

GÉNESIS Y JUSTIFICACIÓN DEL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Carmen Ocaña Díaz-Ropero

Profesora Asociada

Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la UCM

El denominado delito de tráfico de influencias fue introducido en el Ordenamiento Jurídico español por L.O 9/1991 de 22 de marzo, que modificó los artículos 367,368 y 369 del Código Penal (creando el Capítulo XII del Título VII del Libro II relativo a esta materia).

Culminaba así un largo proceso emprendido el 25 de noviembre de 1987(Boletín Oficial de las Cortes de 11 de diciembre de 1987, serie D) con una Proposición no de ley, presentada por el entonces Grupo Parlamentario Coalición Popular en el Congreso, sobre modificación de la Ley de Incompatibilidades de Altos Cargos para que "las personas que hayan desempeñado cargo público de nombramiento por decreto o de carácter representativo no puedan ocupar puestos o desempeñar profesiones en las que ejerzan tráfico de influencias".

Esta proposición provocó la presentación por el Grupo Socialista de una enmienda y su discusión en el Congreso el 15 de marzo de 1988, creándose al mismo tiempo una Comisión de investigación sobre incompatibilidades y tráfico de influencias cuyo trabajo consistiría en analizar y valorar tanto la legislación vigente en España, como el Derecho comparado y delimitar el concepto de tráfico de influencias y su incidencia en las incompatibilidades.

El informe emitido por esta Comisión ¹ fue aprobado el 23 de junio de 1988, estableciendo en sus conclusiones la recomendación de arbitrar medidas de carácter preventivo tendentes a evitar la comisión de hechos que pudieran considerarse como tráfico de influencias.

Se requería así por la Comisión la adopción de un sistema de control de los Parlamentarios y Altos Cargos semejante a los que operan en otros países del ámbito cultural español (Derecho europeo y anglosajón). Modelos que están basados en la obligación de declaración de bienes antes, durante y después de ejercer el mandato, así como en la obligación de comparecencia por irregularidades detectadas ante comisiones de investigación y control, establecidas por las propias Cámaras de representantes. Se trata de complejos normativos de mayor o menor extensión tendentes, más que a solucionar los problemas derivados de los denominados conflictos de intereses, a evitar su aparición, que combinan la regulación de algunos tipos penales, semejantes a los que existen en la legislación española (fundamentalmente cohecho y prevaricación), con una ordenación, bastante más amplia que en nuestro ordenamiento, de carácter administrativo que contempla toda la materia relativa a incompatibilidades de Altos Cargos, declaraciones de bienes e incluso como en Estados Unidos, un verdadero Código deontológico de conducta pública ²

Junto con estas recomendaciones se contempla la posibilidad de controlar por Ley las actividades de interés o de presión (Lobbies) a la manera de otros países ³, posibilidad ésta que se apunta por el Grupo Popular a la hora de presentar su Proposición de Ley ⁴

¹Para un estudio detallado del informe, véase REVISTA DE LAS CORTES GENERALES, tomo 14(segundo cuatrimestre de 1988).Págs.97 y ss. Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid.

² Denominado "Code of Official Conduct" establecido en la Rule XLIII de las RULES OF THE HOUSE OF REPRESENTATIVES. Revista de las Cortes Generales ob. cit. pág.224

³Conclusión cuarta del informe Se refiere concretamente a EEUU, donde existe la "Federal regulati6n of Loobyng Act de 2 de Agosto de 1946.Revista...ob.cit. Pág. 208.

⁴ Proposición de Ley Orgánica reguladora del tráfico de influencias y del manejo de informaci6n privilegiada de 24 de enero de 1990. "(...) Es por ello necesario y urgente que el Derecho espa6ol contemple aquellas relaciones de influencias o presi6n r6cprocos entre los poderes p6blicos y los centros se decisi6n econ6mica..."

En la sesión de aprobación del informe de la Comisión se instaba al Gobierno a presentar antes de finales del año 1988 las necesarias Propuestas de Ley que hicieran efectivas las anteriores recomendaciones modificando la ley y arbitrando los instrumentos legales adecuados para concretar esta materia.

Esta obligación se incumplió por el Gobierno y pese a una iniciativa del Grupo Popular que el 12 de diciembre de 1989 presentó una Proposición de Ley Orgánica, habría que esperar a finales de este año para que se tomara de nuevo en consideración la recomendada reforma legislativa.

