>256</sup> En un supuesto caso de influencia CUGAT MAURI, M. “El tráfico de influencias”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 16-07, de 14 de agosto de 2014, p. 07-18 manifiesta: La existencia de una resolución favorable a quién se relaciona con el funcionario, no es un indicio concluyente a cerca del ejercicio de influencias, si bien se refuerza cuando es injusta. En tales casos, la hipótesis de la influencia es la que puede explicar la grave desviación de la función pública.

pasivo, de manera que su resolución o actuación sea debido a la presión ejercida (SSTS de 29 de octubre de 2001 y de 5 de abril de 2002, citadas y reiteradas en la STS de 7 de abril de 2004). La sentencia de esta Sala núm. 1312/94, de 24 de junio de 1994, señala que: “El tipo objetivo 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 público, respecto de una decisión que ha de tomar en un asunto relativo a su cargo abusando de una situación de superioridad, a lo que un sector de la doctrina científica ha considerado como un ataque a la libertad del funcionario o autoridad, que debe adoptar en el ejercicio de su cargo, una decisión, introduciendo en su motivación elementos ajenos a los intereses públicos, por lo que, dichos elementos deben ser objeto de un cuidadoso análisis, previamente a la adopción de la decisión final.<sup>257</sup>

Como es evidente, las sentencias del Tribunal Supremo ponen de relieve tres importantes precisiones que delimitan el ámbito de protección de la norma, aportando seguridad jurídica en su aplicación:

En primer lugar.- Que la influencia se debe ejercer para alterar el proceso motivador del funcionario influido, lo que excluye las meras solicitudes de información o gestiones amparadas en su adecuación social, interesando el buen fin de un procedimiento que no pretende alterar el proceso decisor objetivo e imparcial del funcionario o autoridad que deba tomar la decisión procedente.

En segundo lugar.- Que el tipo exige el abuso de una situación de superioridad, como ha señalado acertadamente la doctrina, por lo que no penaliza genéricamente cualquier comportamiento realizado por quién ostenta un nivel jerárquico superior, sino únicamente aquellos en los que dicha posición de superioridad se utiliza de modo desviado, ejerciendo una presión moral impropia del cargo, capaz de persuadir o doblegar la libertad de decisión del funcionario influido.

En tercer lugar.- Que en el delito de tráfico de influencias, late siempre un interés espurio para ejercer la influencia o presión moral sobre el funcionario público o autoridad que debe decidir sobre un determinado asunto, con la finalidad de introducir

---

<sup>257</sup> *En coherencia con esta afirmación MUÑOZ CONDE, F. “Derecho penal parte especial”, 19ª edición, Valencia 2013, pp.956-957. Manifiesta, se trata de un verdadero ataque a la libertad del funcionario o autoridad que tiene que adoptar, en el ejercicio de su cargo, una decisión, introduciendo en su motivación elementos ajenos al interés público, lo que supone, como dice CUGAT MAURI, un factor de incremento del riesgo de desviación de la función pública.*

en su motivación elementos ajenos a los intereses públicos. La acción de la influencia debe estar dirigida a la consecución de una resolución que pueda generar para los sujetos influyentes ciertas ventajas o beneficios.<sup>258</sup>

Por otro lado, la inclusión interesada por el legislador en la configuración del tráfico de influencias de la expresión “resolución”, que tiene un significado técnico específico, se constituye en una especie de filtro legal para la tipificación de estos delitos. Con ello deja fuera del ámbito de estos tipos delictivos, aquellas actuaciones o conductas que aún ejerciendo con una presión moral o arbitraria, no estén dirigidos a la obtención de una verdadera resolución, o cuando se trate de aquellos trámites, informes, consultas o dictámenes, aceleración de expedientes, información sobre datos, actos preparatorios, etc. que no constituyan una resolución en sentido técnico (SSTS de 28 de enero de 1998, 12 de febrero de 1999, 27 de junio de 2003, 14 de noviembre de 2003, 9 de abril de 2007, 1 de diciembre de 2008, 1 de julio de 2009 y 2 de febrero de 2011), aún cuando se trate de conductas moralmente reprochables o que puedan constituir incluso faltas o infracciones de carácter disciplinario, administrativo u otros tipos delictivos.

Como ya se ha expresado la jurisprudencia y la doctrina entienden por el término “resolución”, todo acto de la Administración Pública de carácter decisorio que afecta al ámbito de los derechos e intereses de los administrados o a la colectividad en general, y que resuelve sobre un determinado asunto con eficacia ejecutiva, quedando por tanto excluidos según esta definición, por una parte, los actos políticos y por otra, los denominados como actos administrativos preparatorios (trámites, informes, consultas, diligencias, dictámenes, etc.) que instrumentan y ordenan el procedimiento, para hacer viable la resolución definitiva. (SSTS de 28 de enero de 1998, 12 de febrero de 1999, 27 de junio de 2003, 14 de noviembre de 2003, 9 de abril de 2007, 1 de diciembre de 2008, 1 de julio de 2009, 2 de febrero de 2011, entre otras).

En la sentencia núm. 48/2011, de 2 de febrero, con remisión explícita a la sentencia de 27 de junio de 2003, se dice textualmente que: según el Diccionario de la Real

---

<sup>258</sup> *Por otra parte refiere GIMBERNAT ORDEIG, E. y Otros, “Código penal concordancias y jurisprudencia”, Madrid 2003, p. 901. Que el término “influir”, ejercer predominio o fuerza moral, resulta excesivamente amplio, por lo que se ha completado con el de “prevalerse”, en el que el legislador incluye el ejercicio de las facultades del cargo y las relaciones personales y jerárquicas. Señala la doctrina, que si bien en principio, parece que se puede tomar en consideración cualquier relación familiar, afectiva o amistosa, dado que el prevalimiento es empleado como elemento diferenciador de la simple influencia atípica, debe darse al mismo una interpretación restrictiva, en cuanto supone un verdadero ataque a la libertad del funcionario o de la autoridad que debe adoptar una decisión en el ejercicio de su cargo.*

Academia Española, resolver es, “tomar determinación fija y decisiva”. Y en el ámbito de la doctrina administrativa, la resolución entraña una declaración de voluntad, dirigida en última instancia, a un administrado para definir en términos ejecutivos una situación jurídica que le afecta. Así entendida, la resolución tiene un carácter final, en el sentido de que decide sobre el fondo del asunto en cuestión.

La adopción de una decisión de este carácter debe producirse conforme a un procedimiento formalizado y observando determinadas exigencias de garantía legal, puesto que el acto resolutorio es la expresión de una declaración de voluntad, que ha estado precedido de actuaciones previas o de actos preparatorios. En este sentido, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el Art. 87, contempla a la “resolución”, como una de las modalidades de finalización del procedimiento, y en el Art. 89, con respecto al “contenido” de las resoluciones administrativas, establece que la resolución, “resolverá todas aquellas cuestiones planteadas” y que las decisiones serán “motivadas”.<sup>259</sup>

A tenor de lo expuesto, es patente que el término legal “resolución” del Art. 404 del código penal, debe ser integrado acudiendo a la normativa a la que hemos hecho referencia, que es la que rige en el sector de la actividad estatal en que se desarrolla la actuación de “autoridades y funcionarios públicos”, que son las categorías de los sujetos contemplados como posibles autores del delito especial propio del cual nos ocupamos (STS 48/2011, de 2 de febrero). En el mismo sentido la sentencia núm. 38/1998, de 23 de enero, concreta el concepto de resolución a efectos penales, como “el acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio que afecta a los derechos de los administrados”, estimando que, lo esencial es que tenga un efecto ejecutivo, esto es, que decida sobre el fondo del tema sometido a juicio de la administración. Está claro que la interpretación del término “resolución” en el Art. 428 y 429 del código penal, no puede ser diferente de la que se efectúa por la jurisprudencia para la misma expresión en el caso del Art. 404 del mismo texto legal, por elementales razones de seguridad jurídica.

---

<sup>259</sup> Así, como también en nuestra vigente legalidad administrativa. En efecto la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, impone a la administración la obligación de dictar “resolución expresa en todos los procedimientos” (Art. 42,1), y en el Art.82,1, afirma, “que a efectos de resolución se solicitarán los correspondientes (...) informes”.

En realidad, a pesar del tiempo transcurrido desde la introducción del delito de tráfico de influencias en el código penal, son contados los casos resueltos con una resolución judicial en última instancia, por ello, la jurisprudencia es muy escasa con respecto a estos delitos, por consiguiente, la aportación de la jurisprudencia hasta el momento es limitado. Sin embargo, debemos destacar algunos alcances que han contribuido al derecho penal en consonancia con las aportaciones de la doctrina, con relación al delito de tráfico de influencias que ha permitido establecer una delimitación de los elementos que lo caracterizan y se pueden resumir en los siguientes aspectos.

La jurisprudencia sostiene que el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias es la “objetividad e imparcialidad en el ejercicio de la función pública”.

El sujeto activo del delito solamente puede ser el “funcionario público” o “autoridad” en el tipo penal del Art. 428 del CP, la “persona particular” en el tipo penal del Art. 429 y en el supuesto del tráfico de influencias entre particulares del Art. 430, el sujeto activo naturalmente es una persona particular.

En el tipo objetivo del delito, la conducta típica de la acción es la “influencia con prevalimiento”, cuyo influjo debe tener una entidad suficiente para asegurar su eficacia por la situación prevalente que ocupa quién influye, es decir debe ejercer una presión moral capaz de alterar el proceso motivador en la decisión del funcionario influido.

El código penal además exige, el uso del prevalimiento como una de las condiciones de tipificación del delito por medio de las modalidades que contempla, como el ejercicio abusivo de las facultades del cargo, la situación derivada de una relación personal o la derivada de una relación jerárquica.

El objeto de la acción de la influencia debe estar dirigido a la consecución de una resolución beneficiosa para el sujeto activo o para un tercero.

En estos delitos no se exige que la resolución que se pretende, sea injusta o arbitraria y el tipo básico tampoco exige que se hubiere dictado.

El tipo subjetivo sólo admite la forma dolosa y se entiende existente, cuando el sujeto tiene conocimiento de que influye con prevalimiento con la finalidad de conseguir una resolución favorable para él o para un tercero.<sup>260</sup>

---

<sup>260</sup> En este sentido se expresa la STS 567/2013, de 15 de julio de 2013, Sala 2ª de lo penal del Tribunal Supremo de Madrid, en coherencia con lo que se reconoce de forma similar en otras sentencias, entre ellas, la STS 480/2004, de 7 de abril, que establece que tanto los elementos objetivos, como los subjetivos que caracterizan estas conductas delictivas se hallan presente en la comisión del delito de tráfico de influencias.

Por otro lado conviene precisar, además de los criterios y los argumentos legales que sostiene concretamente la jurisprudencia con respecto a estos tipos delictivos, considera que el delito de tráfico de influencias en algunos casos se convierte en un instrumento de conexión o de relación directa con otras actividades delictivas afines, que pueden ser necesarios para alumbrar o dar origen a otros delitos muy frecuentes como el de prevaricación, cohecho, malversación de caudales públicos etc. como manifestación final de la conducta delictiva.

## VII.- EJEMPLO DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE TRÁFICO DE INFLUENCIAS

En cuanto al delito de tráfico de influencias, la escasa jurisprudencia expedida por la Sala II, de lo Penal, del Tribunal Supremo, así como las sentencias dictadas por los tribunales o instancias inferiores, nos revelan que en la mayoría de los casos los imputados por el delito de tráfico de influencias, generalmente son absueltos y por consiguiente los procesos terminan con sobreseimiento o el archivo de la causa, son pocos los casos que prosperan y declaran la responsabilidad penal de los acusados, y esto se debe entre otras cosas a la concurrencia de múltiples factores que determinan el curso de los juicios criminales, entre ellos: La existencia de serias dificultades probatorias para demostrar los hechos denunciados, la concurrencia de una poderosa presión cuando se trata del juzgamiento de personajes que ostentan poder e influencia, la configuración defectuosa del delito, la inaplicabilidad de las normas penales y otros, que son determinantes para la resolución de estos procesos.<sup>261</sup> En efecto, alcanzo algunos ejemplos de jurisprudencia sobre delitos de tráfico de influencias.

### V.1.- El Auto del Tribunal Supremo, de 18 de julio de 2013, archiva la causa seguida por el delito de tráfico de influencias, contra José Blanco.

La Sala segunda del Tribunal Supremo, archiva la causa abierta en el “caso

---

<sup>261</sup> Así refiere POLAINO NAVARRETE, M. y Otros, “Lecciones de derecho penal parte especial”, adaptada a la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del código penal, tomo II, Madrid 2011, p. 336. Que dice: La sistemática legal del tráfico de influencias es compleja y su configuración delictiva muy defectuosa, por causa de diversos factores, como la multiplicidad de elementos típicos, el enojoso casuismo del que adolecen las descripciones positivas y la delimitación respecto de otras figuras delictivas contra la Administración Pública.

campeón”, contra el exministro de Fomento y diputado socialista José Blanco, por el **delito de tráfico de influencias**, por haber apoyado al Vice-presidente de la “Empresa Azkar” José Antonio Orozco, amigo personal, en la consecución de una licencia municipal, imprescindible para la construcción de una nave próximo al aeropuerto de El Prat de Llobregat (Barcelona).

La Sala de lo penal del Tribunal Supremo, sostiene que de la prueba practicada en el procedimiento no se derivan indicios de tráfico de influencias, dado que no se aprecia que ejerciera ninguna presión relevante para conseguir torcer la voluntad de la Administración, el tribunal considera de forma unánime que de la intervención telefónica de las conversaciones entre José Blanco y el empresario Orozco, sólo resulta la gestión de la entrevista y quienes han intervenido en el expediente han justificado “los criterios técnicos empleados en su adopción” . El auto de la Sala de lo Penal, tras el recurso presentado por el abogado de José Blanco, afirma que el comportamiento que se atribuye a Blanco, de “mediar para convenir una entrevista entre el Alcalde de Sant Boi de Llobregat y un particular que actúa en interés propio de una empresa, sin sugerir ni ofrecer una alteración de la resolución administrativa, no cubre la tipicidad del delito de tráfico de influencias, por lo que procede estimar la apelación y archivar el caso. Esos hechos, no son subsumibles en el tipo penal de tráfico de influencias, sentencia el alto tribunal, y añade que para lo que fueran se requiere “predominio o fuerza moral sobre un sujeto pasivo de manera que su resolución o actuación sea debido a la presión ejercida”. Lo que no se da en este caso, tampoco hay evidencia de que José Blanco actuara con “abuso de la situación de superioridad” ejerciendo una “presión impropia del cargo. Y la resolución finalmente adoptada que fue favorable al amigo personal del exministro José Blanco, respondió a criterios técnicos y no, a ninguna influencia exterior sobre el funcionario responsable.

#### **V.2.- Sentencia del Tribunal Supremo nº 657/2013, de 23 de julio de 2013.**

“Caso Palma Arena”. Ponente: D. Carlos Granados Pérez

**Delitos de prevaricación, malversación de caudales públicos, “tráfico de influencias”, fraude a la Administración, falsedad en documento oficial, falsedad en documento mercantil**

El Tribunal Supremo ha confirmado la condena por un delito de tráfico de

influencias, que la Audiencia Provincial de Palma impuso en el “caso Palma Arena” al expresidente Balear Jaume Matas.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo absuelve al político de los delitos de malversación de caudales públicos y de prevaricación. Pero confirma la condena como autor de un delito de tráfico de influencias, a la pena de nueve meses y un día de prisión, multa en cuantía de 6.000 euros, y en caso de impago a una responsabilidad personal subsidiaria de un mes e inhabilitación especial para cualquier cargo electivo por tiempo de cuatro años, seis meses y un día.

La Audiencia de Palma, condenó a Jaume Matas, por beneficiar con dinero público al periodista que escribía sus discursos y le asesoraba, a través de la empresa Nimbus, por la cantidad de 200.000 euros. También influyó para beneficiarle con una subvención de 450.000 euros, destinada a la creación de una agencia de noticias.

El Tribunal Supremo condena al periodista Antonio Alemany, por los delitos de prevaricación administrativa, malversación de caudales públicos y falsedad en documento mercantil en relación al llamado “caso subvención”, y condena al periodista a la pena de, dos años, tres meses y un día de prisión, manteniéndose la inhabilitación absoluta de cuatro años y siete meses.

En la misma sentencia se condena al Exdirector General de Comunicación del Gobierno Balear Joan Martorell, por prevaricación y malversación de caudales públicos “caso contrato menor”, y le impone una pena de siete meses y un día, además de la inhabilitación especial por tres años. El Tribunal Supremo le absuelve de los delitos por los que fue condenado en la sentencia de instancia en el llamado “caso concurso”.

El Tribunal Supremo expresa, con relación al delito de tráfico de influencias que: La utilización conjunta de los términos influir y prevalimiento, nos indica que no basta la mera sugerencia, sino que la conducta delictiva ha de ser realizada por quién ostenta una determinada situación de ascendencia y que el influjo a de tener una entidad suficiente para asegurar su eficiencia por la situación prevalente que ocupa quién influye. La influencia consiste en ejercer predominio o fuerza moral eficiente, sobre la acción o decisión de otra persona derivada de la posición o status del influyente. Por lo general la jurisprudencia de esta Sala ha declarado que entre los requisitos del tráfico de influencias, ha de concurrir un acto concluyente que rellene el tipo penal, esto es, que se ejerza predominio o fuerza moral, sobre el sujeto pasivo de manera que su

resolución o actuación sea debido a la presión ejercida.

El Presidente de la Sala, en este caso concreto pone de relieve tres importantes precisiones que delimitan el ámbito de protección de la norma.

En primer lugar, que la influencia debe ejercerse para alterar el proceso motivador del funcionario influido.

En segundo lugar, que el tipo exige el abuso de una situación de superioridad.

En tercer lugar, que en el delito de tráfico de influencias, siempre late un interés espurio por ejercer influencia o presión moral sobre el funcionario o autoridad que debe dictar una determinada resolución con la finalidad de introducir en su motivación elementos ajenos a los intereses públicos.

Todos estos elementos, tanto objetivos como subjetivos, que caracterizan al delito de tráfico de influencias, están presentes en los hechos que se imputan, ya que utilizó su autoridad jerárquica para presionar a los funcionarios respectivos, con entidad suficiente para alterar el proceso de valoración de la solicitud de subvención realizada por el mencionado periodista, a través de la Agencia Balear de Noticias, consiguiéndose la finalidad propuesta, que determinó la concesión de la subvención, consumándose de esta forma el delito de tráfico de influencias.<sup>262</sup>

### **V.3.- Auto del Tribunal Supremo 5421/2014 Sala de lo penal, de 1 de julio de 2014.**

Número de Recurso: 20225/2014. Ponente: D. Francisco Monterde Ferrer.

**Delitos: Prevaricación, administración fraudulenta, tráfico de influencias, receptación y blanqueo de capitales contra la hacienda pública.**

La Asociación de Afectados por la gestión de la Televisión Pública Madrileña, Radio Televisión Madrid y Televisión Autónoma de Madrid y Radio Autónoma de Madrid S.A. han formulado querrela contra D. Bernabé, Presidente de la Comunidad Autónoma de Madrid. A esta querrela ha sido acumulada también la presentada por Marcial, Santos, Otilia y flor, contra el mismo. Al dirigirse las querellas presentadas contra el Presidente de la Comunidad de Madrid, corresponde la competencia para su conocimiento a esta Sala de lo Penal, de conformidad con el Art. 57 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y

---

<sup>262</sup> La referida sentencia del Tribunal Supremo se encuentra asignada con el nº 657/3013, con fecha de Sentencia: 15/07/2013. Ponente Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez. Recurso de Casación: nº 1216/2012. Fallo/acuerdo: Sentencia Estimatoria Parcial. Señalamiento: 02/07/2013. Procedencia: Audiencia Provincial de Palma de Mallorca. Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río. Órgano: Tribunal Supremo, Sala de lo Penal. Sede: Madrid.

el Art. 25 de la Ley de Autonomía de la Comunidad de Madrid. Conforme señala la jurisprudencia reiterada de esta sala, el ATS, de 14 de enero de 2014, o el ATS, de 18 de junio de 2012, entre otros y el Art. 313 de la LECRIM. Ordena al juez de instrucción, rechazar la querrela cuando no sea competente o cuando los hechos no son constitutivos de delito, en aquellos casos en que:

a).- Los hechos contenidos en el relato fáctico de la querrela, tal y como esta viene redactada, no sean susceptibles de ser subsumidos en ningún precepto penal, según el criterio razonado del órgano jurisdiccional competente. En estos casos, carece de justificación alguna la apertura de un proceso penal, para comprobar unos hechos que, de ser acreditados, en ningún modo serían constitutivos de delito.

b).- Cuando a pesar de la posible apariencia delictiva inicial de los hechos que se imputan en la querrela, no se ofrezca en este ningún elemento o principio de prueba que avale razonablemente su realidad, limitándose al querellante a afirmar su existencia, sin ningún apoyo objetivo atinente a los propios hechos.

En este segundo supuesto, una interpretación de la norma que no desconozca el sentido común, conduce a sostener que no se justifica la apertura de un proceso penal para la investigación de unos hechos meramente sospechosos, por si los mismos pudiesen ser constitutivo de delito, es decir, una investigación prospectiva, sin aportar un indicio objetivo de su realidad de conocimiento propio del querellante. De lo contrario, cualquier ciudadano podría verse sometido a una investigación basada en la mera apariencia. En realidad, se trata de aplicar el mismo principio que es exigible cuando se trata de restringir los derechos fundamentales del Art. 18 de la CE, en este caso los derechos a la libertad personal del Art. 17.1 del texto constitucional.

De modo, que la presentación de una querrela no conduce de manera forzosa o ineludible a la incoación de un procedimiento penal, sino que se precisa la realización de una inicial valoración jurídica de la misma, de conformidad con las consideraciones expuestas, que puede conducir a su inadmisión a trámite sin más. Y tal inadmisión no vulnera la tutela judicial efectiva del querellante en su vertiente de acceso a la jurisdicción, dado que es doctrina constitucional reiterada la que señala que el ejercicio de la acción penal no comporta un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso, sino solamente a un pronunciamiento motivado del juez, sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos, expresando en su caso las

razones por las que inadmite su tramitación (STC nº 31/1996, de 27 de febrero de 1996, que se hace eco de las SSTC nº 111/1995, de 4 de julio de 1995, nº 157/ 1990, de 18 de octubre de 1990, nº 148/1987, de 28 de setiembre de 1987 y 108/1983, de 29 de noviembre de 1983).

#### **V.4.- Auto del Tribunal Supremo 4829/2014 Sala de lo penal, de 16 de junio 2014**

Número de Recurso: 20110/2014. Ponente: D. Juan Saavedra Ruiz.

**Delitos: Prevaricación (Art. 404 CP), violación de secretos (Art. 417 CP), tráfico de influencias (Art. 428 CP) y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de la función (Art. 441 y 442 CP).**

La Asociación de consumidores, Usuarios y Contribuyentes de Navarra y la Confederación Sindical ELA, han formulado denuncia contra Dña. Concepción, Vicepresidenta Primera y Consejera de Economía y Hacienda, Industria y Comercio del Gobierno de Navarra, y contra Dña. María Dolores, Presidenta del Gobierno de Navarra. Al dirigirse la denuncia contra la Presidenta y Vicepresidenta de esta Comunidad, corresponde la competencia para su conocimiento a esta Sala de lo Penal, de conformidad con el Art. 27 de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, y el Art. 57.1.2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En las denuncias presentadas, que han sido acumuladas en este procedimiento se imputa a las denunciadas: un delito de revelación de secretos (Art. 197 y 417 CP), un delito de tráfico de influencias (Art. 428 CP), un delito de actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de su función (Art. 441 y 442 CP) y un delito de prevaricación (Art. 404 CP)

Las denunciadas se amparan básicamente, en los hechos que la Sra. Julia ex directora de la Hacienda Tributaria de Navarra, relató en su comparecencia ante la Comisión de Economía, Hacienda, industria y Empleo del Parlamento de Navarra, cuando explicó las causas de su dimisión, registrada el día 20 de enero de 2014, estos hechos serían los siguientes:

a).- Que el día 27 de setiembre de 2011, ostentando en ese momento el cargo de Directora Gerente de la Hacienda Tributaria, y durante la sobremesa de un almuerzo que mantuvo con concepción, esta última le solicitó una copia del Plan de Inspección con el fin de conocer con antelación, sí entre los contribuyentes seleccionados para ser

objeto de inspección, se encontraban los clientes de su asesoría fiscal, datos que ella se negó a suministrarle por su carácter confidencial.

b).- Que con relación a un contribuyente no identificado, la Sra. Concepción, en julio de 2012, intentó impedir que se realizase una actuación que estaba prevista. El 20 de junio de 2013, la Sra. Julia comunicó por correo electrónico a la Consejera algunos datos relativos a esta actuación, a lo que esta contestó textualmente: “me parece una faena para (...) y desde luego viendo (...), me parece tremendo y creo que no es una buena política. Lo voy a comentar con la Presidenta, ya que se trata de un contribuyente muy importante de nuestra Comunidad”. En fechas posteriores, llamó por teléfono al superior jerárquico de la persona que había realizado la actuación para discutir el criterio aplicado. A continuación, el 11 de setiembre de 2013, y tras haberse reunido previamente con un representante del citado contribuyente, la Sra. Concepción manifestó a la Sra. Julia su profundo malestar por la revisión realizada, intentando que cambiara el contenido de la actuación.

c).- En fecha 4 de marzo de 2013, y respecto a un contribuyente que había sido objeto de una Inspección en el Impuesto de Sociedades por beneficios fiscales, Dña. Concepción instó a Dña Julia para que ordenase a la inspectora actuante, que modificase la propuesta, ya que a juicio de la Consejera, el incumplimiento de la empresa se debía sólo a requisitos formales.

d).- El 8 de abril de 2013, la denunciada intercedió asimismo por una sociedad del sector agroalimentario, que había sido cliente de su asesoría fiscal. Concretamente interpeló a la Sra. Julia para que hablase con la Inspección a fin de que tratase bien a la empresa cliente de su despacho.

e).- En fecha 15 de abril de 2013, la Consejera denunciada solicitó a la Sra. Julia una copia de las declaraciones de los modelos 190 (Declaración anual de las retenciones de trabajo) y F501347 (Declaración anual de operaciones con terceros) de la Caja de Ahorros de Navarra y de fechas más antiguas a la que podría remontarse. Al parecer y según manifestaciones realizadas por la Sra. Julia, dicha información fue solicitada a petición de la Presidenta del Gobierno de Navarra, Dña. María Dolores, quién tenía interés en conocer las retribuciones de otros consejeros, así como datos sobre pagos a determinadas consultoras que habían prestado sus servicios profesionales a Caja Navarra. Según las denuncias, se da la circunstancia de que en esas fechas, se estaba

investigando en el Juzgado de Instrucción nº 3 de Pamplona, el cobro de dietas indebidas de Caja Navarra por parte del ex presidente del Gobierno de Navarra, Sr. Mateo, el Alcalde de Pamplona Sr. Saturnino y el ex consejero de Economía y Hacienda del Ejecutivo Foral Sr. Luis Pablo.

f).- En enero de 2014, la Consejera denunciada solicitó al secretario general técnico del departamento de Economía, Hacienda, Industria y Empleo del Gobierno de Navarra, que elaborase un informe sobre las actuaciones de auditoría informática realizados en determinados establecimientos de hostelería. Pues la denunciada discrepaba con la actuación llevada a cabo por los órganos de la Hacienda Tributaria de Navarra. Motivo por el que recurrió a un órgano externo, carente de capacidad, con el propósito de impulsar su intención de influir en la actuación inspectora y de fiscalización de la Hacienda Tributaria de Navarra.

#### **V.5.- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 5ª, de 28 de mayo de 2014.**

Número de Recurso: 100/2012. Ponente: Dña. María Magdalena Jiménez Jiménez.

**Delitos: Tráfico de influencias. Apropiación indebida. Falsedad en documento público. Prevaricación. (Caso Palau”).**

En la causa seguida por el “Caso Palau”, con la acusación particular de: “La Associació de veïns por la Revitalització del Casc Antic de Barcelona” y “La Associació de veïns en Defensa de la Barcelona Vella” y obviamente con la acusación pública del Ministerio Fiscal, por los delitos de: Tráfico de influencias, apropiación indebida,, falsedad en documento público y prevaricación, en contra del Presidente y Fundador del Palau de la Música de Barcelona, la cúpula de urbanismo de la ciudad Condal y un Arquitecto implicado en el proyecto (en total 6 acusados).