Así, los distintos grupos parlamentarios presentan sus respectivas proposiciones de ley que van dirigidas a la inclusión en el Código Penal de la figura del delito de tráfico de influencias y el uso de información privilegiada⁵, a excepción de las Proposiciones de Ley del Grupo Socialista en el Gobierno que centran la modificación en la reforma de las normas administrativas que controlan las actividades y bienes de Parlamentarios y Altos Cargos, determinando que se entienden por éstos. Estas últimas prosperan convirtiéndose en ley⁶ incidiendo sobre la normativa ya vigente en materia de incompatibilidades así como en la que determina la obligación de declaraciones de bienes de los altos funcionarios de la administración.

En este punto hay una cuestión de obligado planteamiento: qué es lo que lleva a la sanción penal del tráfico de influencias a pesar de las conclusiones de la comisión que hacen hincapié en la mayor eficacia de un régimen de incompatibilidades y control previo. reemos que puede tratarse de una respuesta legislativa a una inquietud y demanda de la sociedad española⁷, alarmada por el creciente número de casos aireados ante la opinión pública de un mal endémico en la Administración española y que los distintos grupos políticos que promueven estas reformas tratan de erradicar a la

⁵ La regulación de estas conductas había sido acordada en el Pleno que aprobó el informe de la Comisión.

⁶ Ley 9/1991 por la que se modifican determinados artículos de la Ley 25/1983 de 26 de diciembre de Incompatibilidades de Altos Cargos; e la Ley 7/1985 de 2 de abril reguladora de las Bases de Régimen Local ;de la Ley de Contratos del Estado y de la Ley 24/1988 de 28 de Julio del Mercado de Valores. ey que se publicó en el Boletín Oficial del Estado de 22 de marzo de 1991 junto con la Ley que introduce el nuevo delito de tráfico de influencias.

⁷ Como ejemplo la intervención del Sr. Del Burgo Tajadura, representante del Grupo Popular en el

vista de los excesivos, rápidos y fáciles enriquecimientos que han tenido lugar entre la clase política española en los últimos tiempos .

Aunque la ley reguladora del tráfico de influencias no contiene una Exposición de motivos, de la lectura de las incluidas en las distintas Proposiciones de Ley podemos deducir los fundamentos de la reforma

"Evitar conductas ilegítimas ante las Administraciones Públicas que comporten un beneficio propio o ajeno por parte de las Autoridades Públicas, electivas o no ,que las realicen en el ejercicio de sus cargos" ⁸ .

"Es necesario y urgente que el Derecho español contemple aquellas relaciones de influencia o presión recíprocas entre los poderes políticos y los centros de decisión económica que ,si bien son propias de una sociedad económica avanzada han de estar dotadas de la debida transparencia que asegure a los ciudadanos en su convicción de que a mayor democracia mayor honestidad en sus gobernantes y en el manejo de los intereses y fondos públicos"⁹

No obstante la reforma, el legislador es consciente de su limitación y demanda una más profunda revisión de la normativa que contiene las bases por las que ha de regirse la Administración Pública en el momento de las adjudicaciones directas y contratación, porque es aquí, dicen, donde verdaderamente se ejerce el poder de decisión y donde existe un desmesurado arbitrio que da lugar a abusos y no en el ámbito parlamentario. ¹⁰

Congreso recogida en el Diario de Sesiones de las Cortes nº 76 de 13 de diciembre de 1990

⁸ Proposición de Ley del Grupo parlamentario Catalán de 29 de enero de 1990.

⁹ Proposición de Ley Orgánica de 24 de enero de 1990 presentada por el Grupo Popular en el Congreso

¹⁰ Diarios de Sesiones del Congreso nº 13 de de Febrero de 1990, pág.449; nº 76 de 13 de diciembre de 1990, págs. 3819 y 3820; nº 1 65 de 7 de Noviembre de 1990 (discusión en comisiones);págs4955,4956 (intervención del Sr. Del Burgo) "...pero la corrupción anida en los aledaños del poder, donde hay capacidad de decisión respecto a grandes intereses económicos, y eso está en los Ayuntamientos, eso está en las Comunidades Autónomas y eso está en el Gobierno. Los que conceden recalificaciones de terrenos, los que conceden avales, subvenciones y otras ayudas financieras del sector público, los que conceden autorizaciones y concesiones administrativas son los que pueden caer en la tentación de la corrupción ,no precisamente los Diputados y Senadores que no tienen un poder efectivo y real que afecte a intereses económicos concretos ." "... Nosotros entendemos que es indispensable revisar la Ley de Contratos del Estado para evitar corruptelas o corrupciones en la adjudicación de obras, ya que no queda garantizada la adecuada transparencia en esas adjudicaciones. Pensamos también que el concepto de Alto Cargo y de sus intereses debe extenderse a familiares e hijos menores..."