En cuanto a los hechos se resumen: La Fundación Orfeo Catalá, Palau de la Música, es una fundación benéfica cultural para fomentar la música. El Presidente y Director de la Fundación (acusados) tenían en mente impulsar la construcción de un hotel en las inmediaciones, movidos por el ánimo de obtener beneficio económico, tanto para sí personalmente, como para la fundación. Se operó una cesión gratuita de fincas con el objeto de una edificación futura con la Salle Condal, a cambio de que la Fundación costease las obras y asumiese los gastos de rehabilitación del colegio.

Como el equipamiento era educativo, debía ser residencial para que se convirtiese en hotel. Requiriéndose para ello la modificación de uso del Plan General Metropolitano de Barcelona. En dicho contexto, los acusados expresados llamaron a las autoridades, les pidieron urgencia y les solicitaron cartas de intenciones para los hermanos de la Salle, una nota para convencer a los hoteleros de que en diez días el hotel podría convertirse en viviendas. Los dos acusados recibieron 900.00 euros de los hoteleros para facilitar la construcción de éste y se firmaron dos convenios:

1).- Un convenio entre la Fundación y el Conseller de Economía de la Generalitat, en virtud del cual las fincas pasaron a ser residenciales, pudiendo transformarse en viviendas pasados 12 años.

2).- Un convenio entre la Fundación, la Generalitat y el Ayuntamiento de Barcelona, por el que se transfieren usos. Dicho convenio se refiere a la modificación del Plan General Metropolitano Urbanístico de Barcelona.

Para ello los acusados, utilizaron expresiones insistentes de ruegos indirectos, presiones a autoridades que debían decidir modificar el Plan General Metropolitano, a quienes debían elaborar informes preceptivos y a los mayores representantes de los partidos políticos. Como la aprobación del Plan General exigía mayoría absoluta se realizaron presiones a Concejales, a interesados en el proyecto hotelero, desviando la actuación de las autoridades sobre aspectos, de los que podía inferirse o deducirse el beneficio económico pretendido.

El Gerente de Urbanismo, aprobó provisionalmente la modificación del Plan de Urbanismo. Mostraron su conformidad, el Concejal de Urbanismo y la Teniente Alcalde y lo sometieron a la aprobación del Consell Municipal y la Comisión de Urbanismo, que adoptó un acuerdo de aprobación provisional de la propuesta de modificación, avalada por el Consell Municipal que ordena remitir el expediente a la Subcomisión de Urbanismo para su aprobación definitiva.

De los hechos expuestos en la sentencia, se deduce claramente la relevancia de dos tipos penales: El tráfico de influencias y la prevaricación.

Con respecto al delito de tráfico de influencias, se incurre en el tipo previsto en el Art. 429 del CP por los sujetos acusados, que influyen por una situación de ascendencia moral con el objeto de convencer y estimular a los funcionarios competentes, prevaleciéndose para ello de las ventajas del cargo para actuar con más

seguridad y menos riesgo, aprovechando su situación de ascendencia y prestigio para actuar con pleno conocimiento de que influye de forma intencionada y dolosa.

El Presidente y el Secretario de la Fundación (benéfica, cultural) influyeron con prevalimiento sobre las autoridades competentes. Comunicaron expresamente en las reuniones, email, cartas a las Autoridades y Funcionarios. En la sentencia se desgrana una profusa prueba documental, pidieron apoyo al Gerente de Urbanismo. No se limitaron a pedir información, sino que fueron más allá con expresiones, sugerencias de invitación, presiones para aprobar el Plan General Metropolitano para conseguir sus propios fines lucrativos. Ocultaron a su vez su afán especulativo, resaltando el interés público del proyecto hotelero.

La acción ha de desplegarse para conseguir una resolución administrativa, pudiendo incluirse actos de trámite previos a la resolución si son cualificados, si la condicionan y se dirigen a la obtención de una resolución definitiva. Se comete el delito aunque no se llegue a dictar la resolución. El delito se consuma aunque la influencia no sea decisiva, basta ejercer cierta influencia.

En el supuesto contemplado, según refiere la sentencia, se forzó la voluntad de quienes debían dictar la resolución, convenciéndoles de que el hotel satisfacía la mejora, lo que no quedó justificado en la memoria con relación al interés público. La resolución no tiene por que ser arbitraria ni injusta, menos delictiva, Así como el beneficio económico, no tiene por que ser ilícito, tratándose de este delito.

Al efecto es de significar que el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, en doctrina reiterada y constante vienen manteniendo que, el derecho Constitucional a la presunción de inocencia, no se opone a que la convicción judicial se forme sobre la base de una prueba indiciaria o presuntiva.

Por tanto, del resultado de las investigaciones judiciales y la actuación de las pruebas, se llega a la convicción de que los sujetos imputados son penalmente responsables de los hechos imputados, y se les condena: En concepto de autores a cada uno de ellos, de un delito de tráfico de influencias, cometido por particular previsto en el Art. 429 del CP, en concurso ideal medial del Art. 77 del CP, con un delito continuado de apropiación indebida previsto en los Arts. 252, 250.1º.6 y 74.1 y 2 del CP, en su redacción anterior a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las

penas de: prisión de cinco años y siete meses para cada uno de ellos, a la pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de condena y multa de 12 meses, con una cuota diaria de 50 euros.

#### **V.6.- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal, de 23 de julio de 2014. (Caso Carlos Fabra).**

##### **Delitos: Cohecho, tráfico de influencias y fraude fiscal.**

“El Tribunal Supremo confirma la pena de 4 años de prisión para Carlos Fabra”.

El origen del proceso se sitúa en diciembre del año 2003, cuando el empresario Vicente Vilar, propietario de la firma Naranjax y hasta entonces amigo personal de Carlos Fabra, presentó dos querellas en los juzgados de Nules (Castellón) en el que le acusa al expresidente de la Diputación de Castellón, de cobrarle dinero a cambio de favorecer a su empresa en la comercialización de productos fitosanitarios. A esta denuncia se sumó en el año 2005, otra de la Agencia Tributaria, por presunto fraude fiscal, que el juzgado admitió a trámite y anexionó al proceso ya abierto.

La instrucción de este procedimiento, en el que se investigaron supuestos favores en la tramitación de productos fitosanitarios, se caracterizó por la presencia de diversas incidencias y continuas dilaciones en el desarrollo del proceso. El “caso Naranjax” se ha convertido en una auténtica maratón judicial que ha durado más de 10 años de instrucción y por el que han pasado 9 jueces, durante este tiempo la Audiencia Provincial de Castellón ha dictado resoluciones que posteriormente han sido revocadas por el Tribunal Supremo.

La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón, ha condenado al expresidente de la Diputación y del PP de Castellón Carlos Fabra, a cuatro años de prisión, por cuatro delitos contra la hacienda pública, cometidos entre los años 1999 y 2003, y también ha condenado a su exmujer María Amparo Fernández a dos años de prisión por dos delitos contra la hacienda pública, en el juicio por los presuntos cobros de comisiones para agilizar los trámites de comercialización de los productos fitosanitarios de la empresa Naranjax, propiedad del denunciante Vicente Vilar. Sin embargo, esta Sala absuelve al expresidente Carlos Fabra, de los delitos de cohecho y tráfico de influencias, en razón a la prescripción del delito. También es absuelto por la misma razón el exsenador del PP Miguel Prim, por el delito de tráfico de influencias, así

como el empresario denunciante Vicente Vilar y su exmujer Monserrat Vives, de los delitos de cohecho y tráfico de influencias. Según el fallo judicial, Carlos Fabra deberá pagar una multa de 693.000 euros e indemnizar a hacienda en la misma cantidad y su exmujer tendrá que pagar la multa de 274.000 euros e indemnizar a hacienda en la misma cantidad.

El tribunal Supremo, con fecha 23 de julio de 2014, ha confirmado la condena de cuatro años de prisión, por cuatro delitos de fraude fiscal cometidos entre los años 1999 y 2003 por Carlos Fabra, expresidente del PP de Castellón y de la Diputación Provincial y ha rebajado a un año de prisión la pena impuesta a su exmujer. En el recurso contra la sentencia, tanto la Fiscalía Anticorrupción como la Abogacía del Estado solicitaron elevar la pena contra el exdirigente Popular. El Supremo ha desestimado dichos recursos y ha ratificado el fallo de la Audiencia Provincial de Castellón, y se ha constatado que Carlos Fabra ingresó cerca de dos millones de euros en sus cuentas, sin que pudiera explicar su origen y sin haber declarado a hacienda, dejó de pagar 700.000 euros en impuestos. La condena le obliga a pagar además 1.4 millones de multa e indemnización. Ninguna de las partes recurrió la absolución de los delitos de cohecho y tráfico de influencias

Con fecha 30 de agosto de 2014, Carlos Fabra ha presentado ante el Ministerio de Justicia la petición de indulto, tras la confirmación por el Tribunal Supremo de la sentencia que le condenó a cuatro años de prisión por delitos contra la Hacienda Pública, cometidos entre los años 1999 y 2003 en el conocido caso Naranjax. Ante la petición de indulto de Carlos Fabra, como una de las estrategias para evitar la cárcel. La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Castellón, en la fecha 10 de setiembre de 2014, ha acordado la suspensión de la ejecución de la pena de prisión al expresidente Carlos Fabra, mientras se tramita la petición de indulto solicitada al gobierno. La Sala entiende que se dan todos los requisitos exigidos en el Art. 4.4 del CP y además aplica la jurisprudencia que valora la inexistencia de antecedentes y la voluntad de pago de la multa y reconocimiento de la responsabilidad civil.

En este caso concreto, con respecto al delito de tráfico de influencias la sentencia absolutoria se debe a la prescripción del delito, debido al transcurso del tiempo, en el que no hace falta fundamentar ni demostrar el ejercicio abusivo de las influencias que se han llevado a cabo con prevalimiento, aprovechándose de las facultades del cargo,

para influir en los funcionarios con la finalidad de obtener el beneficio obtenido, todos los elementos concurrentes en las actuaciones delictivas de los implicados, prácticamente devienen en innecesarios por la extinción de la responsabilidad que favorece a los imputados, y en consecuencia son absueltos.

**V.7.- Sentencia nº 624/2013 del Tribunal Supremo, Sala 2ª de lo Penal, de 27 de junio de 2013.**

**Delitos de cohecho, “tráfico de influencias”, prevaricación y falsedad. Sentencia ABSOLUTORIA. Recurso: 2304/2012. Ponente: Joaquín Jiménez G.**

El Ministerio Fiscal recurre la sentencia de Segunda Instancia que absolvió a los acusados de los delitos de cohecho, **tráfico de influencias**, prevaricación y falsedad. El Tribunal Supremo sostuvo que, no le es posible, sin oír a los implicados, formar convicción acusatoria sobre esta cuestión fáctica, es decir, de que se actuó con plena conciencia de la ilegalidad adoptada. Además, la citación del acusado a una diligencia de vista con el fin de ser oído personalmente, antes de la decisión del recurso, no es compatible con la naturaleza del Recurso de Casación, ni está previsto en la Ley.

El principio de legalidad en que se sustenta la jurisprudencia, exige el derecho a un proceso justo, con todas las garantías legales establecidas, por lo que el Tribunal Supremo rechaza el recurso interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Ourense.

**V.8.- Sentencia nº 300/2012 del Tribunal Supremo, Sala 2ª de lo penal, de 3 de mayo de 2012.**

**Delito de tráfico de influencias.** Agente de policía. Prueba de alcoholemia.

Número de recurso: 1445/2011. Ponente: Cándido Conde-Pumpido Tourón.

Procedencia: Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canarias.

La sentencia impugnada condena al recurrente como autor de un delito de tráfico de influencias, revocando la sentencia dictada por el Tribunal del Jurado, que le había absuelto, si en el supuesto caso de encontrarnos ante un delito de cohecho, la conducta omisiva de dejar de realizar un acto inherente a las funciones del cargo, que fue la conducta solicitada por el acusado, a los agentes de la Unidad de la Policía Local de Las Palmas, que han intervenido al observar la circulación irregular de los

conductores de dos ciclomotores para detenerles y proceder a la prueba de alcoholemia, cuyo resultado arrojó positivo, y como consecuencia de ello los conductores se pusieron en contacto con el agente acusado, quién se constituyó en el lugar de los hechos, con la intención de pedirles a los agentes interventores que paralicen las pruebas de alcoholemia y dejen marcharse a los conductores retenidos, esta actuación tendría perfecto encaje en el Art. 419 del código penal. Pero a pesar de que la conducta enjuiciada es impropia e ilegal en la actuación de las prácticas institucionales y reprochable la conducta tendenciosa del agente acusado en un Estado de Derecho. En este caso concreto, no se puede forzar el principio de legalidad para sancionar como delito de tráfico de influencias, la participación del agente acusado que trató de favorecer a los conductores retenidos. Pues la aplicación de la Ley, constituye una garantía determinante en un Estado de Derecho y el escrupuloso respeto de los límites punitivos establecidos por el legislador.

En el Art. 428 del código penal, el legislador exige, que la influencia sobre los funcionarios vaya dirigida específicamente a conseguir una resolución, que en este caso no concurre dicho supuesto, es decir, la conducta del agente acusado, que interviene para solicitar a los agentes interventores, que suspendan la prueba de alcoholemia y dejen marcharse a los conductores intervenidos, está orientada a suspender los actos preparatorios y no a la obtención de una resolución. Por tanto, se estima el recurso de casación y se “absuelve” al acusado.

**V.9.- Sentencia nº 958/2012 del Tribunal Supremo, Sala 2ª de lo Penal, de 4 de diciembre de 2012.**

Número de recurso: 32/2012. Ponente: D. Francisco Monterde Ferrer.