En el mismo sentido Gimbernat Ordeig, en "El nuevo delito de tráfico de influencias" publicado en el diario "El Mundo" el 5 de febrero de 1990.

La reforma, según la opinión doctrinal mayoritaria, fue más nominal y simbólica que real, por cuanto, la legislación penal española reunía ya figuras delictivas suficientes para controlar este tipo de actividades y lo que falta es voluntad de aplicarlas ¹¹.

1. CONCEPTO

Conceptos como "tráfico de influencias " e "información privilegiada" son de difícil delimitación.¹²

Según el informe elaborado por la Comisión de investigación del tráfico de influencias ¹³ " no se trata de un concepto jurídico, sino propio de la vida política y social y cuyo mayor empleo se produce en el ámbito de los negocios, donde por cierto el problema de las influencias se plantea en términos radicalmente diferentes que en el ámbito de la Administración pública o de los poderes públicos, puesto que en la empresa privada los intereses en juego son por definición particulares. Por ello el concepto de tráfico de influencias carece de la delimitación rigurosa de la que con frecuencia hay que dotar a los términos jurídicos. No es siquiera un concepto jurídico indeterminado, pues como tal expresión ,la de tráfico de influencias no aparece recogida de ninguna forma en nuestro ordenamiento"¹⁴.

Se llega a la conclusión por parte de la Comisión de que es más fácil definir al tráfico de influencias por lo que no es, que por lo que es; señalando que no es una actividad delictiva, no es una actividad que infringe las normas y prohibiciones en materia de incompatibilidades, no es la llamada "influencia indebida", como especie de dolo contractual, y en definitiva, tampoco se trata de gestión de interés ajenos, privados o públicos, cuando existe legitimación para ello.

¹¹ Entre otros Gimbernat Ordeig en el artículo citado; Muñoz Conde "Nuevo delito de tráfico de influencias y abuso de información privilegiada". Valencia 1991 ; Jacobo López Barja de Quiroga, Manual de Derecho Penal (Parte Especial)Tomo III.Edt. AKal Iure.Madrid 1992.

¹² Revista de las Cortes nº 14, segundo cuatrimestre de 1988.

¹³ Revista de las Cortes, ob. cit.,pág197 y ss.

¹⁴ La dificultad y necesidad de delimitación del concepto aparece constantemente en las discusiones de

Por eso el concepto de tráfico de influencias está vinculado a un tipo de acción reprochable social y políticamente, pero que en el plano jurídico carece de sanción.

Esta reprobación social viene dada por su identificación con los conceptos de "abuso de poder", "desviación de poder", "apropiación prebendalista" o "parasitaria" de los organismos públicos, lesión de la imparcialidad o de la independencia de la actuación de los funcionarios públicos o, por lo menos, existencia de un conflicto de intereses públicos y privados.

Para una delimitación clara de la conducta hay que partir de la definición de cada uno de los vocablos: "tráfico" e "influencia".

"Traficar" significa "comerciar, negociar con el dinero y las mercaderías, trocando, comprando o vendiendo, o con otros semejantes tratos" y según el informe de la Comisión encargada de su estudio y definición, "se entiende por tráfico en particular el que no es lícito, el que es irregular o el que no se hace a la luz del día" y "traficante es el que trata de obtener algún provecho, ventaja o beneficio personal con motivo de un negocio".¹⁵

Por su parte, "influencia", es sinónimo de poder, autoridad, dominio, ascendiente, preponderancia o capacidad para determinar o modificar tendencias culturales, opiniones, actitudes, etc. Dejarse influir es sufrir la influencia de alguien y esta influencia constituye un poder para obtener algún resultado. Ejercer influencia es actuar directa o indirectamente sobre alguien para que se produzcan determinados efectos o contribuir con mayor o menor eficacia al éxito de un negocio. Al acuñar la expresión "tráfico de influencias", el poder en que consiste la influencia adquiere una connotación peyorativa por el hecho de la obtención de una ventaja personal en los casos en que no es considerada decorosa o decente al estimar, en conjunto, la conducta de una persona.

Teniendo todo esto en cuenta la Comisión de Investigación definió el "Tráfico de influencias" de un manera operativa y abierta", diciendo que se trata de actos o conductas no delictivas ni incursas en ilegalidad que pueden generar beneficio, ventaja

las Propuestas de Ley en el Parlamento.

o provecho particular, presente o futuro de carácter económico o no, para sí o para tercero, producido con ocasión del mandato parlamentario o el desempeño de un alto cargo, por medio del uso del prestigio social, las relaciones personales o la información obtenida o recibida por cualquier medio que el mandato o el cargo proporcionen".

Excepto la del Grupo Parlamentario Popular, ninguna de las Propuestas de Ley incluían una definición ¹⁶.

2. REGULACION POSITIVA DEL TRÁFICO DE INFLUENCIAS

A) ANTECEDENTES

El delito de tráfico de influencias, llamado por la doctrina italiana "venta de humo", tiene un antecedente histórico en el derecho Penal español en el Código de 1928 ¹⁷ y un antecedente inmediato en la propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983.

El primero de ellos con mucha mayor "precisión, claridad técnica y seguridad jurídica", castigaba en el artículo 467 la conducta de quienes "aparentando crédito, influencia, o relaciones cerca de un funcionario público, recibiere o se hiciese prometer dinero u otras cosas como recompensa de la indecisión o resolución favorable de un

¹⁵Revista de las Cortes Generales, ob, cit, pág.201.

¹⁶"Se entiende por tráfico de influencias, a los efectos de esta Ley, aquella actividad de aproximación, inducción o persuasión, ante la Administración o los Poderes Públicos, autoridades o funcionarios, o de intervención ilegítima en asuntos y negocios pertenecientes a la esfera pública, practicada con el fin de incidir en la formación de voluntad de los órganos administrativos o sus titulares y obtener de este modo beneficios patrimoniales para sí o para terceros".Boletín oficial de las Cortes nº 23 de 31 de enero de 1990.

¹⁷ Se menciona este antecedente histórico por el Grupo CDS en la intervención del Sr. Castedo Álvarez. Diario de Sesiones de las Cortes de 8 de Febrero de 1990.

asunto que de aquellos dependa, agravándose la pena establecida cuando el dinero o cosa se reclamaren para corromper o con objeto de remunerar a un funcionario público" ¹⁸. También los arts. 477, 478 y 479 regulaban algunas conductas de abogados y procuradores relacionados con el tráfico de influencias.

La Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983, incorpora en el art. 407 el tráfico de influencias como una modalidad delictiva, dentro de la figura genérica del cohecho; describe el tipo penal consistente en solicitar de terceros dádivas o presentes o aceptar ofrecimiento o promesa, ofreciendo hacer uso de influencias cerca de las autoridades, funcionarios o encargados de servicios públicos.

B UBICACION SISTEMATICA

La Ley Orgánica que regula las conductas que nos ocupan sitúa el nuevo Capítulo en el que se desarrollan en el Título VII del Libro II del Código Penal que lleva por rúbrica la de "Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos", siguiendo el criterio tradicional de atender a la cualidad del sujeto activo para agrupar este tipo de delitos .

¹⁸ Enrique Casas Barquero," Tráfico de influencias".Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor. Santiago de Compostela.1989

Supone este planteamiento una excepción al criterio clasificatorio que generalmente se sigue en otras materias que es atender al bien jurídico protegido, habiendo sido criticada por la doctrina española ¹⁹ ya que no todos los delitos contenidos bajo esta rúbrica tienen como sujeto activo al funcionario público (art 363 sobre la infidelidad de custodia de presos, art 391 relativo al cohecho del particular o art.361 que contempla la prevaricación de abogados y procuradores, por ejemplo) y por otra parte existen fuera del título VII otra serie de conductas cuyo sujeto es un funcionario público como las que se incluyen bajo el Título II, Capítulo II, sección II: "Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de las personas reconocidos por las leyes".

La doctrina reclama la sistematización de este tipo de delitos atendiendo al bien jurídico protegido por entrañar una mayor concreción, señalando también algún sector, que la creación de un Título de los delitos contra la Administración Pública, junto al de los que vulneran la Administración de Justicia y al de los que atacan a las Cortes, parece consecuencia lógica del principio de división de poderes, sobre el que se asientan las exigencias de un Estado de Derecho²⁰. Este es el criterio que se sigue en el Proyecto de Código Penal de 1990 que incluye los delitos que nos ocupan en los artículos 409, 410, 411 y 412 dentro del Capítulo VI dedicado al Tráfico de influencias, bajo la rúbrica del Título VI denominada "Delitos contra la Administración Pública".