**Delitos: Negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos, tráfico de influencias y uso de información privilegiada.**

En el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Nicolás y D. Carlos Ramón, contra la sentencia dictada el 23 de mayo de 2011, por la Sección 21ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, que condenó a los recurrentes D. Nicolás, Carlos Román, Domingo y Julián como responsables en concepto de autor directo el primero, y de autores por cooperación necesaria los restantes por el delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos, que fueron acusados por el

Ministerio Fiscal y la acusación particular del Ayuntamiento de Barcelona, afectando a todos ellos la circunstancia atenuante de dilación extraordinaria del proceso, a la pena para cada uno de ellos, de diez meses y quince días de multa con cuota diaria de cincuenta euros y responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, además se le impone a D. Nicolás, a la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos años y seis meses, y se absuelve a los acusados del delito de tráfico de influencias,

En la citada sentencia se declararon probados los siguientes hechos: Que D. Nicolás ejercía sus funciones en el Ayuntamiento de Barcelona desde el año 1992, como funcionario con la categoría de técnico medio en Arquitectura e Ingeniería y después como Inspector Técnico de Licencias de dicho Ayuntamiento en el Distrito de L'Eixample, éste conocía su incompatibilidad para el ejercicio del cargo de Ingeniero Técnico en su condición de funcionario, ya que únicamente se le había autorizado para compatibilizar el desempeño de su función con la actividad privada de técnico de prevención de riesgos laborales de la empresa "Envases del Vallés S.A.". A pesar del conocimiento de su incompatibilidad, hizo caso omiso de la misma e intervino repetidamente, de modo directo en ocasiones y por medio de personas interpuestas en el asesoramiento a personas particulares y en la elaboración de documentación necesaria, para tramitar la solicitud de licencia de actividades y la presentación en la sección donde ejercía su función, o la regularización de las mismas una vez denegadas las licencias. Así mismo para llevar a cabo lo anterior, en el Ayuntamiento de Barcelona, intervenía en la tramitación y el informe de las solicitudes de licencia de actividades que procuraba asignarse, para que en connivencia con otras personas tratar de agilizar la tramitación, para conseguir la aprobación de las mismas, obviando si fuera necesario ciertos trámites o el cumplimiento de los requisitos legales exigidos. Los hechos denunciados se condenaron por la Audiencia Provincial de Barcelona, como delito de negociaciones prohibidas a los funcionarios, que fue confirmado por el Tribunal Supremo. Sin embargo, fueron absueltos del delito de tráfico de influencias y uso de información privilegiada, por la dificultad de obtener pruebas para demostrar el ejercicio de influencias realizado sobre los funcionarios respectivos del Ayuntamiento.

**V.10.- Sentencia nº 1026/2009 del Tribunal Supremo, Sala 2ª de lo Penal, de 16 de**

**octubre de 2009.**

Recurso de Casación nº: 2097/2008. Ponente: D. Ramón Soriano Soriano.

**Delitos: Prevaricación, tráfico de influencias y contra la hacienda pública.**

Monopolio en la prestación de servicios funerarios. Participación del extraneus en la prevaricación. Cooperación necesaria y complicidad. “Caso Funespaña”.

En el recurso de casación por infracción de la ley y de precepto constitucional interpuesto por el Ministerio Fiscal, y por la acusación particular de Dña. Sagrario en nombre de PSOE, Dña. Andrea de IU y el acusado D. Franco, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 4ª, que condenó al acusado D. Franco como autor de un delito de prevaricación, absolviendo a D. Miguel del delito de tráfico de influencias y a D. Román y Torcuato del delito contra la hacienda pública y absolviendo también a los otros acusados de los delitos imputados.

Los hechos que dan lugar a esta causa, tienen su origen cuando con ocasión del cambio de Gerente de la Empresa Municipal de Servicios Funerarios de Madrid S.A. (E.M.S.F.M.S.A.), que tuvo lugar el 2 de octubre de 1990, se puso de manifiesto la difícil situación económica que la entidad venía atravesando, desde que en el año 1985, el Ayuntamiento adquirió las acciones de titularidad privada y gestionó de manera exclusiva la sociedad, declarando el régimen de monopolio para la prestación de servicios funerarios y transfiriendo a la EMSFMSA, el servicio de cementerios, sin haber realizado los trámites respectivos para la gestión de este servicio público, lo que dio lugar a la comisión de ciertas conductas delictivas por parte de los implicados en la sociedad municipal de servicio funerarios.

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, aprecia, que de la manifestación de los hechos denunciados y las pruebas actuadas en el proceso, se llega a la convicción de que, se da una participación del extraneus en la prevaricación y existe una cooperación necesaria y complicidad entre los sujetos implicados en la Empresa Municipal de Servicios Funerarios, en cuanto a la malversación de caudales públicos no concurre la acción típica y el carácter público de los caudales, y están prescritos los delitos contra la hacienda pública. Con relación al delito de tráfico de influencias y prevaricación existe un concurso ideal, medial o material. Por ello entiende que el fundamento del reproche casacional, se halla en que entre los diversos delitos, a su juicio cometidos por los acusados donde existió una relación o conexión instrumental, dentro de una

actividad delictiva compleja. En tal sentido el Tráfico de influencias fue el instrumento necesario para alumbrar la actividad prevaricadora, buscando como último objetivo la malversación de fondos públicos, por lo que se desestima el recurso de casación.

**V.11.- Sentencia nº 335/2006 del Tribunal Supremo, Sala 2ª de lo Penal, de 24 de marzo de 2006.**

Número de recurso: 88/2005. Ponente: D. José Ramón Soriano Soriano.

**Delito: Tráfico de influencias.**

El recurso de casación por infracción de ley, de preceptos constitucionales y quebrantamiento de forma, interpuesto por el Acusado Tomás, contra la sentencia dictada el 10 de diciembre de 2004 por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en Burgos. En este caso, el Tribunal Supremo debe resolver el recurso de casación para determinar si hubo o no tráfico de influencias en la actuación del acusado D. Tomás, hijo del Presidente de la Diputación de Palencia, quién le solicitó a D. Joaquín encargado de la gestión del complejo hotelero propiedad de la Diputación, para que le contrate a su esposa de nombre Teresa.

Lo relevante de esta sentencia, es el análisis que hace el Tribunal Supremo, respecto a la conducta del acusado, si realmente éste tiene la capacidad suficiente para influir o dicha conducta es eficaz para convencer o persuadir con seguridad sobre el gestor del hotel. Ya que, como se sabe el acusado D. Tomás, hijo del Presidente de la Diputación de Palencia, en el mes de febrero de 1999, se reunió con el pretexto de comer en un conocido restaurante de la ciudad, con D. Joaquín quién desde el año 1993 gestionaba el complejo hotelero "Castillo de Monzón". Situado en la misma localidad. Durante el transcurso de dicha reunión, Tomás le pidió que contrate a su esposa Teresa para trabajar en el Hotel Castillo de Monzón, llegando incluso a determinar la cuantía del salario que debería percibir anualmente y cifró su monto en tres millones de pesetas, a cambio de realizar cuantas gestiones fueran precisas y mediar ante su padre, con el objeto de asegurar a su favor la próxima resolución del concurso administrativo, para que pueda continuar gestionando el hotel, ante dicha promesa D. Joaquín contrató a su mujer y el concurso fue adjudicado a favor de la sociedad hotelera Castillo de Monzón, del cual D. Joaquín es el administrador.

La STSJ de Castilla y León, de 16 de junio de 2003, terminó condenando a Tomás

como autor criminalmente responsable de un delito de tráfico de influencias. En el recurso de casación interpuesto por el representante de Tomás, se alegó que se había aplicado indebidamente el Art. 430 del CP, por que se consideró que la contratación laboral de una persona particular no constituye una dádiva, presente, ni remuneración, es decir, no es un elemento exigido por el tipo penal. Sin embargo este argumento no prospera, puesto que no es necesario aceptar u ofrecer una dádiva, presente o cualquier remuneración, ya que es suficiente para que se consume el tipo, la simple promesa o el ofrecimiento que hace el tercero, y efectivamente en este caso se cumple el ofrecimiento que hace Tomás, y además a cambio se efectúa la contratación laboral de su mujer, entendiéndose por remuneración cualquier clase de beneficio o ventaja para sí, o para un tercero, con lo cual queda perfeccionado el tipo penal. Además el Tribunal Supremo añade en el segundo fundamento jurídico, que no es necesario que el sujeto influyente tenga capacidad real de influir, ni aún teniéndolas, su influencia resulte exitosa, ya que nos encontramos ante un delito de mera actividad, que no requiere la obtención de un resultado pretendido. En este sentido el Tribunal Supremo sostiene, que es indiferente que la conducta delictiva haya repercutido en la resolución administrativa o haya encontrado favorable acogida para que el delito se perfeccione. Por ello, en virtud de lo actuado en el proceso y los hechos expuestos, el Tribunal Supremo, declara que no hay lugar al recurso de casación y confirma la sentencia del tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

#### **V.12.- La Sentencia nº 480/2004 del Tribunal Supremo, Sala 2ª de lo Penal, de 7 de abril de 2004.**

Recurso número: 2157/2003. Ponente: D. Andrés Martínez Arrieta.

#### **Delito: Tráfico de influencias y prevaricación.**

En el recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el Ministerio Fiscal y la representación de Millán, Rosa y Guillermo, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección quinta, que absolvió al acusado D. Emilio del delito de tráfico de influencias, quién ocupaba el cargo de Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Villanueva del Pardillo.

En este caso patético, el Tribunal Supremo resolvió una de las cuestiones que hasta ese momento, solamente la doctrina se había atrevido a dar una solución con relación

a la posibilidad de cometer tráfico de influencias, en su modalidad de comisión por omisión. Por ello, la STS 480/2004, de 7 de abril, resuelve un caso singular, que tiene su origen en la rescisión del contrato de servicio de limpieza de las dependencias municipales de Villanueva del Pardillo, por no estar de acuerdo la empresa “Versalles Ibérica” encargada de los servicios, con las nuevas condiciones económicas ofrecidas. El Ayuntamiento optó por la contratación de una nueva empresa, para que realice los servicios de limpieza en las dependencias municipales. En esas circunstancias, Marcos que es el primo del Alcalde, que se dedicaba a una actividad comercial distinta a la de limpieza, se informó de la existencia del concurso y tras una conversación con el Alcalde, decidió presentarse al concurso, constituyendo para ello la empresa “Clean Bird S.L.”, y junto a esta se presentaron también otras dos empresas para participar en la adjudicación del concurso, alcanzando sus respectivas propuestas económicas.

En esa ocasión, el Ayuntamiento aprobó un decreto municipal que reconocía la necesidad apremiante para el cumplimiento del servicio de limpieza y se decidió la adjudicación por contrato directo a la empresa “Clean Bird S.L.”, que tenía la propuesta económica mas baja. Elevando al poco tiempo el monto de los servicios de limpieza por medio de una prórroga anual. Por ello, en base a los hechos descritos, la Audiencia Provincial consideró que en la actuación del Alcalde acusado D. Emilio, no concurren los elementos necesarios del tipo y por lo tanto le absuelve de los delitos de tráfico de influencias y prevaricación.

En el recurso de casación, los recurrentes invocaron la existencia del delito en la conducta del Alcalde, puesto que consideraron que había una errónea apreciación de los hechos. El Tribunal Supremo, aprecia la dificultad que existe para rellenar la figura del verbo esencial del tipo “influir” tomando como referencia la conducta omisiva, como en este caso, con la no comunicación al pleno del Ayuntamiento para que pueda decidir sobre la adjudicación y la existencia de vínculos familiares y supuestos favores entre el Alcalde y su primo administrador de la empresa “Clean Bird S.L.” que participó en la adjudicación de los servicios de limpieza.

El Tribunal Supremo entiende que es posible la apreciación de un delito, cuando la conducta consiste en una comisión por omisión en el caso del delito de tráfico de influencias, pero que tiene un carácter marcadamente excepcional. Se puede notar que no resulta evidente, que la mera ocultación de un dato o de una situación, pueda

derivar en un acto de influencia, puesto que no parece en principio, una acción suficientemente determinante, como para poder considerar perfeccionado el tipo. Se debe diferenciar la influencia típica, ligada a la presencia de los elementos influir y prevalimiento, de aquella simple sugestión que debe considerarse atípica. Esta apreciación evidencia que la postura del Tribunal Supremo, aún se sustenta en fundamentos tradicionales del pasado y se resiste a apreciar la posibilidad real de cometer el delito de tráfico de influencias por medio de la modalidad de comisión por omisión. Sin embargo, en el caso de admitirse deberían cumplirse las condiciones que exige el Art. 11 del CP, al establecer que la infracción del deber jurídico es equivalente a la omisión por acción. En este caso, es posible que el acusado haya cometido una infracción, al llevar a cabo la adjudicación por la vía de la urgencia apremiante, evitando de este modo someter a la consideración del pleno la adjudicación del servicio de limpieza, para que no sea cuestionado dicho incumplimiento. Con respecto a que si la influencia ha de consistir necesariamente en un acto concluyente para modificar la voluntad del influido, sobre el que se tiene una relación de prevalimiento. El Tribunal Supremo, no considera relevante la omisión, puesto que en el caso de haberse comunicado no habría variado el devenir de los hechos, por lo que no puede considerarse que el acto omisivo fuera suficiente para modificar la voluntad del pleno. Por ello, dicho acto no es determinante en la adopción de las decisiones tomadas y en consecuencia se desestima el recurso. Por lo tanto, el proceso termina con la absolución de D. Emilio, Alcalde del Ayuntamiento de Villanueva del Pardillo, del delito de tráfico de influencias.

**V.13.- Sentencia nº 537/2002 del Tribunal Supremo, Sala 2ª de lo Penal, de 5 de abril de 2002.**

**Delitos: Prevaricación, tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, falsedad en documento público y fraude.**

La sentencia del Tribunal Supremo, confirma la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, que condena a 28 años de inhabilitación especial y seis meses de arresto al Alcalde de Marbella y Presidente del Club de Fútbol Atlético de Madrid, D. Jesús Gil y Gil, por los delitos de prevaricación y tráfico de influencias en el “caso de las camisetas”, en el que también están implicados otros imputados.

Una de las sentencias de mayor repercusión, con respecto al delito de tráfico de influencias, debido al carácter mediático y a la popularidad del sujeto que cometió el delito, es la STS nº 537/2002, de 5 de abril de 2002, que ha resuelto uno de los casos más complejos, que se inició con la imputación de unos hechos que se atribuyen al Alcalde de Marbella D. Jesús G. y G., de haber ejercido influencia sobre el Teniente Alcalde Pedro R. Z., para firmar en nombre del Ayuntamiento de Marbella, un contrato de sponsorización con el Club de Fútbol Atlético de Madrid que presidía Jesús Gil, y efectivamente se consiguió el contrato de patrocinio con el Atlético de Madrid para la temporada 1991-1992, sin contar con la autorización del Ayuntamiento, el patrocinio consistía en llevar grabado el nombre "Marbella" en las camisetas del Club Atlético de Madrid. Este hecho tuvo trascendencia popular, que después le favoreció para fortalecer su candidatura a la Alcaldía de Marbella. Posteriormente las dos temporadas siguientes, en su condición de Alcalde, continuó manteniendo dicho patrocinio sin consultar, ni tener autorización de los órganos municipales, y además no se contaba con una dotación presupuestal para dicho fin y tampoco se cumplió con los procedimientos exigidos. En esos momentos, el Club Atlético de Madrid exigió el pago de una deuda por los contratos de patrocinio, y al no haber una partida presupuestaria para ello, se decidió que D. Pedro R. Z. firme dos decretos municipales con fecha 29 de diciembre de 1995 para la modificación de los presupuestos, autorizándose el gasto de 450 millones de pesetas. Esta actuación se repitió de la misma forma con otros clubes de fútbol y baloncesto, así como también con respecto al patrocinio de diversas actividades y espectáculos.

Por ello, la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga 113/2000, de 10 de octubre de 2000, condenó a Jesús G. y G. como autor de un delito de prevaricación, en concurso medial con un delito de tráfico de influencias. Posteriormente el Tribunal Supremo, procedió a resolver el recurso de casación interpuesto por el condenado, en el que argumenta, de que no está comprobado, que las resoluciones administrativas fueran injustas o arbitrarias, hecho que como se ha señalado podría afectar al delito de prevaricación, pero en ningún caso al tráfico de influencias, dado que no es un elemento necesario del tipo.

Por su parte, en el fundamento jurídico decimotercero de la sentencia se analiza sobre la posible existencia del tráfico de influencias, puesto que el recurrente también

considera que no se ha acreditado la existencia de la influencia, ni del beneficio económico obtenido. Se sostiene en la doctrina, que los términos “influir” y “prevaliéndose” de una situación de superioridad, deben asemejarse a una presión efectiva, que sea capaz de alterar la voluntad decisoria de otra persona, pero sin llegar a alcanzar el grado de constreñimiento físico o psíquico. El recurrente sostiene, que no ha incurrido en ninguno de los casos que señala, por que, con D. Pedro R. Z., acordaron libre y voluntariamente firmar el contrato de esponsorización, no habiéndose dado ninguna influencia ni prevalimiento, y además el beneficio no fue para sí, ni para tercero, sino que se destinaron a las arcas del municipio.

En consecuencia. El Tribunal Supremo procede al análisis de los elementos del tipo, concentrando su atención en el Art. 428 del CP, y hace énfasis en la exigencia de la condición del autor, cuando este es funcionario público o autoridad y no un particular. El tipo penal exige, que el autor actúe con la intención de conseguir un beneficio económico directo o indirecto para sí o para un tercero, recurriendo para ello, al ejercicio de la influencia sobre un funcionario público o autoridad y prevaliéndose de las facultades del cargo o de cualquier otra situación. Al respecto, el Tribunal Supremo hace una matización y dice que el término “influir”, tiene un significado excesivamente amplio y que sólo se le puede dotar de sentido exacto, restringiendo su significado de acuerdo con el término “prevalerse”, para poder diferenciarlo de una simple influencia atípica, así mismo, del término “prevalimiento” se debe hacer una interpretación restrictiva, con la finalidad de determinar, en que casos se debe apreciar la existencia de una situación de prevalencia.

Por todo lo anteriormente expuesto, el Tribunal Supremo llega a la convicción de que tanto la elección como el contrato de esponsorización con el Club Atlético de Madrid, se realizó de forma interesada, sin haber cumplido los procedimientos legales establecidos, ni haberse ajustado a las reglas del libre mercado, Así mismo los contratos suscritos por D. Pedro R. Z., son el resultado evidente de la influencia ejercida sobre él, por D. Jesús G. y G. en su condición de Presidente del Club de Fútbol Atlético de Madrid, quién a su vez trató de librar el escollo de la incompatibilidad prevaliéndose para ello de su posición jerárquicamente superior, obteniendo un beneficio económico para el Club Atlético de Madrid. Por ello, el Tribunal Superior considera suficientemente acreditada la existencia del delito de tráfico de influencias y

por tanto desestima el recurso de casación interpuesto.

**V.14.- La sentencia nº 184/2000 del Tribunal Supremo, Sala 2ª de lo Penal, de 15 de febrero de 2000.**

Número de recurso: 1518/1998. Ponente: D. Enrique Bacigalupo Zapater.

**Delitos: Prevaricación y tráfico de influencias.**

El recurso de casación, por infracción de ley, interpuesto por los procesados, Antonio P. G., Ignacio P., Sergio E. y José Francisco A., contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, con fecha 2 de marzo de 1998, que les condenó por los delitos de prevaricación y tráfico de influencias, fue resuelto de la siguiente forma.

La STS, nº 184/2000, de 15 de febrero de 2000, confirmó la SAP de Barcelona, dictada con fecha, 2 de marzo de 1998, que condenó a Ignacio P., Sergio E. y José Francisco A. como autores de un delito de tráfico de influencias. Se declara probado, que en escritura pública con fecha 2 de mayo de 1995, Sergio E. y José Francisco A. constituyeron una sociedad denominada "Arboledas Escola S.A.", cuyo objeto era la explotación de una actividad dedicada a la venta de vehículos que pensaron poner en marcha. Al cual se incluye, mediante escritura pública de fecha 27 de julio de 1995, Ignacio P., que es hijo de Antonio P.G. Alcalde de Esplugues de Llobregat, y adquiere el 10% de las acciones, sin pagar precio alguno y es nombrado administrador solidario de la sociedad. El proyectado negocio, previo acuerdo de todos los implicados se instalaría en los terrenos pertenecientes a los Ayuntamientos de Esplugues, San Joan Despí y Sant Just Desvern, donde instalarían una estructura llamada "Autos Fira" para desarrollar el negocio de compra y venta de vehículos, solicitando para ello una licencia de obras e instalaciones. Esta licencia fue otorgada mediante Decreto Municipal por el Alcalde de Esplugues, padre de Ignacio P., junto a un informe favorable de la Comisión de Urbanismo de Barcelona, a cambio del pago de un canon de 4 millones de pesetas por el uso de los terrenos. Poco después de haberse otorgado dicha licencia, la Dirección General de Urbanismo dictó un informe en el que se ordenaba la suspensión de los efectos de la licencia anterior, ya que faltaba el informe favorable de los otros ayuntamientos, por que los terrenos pertenecían a tres municipios, Esplugues, San Joan Despí y Sant Just Desvern, y que afectaban a terrenos de dominio público, puesto

que su ocupación sólo puede darse cuando se otorgue una concesión administrativa.

Sin embargo el Alcalde de Esplugues, solamente subsanó el primer defecto, manteniendo inalterado el Decreto que había autorizado las obras, por lo que el pleno del Ayuntamiento de Esplugues, así como la Generalitat de Catalunya, presentaron recursos contencioso-administrativos contra la licencia. Tampoco se acreditó el pago del canon de 4 millones de pesetas por el uso y disfrute de los terrenos. Por todo ello, el Tribunal Supremo consideró demostrada la existencia de tráfico de influencias, ya que Ignacio P., Sergio E. y José Francisco A., han pretendido llevar a cabo su proyecto de negocio, prevaliéndose de la relación familiar que existía entre el hijo Ignacio P y su padre Antonio P.G. Alcalde de Esplugues de Llobregat, sobre el que han influido, con el propósito de obtener los beneficios económicos que se perseguían.

**V.15.- Sentencia nº 1493/1999 del Tribunal Supremo, Sala 2ª de lo Penal, de 21 de diciembre de 1999.**

Número recurso: 1174/1998. Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Tourón.

**Delitos: Malversación de caudales públicos, cohecho, estafa y tráfico de influencias.**

De la exposición de hechos se tiene, que el procesado llamado Benito, tras su nombramiento como Director General de la Guardia Civil, desde el 4 de noviembre de 1986 hasta el 7 de diciembre de 1993, en que cesó en su mandato, desarrolló una incesante actividad delictiva amparado en su cargo público, con la finalidad de enriquecerse ilícitamente, apropiándose de fondos público destinados a los gastos reservados. Así mismo, exigió y obtuvo de las empresas constructoras, que pretendían ser adjudicatarias de los contratos de obras de la Guardia Civil, el pago de elevadas comisiones a cambio de tales adjudicaciones, también consiguió de otras empresas mediante engaño, el pago de determinadas sumas de dinero para la prestación de unos supuestos servicios de seguridad que no se efectuaron, ocultó un considerable patrimonio y para ello creó una sociedad denominada "Europe Capital" para cobijar en ella parte de sus ilícitas ganancias, además llegó a servirse de otros colaboradores para esconder su patrimonio en otros Bancos de España y Suiza.

Al margen de este amplio historial delictivo, centrándonos sólo con respecto al delito de tráfico de influencias, resulta interesante el análisis de la STS 1493/1999, de 21 de

diciembre de 1999, que plantea la aplicación del principio de “lex praevia”, y sus consecuencias lógicas. En este caso se trata de un funcionario público, que influye en otro funcionario prevaliéndose de su cargo para obtener una resolución favorable. Habiendo por ello la SAP de Madrid, Sección 6ª, 75/1998, de 24 de febrero de 1998, absuelto al acusado del delito de tráfico de influencias, en razón a que dicha conducta se había producido antes de la promulgación de la Ley Orgánica 9/1991, en aplicación del principio de “lex praevia”, según el cual no se puede condenar a alguien, por un delito que en el momento de cometerse no estaba tipificado como delito en el código penal. El hecho de que en el momento de la comisión del delito en el año 1988, el tráfico de influencias no estuviera configurado como delito en el código penal, implica que castigar esta conducta, fuese contrario a los principios de legalidad y de retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de los derechos consagrados en los artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución española. Puesto que el criterio para determinar la aplicación temporal de la ley penal, es el de realización de la acción y no el de producción del resultado, por lo que dichas acciones que se cometieron antes de su tipificación aunque tengan consecuencias futuras, deben quedar impunes. Por este motivo, el Tribunal Supremo ratificó la absolución del acusado por el delito de tráfico de influencias.

No obstante y sin perjuicio de que el Tribunal Supremo, en el pronunciamiento de la sentencia, se sustentó en la aplicación del principio de la “lex praevia”, el Ministerio Fiscal presentó un recurso de casación ante el Tribunal Supremo, por que considera que la conducta del acusado Manuel Ll. B., funcionario público, es constitutiva del delito de tráfico de influencias, por que éste era quién recomendaba la adjudicación de las obras a favor de las empresas “Construcciones Salido. S.A.” y “Construcciones Brues S.A”, al actor principal Benito, Director General de la Guardia Civil, cabeza visible de todo el entramado de corrupción en el presente caso. Las empresas favorecidas con la adjudicación de la obras, eran propiedad de José S. y Antonio P. respectivamente, con los que Manuel Ll. tenía una estrecha relación de amistad y de negocios. El argumento que se sostuvo en contra de la opinión del Ministerio Fiscal, fue la existencia de una situación de inferioridad jerárquica entre el funcionario Manuel Ll. y Benito Director General de la Guardia Civil, que pone en duda la efectiva capacidad de persuasión o de influencia, a pesar de que las empresas mencionadas fueron favorecidas como

resultado de la intermediación realizada, con lo que puede quedar acreditada la existencia de dicha influencia, en la que se cumple la concurrencia de los elementos del tipo penal. Como ya se pronunció sobre un caso similar la STS 1312/1994, no resulta suficiente influir en el funcionario público o autoridad, sino que se requiere la concurrencia de una situación de prevalimiento que derive del cargo o de una relación jerárquica o personal entre ambos. En el presente caso la situación de prevalimiento no deriva de una posición de jerarquía, pero sí de la posición del cargo y de la relación personal, por lo que no se puede excluir la tipicidad del delito.

**V.16.- Sentencia nº 1637/1998 del Tribunal Supremo, Sala 2ª de lo Penal, de 8 de marzo de 1999.**

Número recurso: 1502/1998. Ponente: D. Gregorio García Ancos.

**Delitos: Tráfico de influencias y fraude.**

El recurso de casación, por infracción de ley y quebrantamiento de forma, interpuesto por la acusación particular de la Asociación de Vecinos, así como el interpuesto por los acusados, Joan V.C. y Jesús Ángel, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 4 de febrero de 1998, que condenó a los citados acusados por el delito de tráfico de influencias al primero, y al segundo por el delito de fraude.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, declara como hechos probados, que el acusado Joan V.C., era propietario de una finca rústica de una extensión aproximada de 65 hectáreas de superficie, ubicado en el término municipal de Sant Pere de Torelló (Barcelona). El citado Joan V.C. que pasaba por dificultades económicas y deseaba vender su finca, cuyo valor en aquellas fechas era de ochenta millones de pesetas, por este motivo ofreció vender su finca y mantuvo conversaciones con Jesús Ángel, Alcalde del municipio de Sant Pere de Torelló, quién aceptó la compra de la finca por razones de amistad y confianza. El Alcalde presentó un proyecto para realizar en esos terrenos una residencia de ancianos, hecho que fue ratificado posteriormente por unanimidad en el pleno del municipio.

Por ello. La Audiencia Provincial consideró suficientemente acredita la influencia del particular sobre el Alcalde, por lo que condenó al particular, a la pena de dos meses de arresto mayor y suspensión del derecho de sufragio pasivo por el tiempo de la

condena, además de una multa de 67 millones de pesetas. En el recurso de casación interpuesto por el condenado, se argumentó la aplicación indebida del Art. 404 bis b) del código penal de 1973, por que el Tribunal, no puede realizar un encaje jurídico de los hechos supuestamente infringidos, con lo establecido en la norma penal, ya que consideran, que no ha mediado influencia alguna por parte del acusado sobre el Alcalde.