Dada la gran heterogeneidad de los delitos agrupados bajo la rúbrica del actual Título VII, habrá que determinar en cada caso concreto el bien jurídico protegido aunque con carácter general, la doctrina ha venido señalando que el bien jurídico protegido es "el servicio que los servicios públicos han de prestar a la comunidad"²¹

¹⁹ Entre otros, Bacigalupo Zapater, "Estudios sobre la Parte Especial del Derecho Penal", Edt. Akal Lure, 1991, que cifra la base de su crítica en una falta de claridad del bien jurídico protegido; Casabó Ruiz, "Introducción al estudio de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos", en ESCRITOS PENALES, Edt. Colección de Estudios del Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal, Valencia 1979; Rodríguez Devesa, "Derecho Penal Español, (Parte especial)", Edt. Dykinson, Madrid 1990; Cobo del Rosal/Orts Berenguer en "Manual de Derecho Penal. Parte Especial". Edt. Tirant lo Blanch, Valencia, 1990., pág 440.

²⁰ Casabó Ruiz, Ob.cit. pág 193.

²¹ Vives Antón, citado por Orts Berenguer en Manual de Dº Penal ..Ob., cit pág 443.

.La tradición francesa mantiene que lo protegido es "el valor de la cosa pública" y en otros Derechos el objeto protegido es " el deber profesional, como en Suiza o "la firmeza de la Administración" en el Derecho italiano..

En cuanto al concepto de funcionario público a efectos penales, viene impuesto por el artículo 119 del texto punitivo y no coincide con el más restringido que utiliza el Derecho Administrativo. El párrafo tercero del art.119 dice que *"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"*.

Cobo del Rosal ha señalado que se trata de un concepto funcional y normativo, del que ha de partir el intérprete para delimitar el círculo de los sujetos activos de estos delitos²².

De acuerdo con Vives Antón, funcionario será, a efectos penales, aquél que realice una función pública que podemos delimitar por la concurrencia de tres elementos: subjetivo (la función ha de ser llevada a cabo por un ente público); objetivo (que realice actos sometidos al Derecho público); y por último un elemento teleológico (sería función pública aquella que persigue fines públicos).

Respecto al concepto de autoridad habrá que estar a lo que establecen los párrafos primero y segundo del artículo 119, que permanece prácticamente igual en el Proyecto de Código Penal de 1992, con la excepción de la ampliación del concepto a quienes formen parte de un "órgano colegiado" (art.23).

C) BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Cuestión polémica ha sido la del bien jurídico protegido en el tráfico de influencias, porque, si bien lo que movía a los grupos políticos era acabar con las prácticas ilícitas en el ejercicio del poder para provecho propio, en el momento de delimitar, desde un

²² Orts Berenguer, citando a Cobo del Rosal en Manual de Derecho Penal..ob.cit. Pág 444

punto de vista técnico jurídico, que es lo que se protege existen posturas distintas. Así para Izquierda Unida "(...) el objeto protegido no es la credibilidad de los políticos, el bien protegido es el Estado Social y Democrático de Derecho" ²³; "...la transparencia, la información y la claridad en la gestión de la Administración".²⁴

Para el Grupo Socialista "(...) el correcto funcionamiento de la administración de Justicia, la imparcialidad, y la transparencia, la eficacia, el servir con objetividad los intereses generales, todo esto que está en la Constitución, son los bienes jurídicos a proteger por los tipos penales, y también es un bien jurídico a proteger la igualdad de los ciudadanos..."²⁵

De las distintas posturas podríamos deducir que nos encontramos ante un tipo de los llamados pluriofensivos con el que se trataría de proteger ,no sólo la transparencia e independencia de la función pública ,sino también la situación de igualdad de los ciudadanos frente a ésta .No creemos sin embargo que la Administración de Justicia tenga que sufrir perjuicio por el tráfico de influencias y admitir ésto sería darle una amplitud excesiva por lo que, el correcto funcionamiento de la misma, quedaría fuera del ámbito de protección del tipo

D) TIPOS PENALES

Los preceptos incluidos en materia de tráfico de influencias en la Ley Orgánica aprobada tras la discusión en el Parlamento de las distintas proposiciones de Ley y las enmiendas de que fueron objeto, castigan dos tipos de actividades : el ejercicio del tráfico de influencias y el ofrecimiento de tal ejercicio. En el primer caso

²³Intervención del Sr.Castellano Cardalliaguet por I.U, al tiempo que acusaba a los demás grupos políticos de defender con el tráfico de influencias la obtención de un beneficio económico para una determinada persona, directa o indirectamente. Diario de Sesiones nº 13 de 8 de febrero de 1990.pág 14 .

²⁴Diario de sesiones nº167 de 7 de noviembre de 1990, pág. 4940. De nuevo en una intervención de I.U.

²⁵Intervención del Sr. Luna por el Grupo Socialista en el Congreso. Diario de Sesiones nº 76 de 13 de diciembre de 1990, pág.3818.

podemos, además, distinguir que la conducta se realice por funcionario público o autoridad o sea llevada a cabo por un particular.