Sin embargo, el Tribunal Supremo viene ha reforzar la argumentación sostenida por la Audiencia Provincial de Barcelona, que considera probado los hechos que derivaron en la comisión del delito de tráfico de influencias, y por tanto confirman la sentencia dictada por esta instancia. En este supuesto se trata de una persona particular, que se pone en contacto con la autoridad, en este caso con el Alcalde de Sant Pere de Torelló y aprovecha su estrecha relación personal, para conseguir que éste dicte una resolución favorable que le permita obtener un beneficio económico, y que se materializó en el pago de 147 millones de pesetas por parte del municipio, cuando su valor real en el mercado, de la finca de 65 hectáreas propiedad de Joan V.C., en esos momentos eran sólo de 80 millones de pesetas. Por todo ello, el Tribunal Supremo, ha desestimado fundadamente el recurso interpuesto por el procesado, y ha confirmado la sentencia condenatoria dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona.

## VIII.- CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

Primera.- Una de las anomalías que presenta el código con respecto al delito de tráfico de influencias, es que sólo se confiere tutela jurídica a una de las vertientes del principio de imparcialidad en la actuación administrativa de los funcionarios públicos. Esta tutela parcial del código penal español, nos muestra la ausencia que existe en la previsión típica de la conducta del funcionario público que se deja influir por situaciones ajenas a los intereses públicos y adopta una resolución favorable. Pensamos que la conducta del funcionario influido es claramente punible y por lo tanto su actuación debe ser también objeto se sanción penal al igual que la del influyente.

Segunda.- Proponemos para facilitar la aplicación y la interpretación de los delitos de tráfico de influencias en sentido estricto, establecer una sistemática similar ha aquella que existe desde la reforma del código penal de 2010 para el delito de

cohecho. Esto es, que se considere dentro de estos delitos, el tráfico de influencias activo y pasivo, el tráfico de influencias propio e impropio y el tráfico de influencias para obtener beneficios por acción u omisión del funcionario influido, Con ello se solventaría no solamente el problema de la impunidad del funcionario influido, sino también los problemas relativos a la interpretación del concepto de resolución, y si esta ha de ser contraria a derecho, o es que también entrarían las resoluciones ajustadas a derecho que por supuesto, supongan algún beneficio patrimonial para el influyente o para un tercero. Así también, si entrarían en el tipo el caso de las resoluciones omisivas, la demora o agilización de expedientes y la consecución de informes favorables.

Tercera.- Así mismo, es preciso señalar que hubiera resultado mucho más adecuado políticamente diferenciar entre aquellas modalidades que consisten en influir a través del abuso de las facultades del cargo que deberían constituir un tipo agravado, y el tráfico de influencias con prevalimiento de una relación personal, supuesto que debería integrar en este caso el tipo básico.

Cuarta.- Las legislaciones extranjeras mencionadas anteriormente, como ejemplo en la regulación del delito de tráfico de influencias, nos debe servir como una referencia útil para establecer la gran diferencia que existe con el código penal español, en cuanto a la política legislativa y criminal respecto de estos delitos, de modo que los avances alcanzados en este campo nos debe servir para revisar e impulsar una verdadera legislación penal que establezca penas rigurosas y eficaces para sancionar a los funcionarios públicos, autoridades y personas particulares por la comisión de estos delitos que se han expandido en la esfera de la Administración Pública

Quinta.- Las normas penales vigentes, han resultado insuficientes e inaplicables a ciertas conductas delictivas, que se han especializado y han evolucionado con las frecuentes prácticas delictivas, para retraerse con cierta facilidad del alcance y las sanciones que establecen las previsiones legales. Es así que muchas conductas quedan fuera del alcance de estas normas y por consiguiente no son constitutivas de delito, como es el caso de los actos preparatorios en la comisión del delito de tráfico de influencias. Por ello se requiere modificar la configuración de estos delitos con el objeto de establecer una nueva tipificación que abarque a todas las conductas que estén orientadas a la obtención de beneficios o ventajas con independencia del ámbito donde se lleven a cabo y las modalidades que se empleen para la comisión del delito.

Sexta.- El delito de tráfico de influencias sobre todo con las últimas jurisprudencias a pasado prácticamente ha dejar de ser operativo como uno de los instrumentos legislativos más importantes en la lucha contra la corrupción política en el país. Por lo que surge la imperiosa necesidad de asumir con voluntad política y reflexionar sobre la urgente necesidad de optar, bien por un cambio legislativo o bien por una reorientación jurisprudencial del mismo, que supere las posiciones jurídicas arcaicas sustentadas en concepciones medievales, con el objeto de percibir mejor la evolución delictiva de estos delitos, acorde con la situación socio-política actual y las concepciones modernas que se vienen desarrollando en otras legislaciones extranjeras avanzadas.

Séptima.- Además debemos indicar, que la tipificación de los delitos de tráfico de influencias comprendidos en el Art. 428, 429 y 430 del código penal no se ajusta a la normativa internacional, conforme dispone entre ellos el Art. 18 de la Convención de la ONU contra la corrupción, de 31 de octubre de 2003, el Art. 12 del Convenio penal del Consejo de Europa sobre la corrupción, de 27 de enero de 1999. Así mismo se constatan los efectos de las deficiencias normativas que dificultan la investigación y el procesamiento de estos delitos, debido a su pésima y defectuosa configuración. En cuanto a la interpretación jurisprudencial de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, se adoptan concepciones diferentes y confunden dos planos distintos de la conducta delictiva, entre influir en otro para conseguir una resolución, con influir directamente para obtener la resolución. La jurisprudencia aún no asimila la propia doctrina administrativa del término “resolución”, en la que ciertos “actos administrativos” son equiparables a una resolución o llegan a tener los mismos efectos. Además conviene aclarar que el término resolución no se emplea en otras legislaciones para tipificar estos delitos, en el nuestro parece que ha sido impuesto ha propósito como un filtro de tipificación de estos delitos, para evitar la punibilidad de ciertas conductas arraigadas en la Administración Pública.

## CONCLUSIONES GENERALES

PRIMERA.- Como introducción preliminar al tema central resulta necesario tratar sobre el significado de función pública, con el objeto de ilustrar el concepto propio de función pública, desde la óptica del Derecho penal, a partir de los siguientes criterios:

El criterio del elemento teleológico, define a la función pública, atendiendo a los fines que persigue el Estado: Como las funciones inherentes al Estado que se deben proyectar al servicio del bien común o la satisfacción de las necesidades colectivas.

El criterio formal, define a la función pública, atendiendo a la actividad pública que se desempeña o se desarrolla.

El criterio mixto, que es la combinación del criterio teleológico y funcional, define a la función pública, como aquella actividad del Estado que consiste en legislar, juzgar y ejecutar para el cumplimiento de sus fines.

Por tanto, se entiende que la función pública se desempeña observando las normas y principios que establecen las leyes y la CE, para garantizar el recto funcionamiento de la Administración Pública y servir con objetividad los intereses de la colectividad.

SEGUNDA.- En cuanto al concepto de funcionario público, nos remitimos a lo dispuesto por el código penal que ha optado por una definición amplia ha efectos penales, en virtud ha lo dispuesto en el Art. 24. Que define: Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas. O también, la definición del concepto penal de funcionario público: Se considera funcionario público a efectos penales a todo aquél que participe en la Administración Pública, habilitado por cualquiera de los títulos que establece el Art. 24 del CP.

TERCERA.- Con respecto a la corrupción, es una práctica social que se lleva a cabo al amparo del pacto y el secretismo de sus participantes, de forma poco transparente,

por lo que desde el punto de vista político-criminal, este tipo de conductas dudosas gozan de mayor impunidad, precisamente por el carácter discrecional, resulta difícil observar y cuantificar estos comportamientos. De modo que, la corrupción es un fenómeno complejo, bastante difícil de medir y demostrar, debido a las múltiples causas que confluyen en su gestación. Por ello, intentar sistematizar y explicar todas las condiciones que contribuyen a su aparición y desarrollo, es una labor complicada, aunque de forma general se puede señalar que las causas principales que explican la corrupción se deben a: Factores culturales, sociales, económicos y políticos.

CUARTA.- El Derecho Penal es el instrumento jurídico más enérgico del que dispone el Estado para evitar las conductas que resultan indeseables socialmente. Pero es importante entender que este instrumento no es el único del que dispone el Estado para el control social de la conducta de los individuos. El Derecho Penal no constituye una garantía absoluta para resolver el problema de la corrupción, requiere además del concurso de medidas y mecanismos de control eficaces para proteger y garantizar las bases constitutivas de un Estado Social y Democrático de Derecho.

QUINTA.- Se hace necesario abordar desde una perspectiva político-criminal la lucha contra esta lacra social y exigir ab initio una intensa labor de concienciación de la sociedad en cuanto a la importancia y gravedad del fenómeno y la inadmisibilidad de que las relaciones de los ciudadanos con la Administración Pública y también en el sector privado, se vean distorsionados por la intervención de personas o entidades dotados de poder económico o político, que influyen en aquellos funcionarios con capacidad de decisión para resolver determinados asuntos y favorecer los intereses espurios de corruptos y corruptores.

SEXTA.- El tratamiento del delito de tráfico de influencias en el Código Penal, todavía descansa sobre los pilares tradicionales de su configuración y mantiene aún el pensamiento y criterios empíricos que se han adoptado en su momento por los legisladores, dotándole de una configuración estructural incongruente y ficticia que desnaturaliza la figura auténtica del tráfico de influencias, habiéndose limitado a legislar los efectos finales del delito, sin tomar en consideración aquellos hechos o actos preparatorios que se fecundan en la fase inicial entre los sujetos a través de pactos o acuerdos, para llevar a cabo los planes propuestos con el objeto de obtener los beneficios que se persiguen. Por ello, proponemos la modificación estructural que

abarque y permita precisar el delito de tráfico de influencias en la extensión total de su ámbito real, sin parámetros condicionantes para la imputación de conductas delictivas, en coherencia con los avances de la doctrina penal universal.

SÉPTIMA.- En cuanto a las formas de ejecución, los delitos del Art. 428 y 429 del CP, son infracciones de mera actividad que se consuman en el momento en que se influye en el funcionario público o autoridad con los fines descritos en cada uno de estos tipos. Es irrelevante por ello a los efectos de consumación del delito, que se llegue a obtener o no el beneficio económico perseguido. Ninguna de estas conductas admite formas imperfectas de ejecución y menos aún, la conducta descrita en el tipo penal del Art. 430 del CP, que constituye un acto preparatorio de los dos tipos anteriores, elevado a la categoría de delito autónomo por el legislador. Tampoco existe en estos delitos, ninguna tipificación de las fases de provocación, conspiración y proposición, que en consecuencia deben entenderse como actos preparatorios impunes (conforme al texto de los artículos 17.3 y 18.2 del CP).

OCTAVA.- Respecto al bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias, se mantienen distintos criterios con posiciones divergentes en la doctrina. No obstante, consideramos que la imparcialidad y el interés general de la colectividad, constituyen los pilares básicos del bien jurídico afectado por el delito de tráfico de influencias. Ya que las decisiones públicas están en el centro de interés de la protección penal, y por lo tanto entran en consideración los principios constitucionales que orientan la actividad administrativa. De modo que, la imparcialidad se vulnera en el momento que se adopta una decisión contraria a las normas establecidas, y ello afecta directamente el interés común de la colectividad como sujeto destinatario. El ejercicio de la función pública no sólo se debe apoyar en las reglas o formas correctas de actuación, sino que se debe observar y acatar las normas y principios establecidos por la Constitución y las Leyes.

NOVENA.- En principio, en coherencia con la doctrina estamos de acuerdo en la determinación concreta del bien jurídico, pero no en la diversidad de dichos bienes. De modo que, si se quiere precisar en esta línea para cada tipo penal, nuestra posición con respecto a la identificación del bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias es: “la imparcialidad y objetividad en el ejercicio de la función pública”, tratándose de los artículos 428 y 429 del CP, y “el interés común de la colectividad” para el caso del Art. 430, pero en ambos casos se debe considerar el interés general

de la colectividad, por ser la esencia y el destinatario final de los ataques. Es más, el delito de tráfico de influencias debería tener un mismo bien jurídico para los tres tipos penales y no crearse una incertidumbre dogmática al respecto, a falta de una adecuada identificación del mismo.

DÉCIMA.- No obstante, independientemente de la posición expresada en el sentido de la doctrina mayoritaria, nuestra propuesta sostiene que el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias, es concretamente: “La imparcialidad y el interés general de la colectividad”, porque con la comisión de este delito se vulnera el principio de imparcialidad y objetividad en el ejercicio de la función pública y se afecta al interés general de la comunidad, especialmente tratándose de los delitos del Art. 428 y 429 del CP. Coincidiendo con la opinión mayoritaria, estamos de acuerdo con que el bien jurídico es: “la imparcialidad y la objetividad de la función pública”. Pero proponemos que también debe considerarse como bien jurídico en estos delitos, “el interés común de la colectividad”, por que con la comisión de este delito se afecta esencialmente al interés general y la colectividad es quién sufre el menoscabo de sus bienes y derechos como destinatario final de los ataques. En el caso del Art. 430 del CP cuando se trata de la participación de personas particulares en el ofrecimiento o compra venta de influencias, si bien no se afecta al principio de imparcialidad y objetividad de la función pública, por que inicialmente no existe ninguna relación directa con la Administración Pública, pero a posteriori todas esas conductas o acuerdos se proyectan a ella, por lo tanto, afectarán siempre al interés general de la colectividad, como destinatario final de los ataques. Por que, todos los actos de influencia terminan siempre vinculando o comprometiendo ha la Administración Pública.

DÉCIMOPRIMERA.- En consecuencia, con la protección de la “imparcialidad y el interés general de la colectividad” como bien jurídico, se abarcaría de modo uniforme la totalidad de los tipos penales que comprende el delito de tráfico de influencias, que se sostiene en el fundamento “político-criminal” de que la Administración Pública, es una organización jurídico-política del Estado, es un instrumento y un medio para el cumplimiento de sus fines. Por ello, la Administración Pública nace para servir y defender los intereses generales, y por tanto, a quién tiene y debe servir es a “los intereses generales de la colectividad”. Por que “la sociedad es el fin supremo del Estado y las Leyes”, y es a la colectividad a quién se le debe brindar toda clase de

protección, es ella la que sufre en última instancia el ataque y la violación de sus bienes y derechos, y el Estado es quién tiene la obligación moral y legal de brindarle dicha protección.

DÉCIMOSEGUNDA.- El tráfico de influencias es una de las formas sistematizadas de corrupción arraigada en la actividad pública, que fue siempre y seguirá siendo una práctica habitual y el medio adecuado de los particulares y funcionarios públicos para obtener beneficios o ventajas de la Administración Pública, mientras no se apruebe una verdadera legislación penal que castigue con penas graves la comisión de estos delitos. En coherencia con los progresos legislativos alcanzados en otros Estados, donde se han tomado verdaderas decisiones políticas y legislativas para sancionar con rigor estos delitos, estableciendo castigos mayores para los autores del delito.

DÉCIMOTERCERA.- No obstante, es preciso señalar, las penas que establece el código penal para el delito de tráfico de influencias, al margen de las dificultades que implica su aplicación, éstas resultan demasiado generosas o ínfimas para los autores de estos delitos, que no se corresponden de ninguna manera con la gravedad delictiva y los perjuicios que ocasionan. La legislación penal requiere una revisión y modificación urgente en cuanto a la sanción penal de estos delitos, que esté a la altura de las legislaciones avanzadas y dotarse de una legislación penal que establezca sanciones severas y efectivas para disuadir estos delitos de guante blanco.

DÉCIMOCUARTA.- Proponemos para facilitar la aplicación y la interpretación de los delitos de tráfico de influencias en sentido estricto, establecer una sistemática similar al que se dio con la reforma del código penal de 2010 para el delito de cohecho. Esto es, que se considere dentro de estos delitos, el tráfico de influencias activo y pasivo, el tráfico de influencias propio e impropio y el tráfico de influencias para obtener beneficios por acción u omisión del funcionario influido, Con ello se solventaría no solo el problema de la impunidad del funcionario influido, sino también los problemas relativos a la interpretación de la resolución, cuando es contraria a derecho, o si entrarían en el tipo las resoluciones ajustados a derecho, las resoluciones omisivas, la demora o agilización de expedientes y la consecución de informes favorables.

DÉCIMOQUINTA.- Las normas penales han resultado insuficientes e inaplicables a ciertas conductas delictivas, que se han especializado y han evolucionado con las frecuentes prácticas delictivas, para evitar el alcance y las sanciones que establecen

las previsiones legales. Es así que muchas conductas quedan fuera del alcance de estas normas y por consiguiente no son constitutivas de delito, como es el caso de los actos preparatorios en el tráfico de influencias. Por ello, se requiere modificar la configuración de estos delitos con el objeto de establecer una nueva tipificación que abarque a todas las conductas que estén orientadas a la obtención de beneficios o ventajas con independencia del ámbito donde se lleven a cabo y las modalidades que se empleen para la comisión del delito.

DÉCIMOSEXTA.- El delito de tráfico de influencias sobre todo con las últimas jurisprudencias a pasado prácticamente ha dejar de ser operativo como uno de los instrumentos legislativos más importantes en la lucha contra la corrupción política en el país. Por lo que surge la imperiosa necesidad de asumir con voluntad política y reflexionar sobre la urgente necesidad de optar, bien por un cambio legislativo o bien por una reorientación jurisprudencial del mismo, que supere las posiciones jurídicas arcaicas sustentadas en concepciones medievales, con el objeto de percibir mejor la evolución y expansión delictiva de estos delitos, acorde con la situación socio-política actual y las concepciones modernas que se vienen desarrollando en otras legislaciones extranjeras avanzadas.

## RESUMEN

El presente trabajo titulado “Estudios sobre la evolución doctrinaria y legislativa del delito de tráfico de influencias”, es el resultado de una ardua labor de investigación científica, basada en el conocimiento y la información recogida de la doctrina penal, la jurisprudencia y el Derecho Comparado, con el objeto de profundizar y consolidar un estudio científico sobre la esencia nuclear del delito de tráfico de influencias, y formular iniciativas o planteamientos jurídico-doctrinarios que contribuyan a las iniciativas de revisión y modificación de la configuración típica de los delitos de tráfico de influencias. Con la finalidad de corregir ciertas incongruencias legislativas existentes con relación a ciertos aspectos o elementos del delito, como: La defectuosa configuración de los tipos penales, la impunidad del funcionario influido, la determinación de bienes jurídicos diversos en los delitos del Art. 428 y 429 del CP, la indeterminación del bien jurídico protegido en el del Art 430 del CP, las contradicciones doctrinarias en la determinación del sujeto pasivo, la atipicidad de los actos preparatorios y similares, el problema de la interpretación e inclusión de la resolución y el aspecto de la sanción penal. Por ello, este trabajo de investigación se ha estructurado de la siguiente manera:

El trabajo consta de tres partes, cada uno de los cuales comprende dos capítulos.

I.- La primera parte, titulado: “Aspectos preliminares al estudio del delito de tráfico de influencias”, como indica su nombre, es un tema preliminar que se trata de forma ligera y superficial, simplemente por la relación intrínseca que mantiene con el tema central, a su vez comprende dos capítulos: El primero, con la rúbrica de: “Nociones conceptuales de función pública y funcionario público”, en el que primeramente se dan los conceptos de función pública, el acceso a la función pública, principios rectores de la función pública, la actividad funcional y otros. Igualmente, nos ocupamos, sobre aquellos aspectos relativos a la figura del funcionario público, concepto penal, fundamentos de

la interpretación penal, el ejercicio de la función pública, se ha tratado este capítulo de modo referencial, más que todo por el rol o la importancia que significa la condición de funcionario público en los delitos contra la Administración Pública y concretamente cuando son considerados autores en los delitos de tráfico de influencias. Por otro lado, en el Capítulo Segundo, titulado “Excurso sobre el fenómeno de la corrupción”, que es otro tema preliminar de introducción y referencia al tema central, también nos hemos referido de forma superficial sobre lo que significa y representa el fenómeno de la corrupción en la sociedad actual, su importancia y repercusiones en la sociedad actual, su presencia en la esfera de la Administración Pública, los factores que han contribuido a la expansión del fenómeno, la participación de funcionarios y particulares en los actos de corrupción, las iniciativas internacionales contra la corrupción. De este modo, el fenómeno de la corrupción se ha tratado prácticamente desde el punto de vista sociológico, sin entrar en detalles sobre el tema medular, puesto que se trata de un tema muy amplio que requiere un estudio específico.

II.- La segunda parte, con la rúbrica de “El delito de tráfico de influencias en el código penal español”, es la parte inicial del tema central que nos ocupa, comenzamos haciendo referencia como es costumbre a la introducción y las consideraciones generales sobre aspectos genéricos, que nos abre una visión global sobre el estudio del delito. El mismo que integra los capítulos. Tercero, denominado, “Consideraciones generales sobre el delito de tráfico de influencias”, en el que hacemos referencia como punto de partida, a los antecedentes históricos del delito, con el objeto de conocer el origen o el nacimiento de esta figura delictiva, que por su puesto se remonta a la época del Derecho Romano, en la época del Emperador Alejandro Severo, que castiga por traficar con influencias a Verconio turino, a morir con el humo de paja húmeda. Luego, se hace mención cronológica a la historia legislativa por los que ha transcurrido el delito desde su primera introducción en el código penal hasta el momento actual, se trata de forma general los aspectos legislativos, la configuración de los tipos delictivos, las observaciones doctrinarias sobre la configuración del delito, posiciones o criterios que se mantienen con respecto a ciertos elementos o aspectos. En sí, este capítulo es más que todo, de análisis global sobre el delito de tráfico de influencias. Y el Capítulo Cuarto, titulado “La descripción del delito de tráfico de influencias”, entramos a la parte esencial del trabajo de investigación, en el que se hace un estudio exhaustivo del

delito, para ello empezamos tratando sobre el concepto y objeto material del delito, en primer lugar, se da una definición sobre el significado del delito y se corrobora con las referencias que se hacen en cuanto al objeto material del delito, seguidamente, nos avocamos al conocimiento de uno de los aspectos más importantes y discutidos en la doctrina penal, que es el bien jurídico protegido en el delito de tráfico de influencias, para ello, se contrastó las distintas posiciones que se plantean al respecto y se rescató aquellos criterios que se sustentan con mayor coherencia jurídica, y cuya aportación es muy valiosa para la identificación del bien jurídico protegido. Se alcanza una iniciativa para la identificación del bien jurídico concreto para estos delitos, que se sustentan en los fundamentos que se exponen al efecto en el correspondiente capítulo. En este capítulo también se trata sobre la conducta típica del delito, el significado y la definición del verbo rector “influir”, los aspectos que caracterizan la acción de la influencia, las conductas objeto de sanción penal y las conductas atípicas no punibles. Así mismo, se trata de forma integral sobre los sujetos del delito, distinguiendo tanto el sujeto activo, como el sujeto pasivo del delito, en cuanto al sujeto activo que son los funcionarios públicos y las personas particulares no existe ningún inconveniente, el problema se presenta en la determinación del sujeto pasivo, que desde nuestro punto de vista intentamos identificar para los tres tipos de tráfico de influencias, sin embargo en la doctrina aún se mantienen posiciones divergentes en cuanto a la determinación del sujeto pasivo en estos delitos. Con relación al tipo subjetivo no existe inconveniente alguno, ya que en este caso hay consenso en admitir que este delito es doloso y no admite la conducta imprudente. En cuanto a la intervención de las personas jurídicas se establece la responsabilidad penal de estas y por lo tanto son objeto de sanción penal, y precisamente se introdujo recientemente una modificación sobre la misma, por medio de la LO 1/2015, de 30 de marzo.

III.- La tercera parte, titula “La estructura legislativa del delito de tráfico de influencias”, en esta última parte, se trata concretamente sobre la forma como se ha diseñado la estructura típica de estos delitos, y por otro lado aquellos aspectos relativos a la política legislativa y criminal que a su vez comprende dos capítulos. El Quinto, que lleva la denominación de “Las modalidades típicas en el delito de tráfico de influencias”, en este capítulo se estudia concretamente las tres modalidades delictivas que están tipificadas en el código penal, como delitos autónomos con sus propias características

peculiares, aunque en lo sustancial los dos primeros tipos son muy similares y solo se diferencian en el sujeto activo del delito. Así las modalidades típicas son:

1.- El ejercicio de influencias de funcionario público o autoridad sobre otro funcionario o autoridad, previsto en el Art. 428 del CP.

2.- El ejercicio de influencias de personas particulares sobre funcionario público o autoridad, previsto en el Art. 429 del CP.

3.- El ofrecimiento de influencias a particulares o tráfico de influencias entre personas particulares, previsto en el Art. 430. Se han estudiado a cada uno de los tipos penales de forma independiente y de forma similar con el objeto de definir a cada uno de ellos, y así mismo exponer el significado de cada tipo penal, el tipo objetivo de la conducta típica, el tipo subjetivo, sujeto activo, el sujeto pasivo. Por último, en el Capítulo Sexto, titulado "Política legislativa y criminológica de la regulación positiva del delito de tráfico de influencias". Se trata sobre los aspectos relativos a la evolución positiva alcanzada hasta el momento en la regulación del tráfico de influencias, así como las críticas o las observaciones formuladas a la legislación actual de estos delitos, también se hace referencia a los factores que han contribuido para la regulación autónoma del delito. Así mismo, se hace referencia a la legislación del tráfico de influencias en el Derecho Comparado, las diferencias considerables que existen en cuanto a la configuración del delito y la imposición de penas. Y finalmente, la posición y los criterios que se vienen manejando en la jurisprudencia con respecto a estos delitos, se destaca la valiosa pero escasa jurisprudencia existente al respecto. De este modo concluimos el resumen del presente trabajo, que espero sea de utilidad.

## OVERVIEW

This work entitled "Studies on the doctrinal and legislative evolution of the offence of trading in influence", is the result of a hard work of scientific research, based on knowledge and information collected from the criminal doctrine, jurisprudence and comparative law, with the aim of deepening and consolidating a scientific study about the nuclear essence of the offence of trading in influence, and formulate juridico-doctrinarios approaches, or initiatives that contribute to the initiatives of review and modification of the typical configuration of the crimes of influence peddling. In order to correct certain existing legislative inconsistencies with respect to certain aspects or elements of the crime, such as: the defective configuration of criminal types, influenced official impunity, the existence of different legal goods, the indeterminacy or absence of legal protected in the case of the Art 430 of the COP, the doctrinal contradictions in the determination of the taxable the atipicidad of the preparatory and similar acts, the problem of interpretation and inclusion of resolution and the appearance of the criminal sanction. Therefore, this research work has been structured in the following way:

The work consists of three parts, each of which comprises two chapters.

I. the first part, entitled: "Preliminary aspects to the study of the offence of trading in influence", as its name suggests, is a preliminary issue that is light and superficial, form simply by the intrinsic relationship that keeps with the theme, in turn comprises two chapters: the first, with the heading: "Conceptual notions of public service and public servant" which first brings the concepts of public service, access to the civil service, guiding principles for public service, civil service activity and others. Also, we deal with, on all aspects relating to the figure of public official, criminal concept, foundations of the criminal interpretation, the exercise of the civil service, has been treated this chapter of referential mode, most of all for the role or importance which means the status of public

official in the crimes against the public administration and in particular when they are considered authors in the crimes of influence peddling. On the other hand, in the second chapter, entitled "Excursus on the phenomenon of corruption", which is also another preliminary issue of introduction and reference to the central theme, we referred to superficially on what it means and represents the phenomenon of corruption in our society, its importance and impact in today's society, its presence in the field of public administration, the factors that have contributed to the expansion of the phenomenon, the participation of officials and individuals in corruption, international initiatives against corruption. Thus, the phenomenon of corruption has been treated almost from the sociological point of view, without going into details on the core topic, since it is a very broad topic that requires a specific study.