Dicen los preceptos:

Artículo 404 bis a)

"El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario público o autoridad y consiguiera una resolución obteniendo por ello un beneficio económico para sí o para tercero ,será castigado con las penas de arresto mayor, inhabilitación especial y multa por el importe del beneficio obtenido".

Artículo 404 bis b)

"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 y consiguiera una resolución, obteniendo por ello un beneficio económico, para sí directa o indirectamente o para tercero, será castigado con las penas de arresto mayor y multa por el importe del valor del beneficio obtenido"

Artículo 404 bis c)

"Los que ofreciendo hacer uso de influencias cerca de las autoridades o funcionarios públicos, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración o aceptaren ofrecimiento o promesa ,serán castigados con la pena de arresto mayor. Si los hechos a que se refiere el párrafo anterior fueren realizados por profesional titulado, se impondrá, además, como accesoria la pena de inhabilitación especial

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

1) EJERCICIO DE INFLUENCIAS

Los dos primeros artículos castigan el mismo hecho, el ejercicio del tráfico, con la única diferencia del sujeto activo; así que en el caso del artículo 404 bis a) nos encontramos con un delito que consiste en la realización de la misma conducta que la descrita en el 404 bis b), pero cuyos sujetos activos son un funcionario público o autoridad en el primero y un particular en el segundo supuesto. Esta técnica nos parece defectuosa, si bien la podríamos justificar por el interés del legislador en reprimir estas prácticas cuando son efectuadas por quienes ejercen la Función Pública y que se manifiesta en la imposición de una sanción más grave cuando el sujeto activo reúne esta cualidad.

Tratándose de funcionario público o autoridad, no deberá tener en ningún caso el poder de decisión sobre el asunto concreto, puesto que es esta circunstancia lo que determina el acudir a su "influencia", para conseguir el beneficio perseguido.

La acción consiste en "influir", entendiéndose como tal la efectiva consecución de un cambio de decisión, una alteración de la voluntad de quien la sufre.

No se trata, dice Muñoz Conde, de penalizar una recomendación ,no es una simple influencia, sin más, puntualiza criticando a una parte de la doctrina ²⁶

Lo que venían a sancionar estos preceptos es la influencia real y efectiva "prevaleciéndose" de su situación, es decir, haciendo uso de una posición de superioridad que puede ser jerárquica, en el caso de tráfico entre funcionarios, o derivada de otra

²⁶ Crítica dirigida concretamente a Gimbernat Ordeig que pone como ejemplo de supuestos que podrían subsumirse en estos tipos la recomendación de un opositor."El nuevo delito...".Artículo cit.

relación personal. Entendiéndose así el prevalimiento en el mismo sentido que el concepto elaborado por la doctrina para el delito de estupro ,pudiendo derivarse éste en el caso de que no se dé una relación jerárquica, de una situación de convivencia, familiar, dependencia laboral o amistad ²⁷.El prevalimiento es , pues, el elemento que debe servir al intérprete para acotar el concepto de influencia punible de aquellas que supongan una simple influencia. De otro manera, la indicación o consejo, familiar o amistoso podrían quedar incluidos en el tipo, aun cuando no existiera una verdadera influencia ²⁸.

Por otra parte se trataría, según una parte de la doctrina, de delitos de estructura parecida a los de coacciones o amenazas, ya que suponen un ataque a la libertad de decisión por introducir en el ánimo elementos de juicio distintos de los intereses públicos ²⁹

La influencia ha de conseguirse haciendo uso de este prevalimiento, ya que la utilización de otros medios daría lugar a la existencia de injustos distintos, como por ejemplo, coacciones y amenazas, si se emplea fuerza física o moral (art 493 y ss);o cohecho si se ofrece dinero a cambio.

La acción puede realizarse actuando el funcionario público o particular directamente o a través de otra persona, produciéndose entonces lo que se ha denominado "tráfico de influencias en cadena" ³⁰, cuando el que ejerce el tráfico de influencias no se encuentra en una situación de prevalimiento respecto de aquel que toma la decisión, sino con relación a un tercer funcionario público que es en realidad quien ejerce la influencia sirviendo de "intermediario", y que, entendemos deberá responder también por el mismo delito.

Se configura así el ejercicio del tráfico como un delito de resultado en el que es

²⁷ Sentencias de 3 de octubre de 1981,11 de marzo de 1986,5 de marzo de 1985,22 de junio de 1984.

²⁸ Muñoz Conde, ob. Cit .págs.12 y13.

²⁹ Idem. Obra cit. pág 13.

necesario la confluencia de dos efectos para que se de la consumación: la obtención de una resolución y la traducción de ésta en un beneficio económico. Consideramos que ambos son elementos del tipo y no condiciones objetivas de punibilidad por lo cual la ausencia de cualquiera de ellos daría lugar a la aparición de formas imperfectas de ejecución.

En cuanto a la resolución, dado el significado de esta palabra que según el Diccionario de la lengua española en su quinta acepción significa "decreto auto o fallo de la autoridad gubernamental o judicial", creemos que no cabe aquella mera conducta de abstenerse de intervenir el funcionario público con lo que quedarían impunes estos supuestos.

Consecuencia directa de la resolución es la obtención de un beneficio económico que es la finalidad perseguida con estas conductas, debiendo existir una relación de causalidad entre el tráfico, la resolución y el beneficio sin que exista diferencia entre la obtención del mismo para el que realiza la conducta típica o para un tercero, así como el medio de obtenerlo puesto que se castiga igual si se consigue directamente o a través de un tercero interpuesto. El beneficio hemos de entenderlo en sentido amplio incluyendo en él no sólo el incremento patrimonial ,sino también el mantenimiento del mismo.

Desde el punto de vista de la culpabilidad, nos encontramos con un tipo exclusivamente doloso, en el que no cabe las formas imprudentes de ejecución. Naturaleza que se puede inferir de las palabras "influyere" y "prevalimiento" que implican una intención ³¹.La teoría del prevalimiento elaborada por la doctrina española en relación al estupro mantiene que no basta con que exista una superioridad sino que es necesario hacer uso consciente de ella ³².

³⁰ M. Conde."El delito de tráfico..."ob. cit.Pág 13.

³¹El grupo Parlamentario I.U. pedía además la inclusión de un elemento subjetivo del injusto que se reflejara mediante la expresión "para conseguir una resolución".Diario de Sesiones nº 76 de 13 de diciembre de 1990.,pág.3812.

³² Así por ejemplo Bajo Fernández /Díaz Maroto en " Manual de Derecho Penal (Parte Especial) -Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil. Edt. Centro de Estudios Ramón Areces.S.A. Madrid.1991

Respecto a las causas de justificación y de exclusión de responsabilidad, Muñoz Conde mantiene que difícilmente podrán invocarse en este delito aunque admite que tal vez por el particular podría recurrir a algo parecido a un estado de necesidad por no exigibilidad de un comportamiento distinto.

Finalmente y en relación al ejercicio de influencias, la pena impuesta a ambos supuestos es la de arresto mayor y multa, aplicándose además al funcionario o autoridad la de inhabilitación. Penalidad ésta que tal vez se podría haber aumentado para el caso del art 404 bis a), por cuanto la conducta nos parece más grave cuando es ejecutada por quien tiene más medios para ello.

2) OFRECIMIENTO DE INFLUENCIAS

El artículo 404 bis c) castigaba el simple ofrecimiento de influencias adelantando así la barrera de protección penal.

Este artículo presenta notables diferencias con los anteriores. En primer lugar, se trata de un delito común que podrá ser cometido por cualquiera, si bien hay que hacer una serie de puntualizaciones respecto al sujeto activo, derivadas de la curiosa regulación introducida. La conducta típica podrá ser realizada por particular o por funcionario, aunque éste deberá llevarla a cabo fuera del ejercicio de sus funciones porque, de otra manera, el legislador, siguiendo el criterio de los artículos anteriores, hubiera especificado la conducta delictiva de éstos. Se trata de una actividad que se desarrolla en el ámbito estrictamente privado, cuestión que hace plantearse a algún autor el porqué de su inclusión en este Título si el comportamiento castigado en el artículo que nos ocupa ni siquiera parece que lesione el mismo bien jurídico protegido por los otros dos.³³ y en todo aparece como un acto preparatorio muy alejado de la

³³ Muñoz Conde, ob. cit.,pág 15

lesión efectiva del bien jurídico, que hace discutible por su inclusión.

Por otro lado el párrafo segundo prevé el supuesto de que la conducta típica sea realizada por quien posee un título profesional, en cuyo caso, se le impondrá, además, la pena de inhabilitación. La redacción del precepto resulta un poco confusa por cuanto no aclara si se trata de todo tipo de profesionales o por el contrario, hemos de entender por éstos, aquellos a quienes su titulación y ejercicio profesional les facilita la comisión del delito. Creemos que es ésta y no otra la interpretación que debe hacerse del precepto ³⁴, teniendo en cuenta lo que establece el párrafo 2º del artículo 41 del Código penal que dice *"...Cuando esa pena tenga carácter accesorio, sólo se impondrá si la profesión u oficio hubieren tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia"*. Interpretación que además debe llevarse a cabo teniendo en cuenta el momento de preocupación social en que se produce la elaboración de la Ley y su finalidad, así como el hecho de que este tipo de prácticas se desarrollan normalmente por profesionales cercanos al poder. No se trata de gravar sin más la posesión de una titulación, si no se ha servido de ella para realizar la conducta y tiene relación con su actividad.