II-the second part, with the heading of "The offence of trading in influence in the Spanish penal code", is the initial part of the central theme that occupies us, we started referring as usual to the introduction and general considerations on generic aspects, which opens an overview of the study of crime. The same one that integrates the chapters. Third, so-called, "General considerations on the offence of trading in influence", which we refer as a starting point, to the historical background of the crime, in order to know the origin or the birth of this criminal figure, which of course goes back to the time of Roman law in the time of Emperor Alejandro Severo, which punishes for trafficking with Verconio influences turino to die with the smoke from wet straw. Then, make mention of chronological has the legislative history that has elapsed the crime since its first introduction in the criminal code until the present time, is generally the legislative aspects, the configuration of criminal types, doctrinal observations on setting up crime, positions or criteria that are maintained with respect to certain elements or aspects. In itself, this chapter is mostly global analysis, on the offence of trading in influence. And the fourth chapter, entitled "The description of the offence of trading in influence", we enter the essential part of the research, in which an exhaustive study of crime, becomes so we started dealing with the concept and material object of the offence, in the first place, is given a definition on the meaning of crime and was corroborated with references that are made in terms of the material object of the offence then, have sought to the knowledge of one of the most important and discussed the criminal doctrine, whereas the legal protected in the offence of influence peddling,

therefore is contrasted the different positions that arise in this regard and is rescued those criteria that are based with greater legal consistency, and whose contribution is invaluable for the identification of the jury well protected. An initiative for the identification of the particular legal right for these offences, which are based on the fundamentals that are exposed to the effect in the corresponding chapter is reached. This chapter is also on the typical behavior of the crime, the meaning and the definition of the governing verb "influence", the aspects that characterize the action of the influence, the conduct subject to criminal sanction, and not punishable atypical behavior. It's comprehensively on the subjects of crime, likewise, distinguishing the active subject, both the passive subject of the crime, in terms of the subject asset that are public officials and private individuals there is no problem, the problem arises in the determination of the taxable person, which, from our point of view, we are trying to identify the three types of influence peddling. However in the doctrine are still divergent positions regarding the determination of the taxable person in these crimes. In relation to the subjective type there is no problem, since in this case there is consensus to admit that this offence is intentional and reckless conduct is not supported. Regarding the intervention of legal persons establishing the criminal responsibility of these therefore are subject to criminal sanction, and just recently introduced an amendment on it, by means of the the 1/2015, March 30.

III. the third part, titled "The legislative structure of the offence of trading in influence", in this last part, is specifically about the way how the typical structure of these offences these, and on the other hand those aspects of legislative and criminal policy which in turn comprises two chapters is designed. The first, carrying the name of "The typical modalities in the offence of trading in influence", this chapter is specifically studied three criminal modalities that are criminalized in the penal code, as autonomous crimes with their own peculiar characteristics, although substantially the first two types are very similar and differ only in the active subject of the offence. Thus the typical modes are:

1. the exercise of influences of public official or on other official or authority, provided for in article 428 of the CP.
2. the exercise of influence of individuals on public officer or authority, referred to in article 429 of the CP.

3. the offer of influences to individuals or influence peddling between individuals, provided for in Art. 430. In each of the criminal types have been studied independently, and similarly in order to define each one of them, and also develop the meaning of each criminal type, the target type of the typical behavior, subjective, subject type active, the taxable person. Finally, in the sixth chapter, entitled "Legislative and policy criminological positive of the offence of trading in influence regulation", deals with aspects relating to the positive developments achieved so far in the regulation of traffic of influences, as well as criticisms or observations made to the current of these crimes legislation, also refers to the factors that have contributed to the autonomous crime regulation , on the other hand refers to the legislation of the traffic of influences in comparative law, the considerable differences that exist in terms of the configuration of the crime and sentencing. And finally the position and the criteria which you come driving in the jurisprudence with respect to these crimes, stands valuable but scarce existing case law in this regard. This will conclude the summary of this study, which I hope will be useful.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- ÁLVAREZ GARCÍA F.J. "La reforma de 2010 del código penal", *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, Nº 1, Madrid 2011.
- ASÚA BATARRITA, A. "Delitos contra la Administración Pública". Bilbao 1997, Dpto. de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid (pp.16-115).
- BECCARIA, C. "De los delitos y las penas", Alianza editorial, Madrid 1986.
- BACIGALUPO, E. "Sobre la reforma de los delitos de los funcionarios", *documentación jurídica, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia*, Madrid 37-40/1983.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. "Anotaciones sobre el delito de tráfico de influencias, delitos de los funcionarios públicos", Madrid 1994.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y Otros, "Comentarios al código penal", 1ª edición, Madrid 2007.
- BLANCO LOZANO, C. "Tratado de derecho penal español", tomo II, el sistema de la parte especial, volumen 2, delitos contra los bienes jurídicos, Barcelona 2005.
- CABELLO MOHEDANO, F. "Razón, bien jurídico y conducta típica en el delito tráfico de influencias", *Estudios penales y jurídicos, homenaje al profesor Casas Barquero*, Córdoba 1996.
- CARBONELL MATEU, J.C. / MORALES PRATS, F. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Comentarios a la reforma penal de 2010*, (Directores, ÁLVAREZ GARCÍA, F.J./GONZÁLES CUSSAC, J.L.), Valencia 2010.
- CASAS BARQUERO, E, "Tráfico de influencias", *Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor*, Universidad Santiago de Compostela 1989.
- CEREZO DOMINGUEZ, A.I. "La adaptación del sistema jurídico-penal español a las internacionales sobre corrupción administrativa", *Actualidad penal* núm. 21, 2001.
- COBO DEL ROSAL, M. (coordinador), CARMONA SALGADO, C. y OTROS, "Derecho penal parte especial", 2ª edición revisada, Madrid 2005.
- CUGAT MAURI, M. "La desviación del interés general y el tráfico de influencias", Barcelona 1997.
- DEMETRIO CRESPO, E. "La corrupción como freno decisivo a la consolidación del Estado de Derecho: Respuesta penal", *El Estatuto de Derecho Latinoamericano: Integración Económica y Seguridad Jurídica en Iberoamérica*, Madrid 2003.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. y OLAIZOLA NOGALES, I. "La evolución legislativa del delito de tráfico

de influencias”, en *actualidad jurídica Aranzadi* 223, Bilbao 1995.

DÍAZ GÓMEZ, A. “El modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, de 13 de agosto de 2013.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J. “El delito de corrupción en las transacciones internacionales”. *La Ley* 2007, Madrid 2007.

DOLZ LAGO, MANUEL JESÚS, *Fiscal del Tribunal Supremo*, artículo publicado, “La corrupción en la vida pública: Los delitos de tráfico de influencias”, Madrid 2014.

FABIÁN CAPARRÓS, E. “La corrupción política y económica: Anotaciones para el desarrollo de su estudio”, *la corrupción: Aspectos jurídicos y económicos*, Salamanca 2010.

FERRAJOLI, L. (Director, Andrés Ibáñez), *el Estado Constitucional de derecho de hoy, el modelo y su divergencia de la realidad*, corrupción y Estado de derecho, el papel de la jurisdicción, Madrid 1996.

GARZÓN VALDES, E. “Acerca del concepto de corrupción”, *claves de razón práctica número 56*, Madrid 1995.

GARCÍA ARÁN, M. “Los delitos de tráfico de influencias en el código penal de 1995”, en *los delitos contra la Administración Pública en el nuevo código penal*, Sevilla 1995.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. “Democracia, jueces y control de la administración”, *Civitas*, Madrid 1995.

GARCÍA PLANAS, G. “El nuevo delito de tráfico de influencias”, *Colegio de Abogados de Baleares*, Palma de Mallorca 1992.

GARCÍA VALDÉS, C. “Derecho penal práctico: parte especial”, edit. *Universitaria Areces*, Madrid 1999.

GARRIDO FALLA, F. “Comentarios a la Constitución”. 2º ed. Madrid 1985 (pp. 155 y ss.).

GÓMEZ-JARA DIEZ, C. y Otros, “Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *responsabilidad penal de las personas jurídicas: Aspectos sustantivos y procesales*, Madrid 2011.

GIMBERNAT ORDEIG, E. y Otros, “Código Penal, Concordancias y Jurisprudencia”. Madrid 2003.

GÓMEZ-JARA DIEZ, C. y Otros, “Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *responsabilidad penal de las personas jurídicas: Aspectos sustantivos y procesales*, Madrid 2011.

IVARZ RUIZ, J. y MANZANA LAGUARDA, R.S. “Responsabilidad disciplinaria de los empleados públicos”, *comentarios, doctrina y jurisprudencia*, Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del empleado público, Valencia 2008, (pp. 14-16).

LAMARCA PÉREZ, C. (coordinadora) y OTROS, “Delitos y faltas”, *La parte especial del derecho penal*, 2ª edición Colex, Madrid 2013.

LUZÓN PEÑA, D.M. “Actuación en interés propio en los fraudes de funcionarios”, del Art. 401 del código penal, *comentarios a la sentencia de 29 de Mayo de 1989, la Ley 4/1989 Madrid*.

MARTÍN MATEO, R. “Manual de Derecho Administrativo, 27ª edición, Pamplona 2008, pp. 217-221.

MORILLAS CUEVA, L. y PORTILLA CONTRERAS, G. “Los delitos de revelación de secretos, uso de información privilegiada, cohecho impropio y tráfico de influencias”, *Comentarios a la legislación penal*, tomo XVI, Madrid 1994.

MORILLAS CUEVA, L. (Director), SÚAREZ LÓPEZ, J.M., PÉREZ FERRER, F. y Otros, “Urbanismo y

corrupción política”, (una visión política, civil y administrativa), Dykinson, Madrid 2013. El mismo, “Reflexiones sobre el Derecho Penal del Futuro”, Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología.

MORALES PRATS, F. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, la reforma penal de 2010, Análisis y Comentarios (Director, QUINTERO OLIVARES, G.), Valencia 2010.

MUÑOZ CONDE, F. “Derecho penal parte especial”, 19ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia 2013.

MUÑOZ LORENTE, J. “Los delitos de tráfico de influencias”, (situación actual y propuestas de reforma en la lucha contra la corrupción), Eunomia, Revista en cultura de la legalidad nº 4, marzo-agosto, 2013.

NIETO GARCÍA, A. “Corrupción en la España democrática”, Barcelona 1997.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, “Los delitos relativos al tráfico de influencias”, Comentario a la Ley, Madrid 1998.

ORTS BERENGUER, E. y VALEIJE ÁLVAREZ, I. “Comentarios al delito de tráfico de influencias”, en Vives Antón (coordinador), comentario al código penal de 1995, Tirant lo Blanch, Valencia 1996.

POLAINO NAVARRETE, M. y Otros, “Lecciones de derecho penal parte especial”, Adaptado a la Ley 5/2010, de reforma del código penal, tomo II, Madrid 2011.

QUERALT JIMÉNEZ, J. “Derecho penal español parte especial”, 6ª edición Atelier, Barcelona 2010.

QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. “Comentarios al nuevo código penal”, Doctrina y jurisprudencia, 4ª edición, Cedecs, Barcelona 1996.

RAMOS RUBIO, C. “El delito de cohecho: Mano más dura todavía contra la corrupción nacional e internacional (Artículos 419-439 y 445)”, la reforma penal de 2010, Análisis y Comentarios (Director, Quintero Olivares, G.), Navarra 2010.

RAMPIONI, R. Voz “Millantato credito”. DIG. Milán 1993 (pp. 684-690).

ROLAND HEFENDEHL (Ed.), “La teoría del bien jurídico”, ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales S.A. Madrid 2007.

ROCA AGAPITO, M. “La influencia de la Unión Europea en la lucha contra la corrupción pública”, la adecuación del Derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea, la Política Criminal Europea (Coordinador, ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.), Valencia 2009.

RODRIGUEZ COLLAO, L. “Delimitación del concepto penal de la corrupción”, Revista jurídica de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXV edición, Valparaíso, Chile 2004.

RODRIGUEZ PUERTA, M.J. “Modificaciones en materia de cohecho”, Comentarios a la reforma penal de 2010 (Directores, ÁLVAREZ GARCÍA, F.J / GONZÁLES CUSSAC, J.L.), Valencia 2010.

ROMERO DE TEJADA, JOSÉ Mª. Artículo publicado, “El delito de tráfico de influencias en el ámbito de la Administración Local”, de la Fundación Democracia y Gobierno Local, de 24 de octubre de 2010.

SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.E. “Recientes iniciativas frente a la corrupción. La modificación de los delitos de cohecho y los delitos relativos a organizaciones y grupos criminales”, la nueva regulación de la corrupción, Servicio de Formación Continúa, Escuela Judicial, Madrid 2012.

SERRANO BUTRAGUEÑO, I. “Código penal de 1995 comentarios y jurisprudencia”, Granada 2002.

SERRANO GÓMEZ, A. y SERRANO MAILLO, A. “Derecho penal parte especial”, 16ª edición, Dykinson, Madrid 2011.

SILVA SÁNCHEZ, J.M. “La expansión del Derecho Penal, Aspectos de la política criminal en la

*sociedades post-industriales*”, Madrid 2001.

SUAREZ MONTES, R. “Consideraciones político-criminales sobre el delito de tráfico de influencias”, *Homenaje a la memoria del profesor Juan del Rosal*, Madrid 1993.

SÚAREZ-MIRA RODRIGUEZ, C. y Otros, “Manual de derecho penal tomo II parte especial”, 4ª edición, Navarra 2006.

TORRENTE ROBLES, D. “La inseguridad creada por la delincuencia económica transnacional”, *la inseguridad pública ante el Derecho penal* (Coordinador, CARPIO BRIZ, D.), Buenos Aires 2010.

VALEIJE ÁLVAREZ, I. “El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho”, *Edersa*, Madrid 1995.

ZUGALDIA ESPINAR, JOSÉ M. (director), PÉREZ ALONSO, ESTEBAN J. y Otros, “Derecho penal parte general”, *La teoría jurídica del delito*, 2ª edición Tirant lo Blanch, Valencia 2004.

## **JURISPRUDENCIA**

*AUTO del TS 5421/2014, de 1 de julio de 2014.*  
*AUTO de TS 4820/2014, de 16 de junio de 2014.*  
*SENTENCIA de la APB, de 28 de mayo de 2014.*  
*STS de 23 de julio de 2014.*  
*AUTO del TS de 18 de julio de 2013.*  
*STS 657/2013, de de julio de 2013.*  
*STS 624/2013, de junio de 2013.*  
*STS 300/2012, de 3 de mayo de 2012.*  
*STS 958/2012, de 4 de diciembre de 2012.*  
*STS 1026/2009, de 16 de octubre de 2009.*  
*STS 335/2006, de 24 de marzo de 2006.*  
*STS 480/2004, de 7 de abril de 2004.*  
*STS 537/2002, de 5 de abril de 2002.*  
*STS 184/2000, de 15 de febrero de 2000.*  
*STS 1493/1999, de 21 de diciembre de 1999.*  
*STS 1637/1998, de 8 de marzo de 1998.*