Quizá es esta imprecisión y confusión en cuanto a su interpretación lo que llevó a los redactores del Proyecto de Código Penal de 1992 a eliminar en la nueva redacción del delito que nos ocupa, toda referencia a la cualidad de profesional; supresión que constituye la única novedad de la tipificación respecto a la regulación actual (art.411).

Por último el párrafo tercero recogía el caso de que la influencia se haya llevado a cabo en el seno de una sociedad, empresa, organización o despacho, para cuyo supuesto se establece la posibilidad de imposición de medidas de seguridad consistentes en la suspensión de actividades y clausura de dependencias. Al igual que en el supuesto anterior, creemos que habrá que entender posible la aplicación de la sanción sólo en el caso de hallarse la empresa directamente involucrada en el tráfico de influencias, porque de otra manera podría darse la absurda situación de sancionar

³⁴ En este sentido López Barja de Quiroga en Manual de Derecho Penal (Parte Especial).Tomo III

por actividades estrictamente privadas y de particulares, a personas jurídicas que tal vez incluso las desconocen, con las graves consecuencias económicas que esto podría suponer.

En cuanto a la acción, consiste en el ofrecimiento de influencias cerca de funcionario o autoridad bien solicitando dádivas o presentes o cualquier otra remuneración, bien aceptando ofrecimiento o promesa. Cualquiera de las dos modalidades constituye el tipo del art.404 bis c).

Se trata en este caso, como en el anterior, de un delito en el que se exige la concurrencia en la comisión de dos sujetos, uno que hace el ofrecimiento y otro que lo acepta, configurándose como un delito de encuentro y participando así de la misma naturaleza que el cohecho.

De la letra de la ley se desprende que el sujeto activo es quien debe realizar siempre el ofrecimiento, presentándose así la cuestión de si quedan incluidos en el tipo aquellos supuestos en los que no es éste, sino quien supuestamente se va a beneficiar de ella y a pagar el "servicio" quien lo solicita.

El término "ofreciendo hacer uso" es sumamente impreciso en el sentido de que no aclara si debe tratarse de ofrecimiento de la influencia real o efectiva, es decir una verdadera situación de prevalimiento o bastará con fingir que se tiene; creemos que en este punto la influencia debe ser real porque en otro caso nos encontraríamos con un injusto distinto ya contemplado por nuestro Código penal que es la estafa agravada recogida en el artículo 529, nº6, a cuyo tenor: *" Son circunstancias que agravan el delito a los efectos del artículo anterior: (...)*

6º Cuando la defraudación se produzca traficando con supuestas influencias o con pretexto de remuneraciones a funcionarios públicos, sin perjuicio de la acción de calumnia que a estos corresponda."

Edit.Akal. Madrid 1992. El autor plantea algunos ejemplos que cuestionan la claridad de la regulación.

El tipo exige para su perfeccionamiento bien la solicitud de dádivas presentes o cualquier remuneración o la aceptación de ofrecimiento o promesa. En cuanto a la interpretación del término "dádiva" o "promesa habrá que acudir a los mismos criterios que se siguen respecto al cohecho y entender que se encuentran dentro de los mismos, no sólo aquello que pueda ser objeto de valoración económica, sino también cualquier ventaja o utilidad ,incluso la carnal, como ha interpretado el Tribunal Supremo.³⁵

Basta para la consumación del tipo que se acepte el ofrecimiento, no siendo necesario que la influencia se produzca efectivamente, ni que se llegue al "pago". Estamos así ante un delito de mera actividad, en el que sólo sería posible la tentativa, para un sector doctrinal.

Desde el punto de vista de la culpabilidad, es, como en el supuesto anterior, un delito doloso, en el que no cabe la comisión culposa por cuanto la conducta típica implica una confluencia de voluntades a la que sólo puede llegarse con la intención.

Respecto a la relación de este injusto con el ejercicio del tráfico pensamos que se encuentran en una situación de subsidiariedad por tener el delito del ar.404 bis a) y bis b) una más amplia aplicación, de manera que sólo podrá ser aplicado si no es posible demostrar que ha habido un provecho económico.

³⁵ Sentencia de 25 de Octubre de 1961.