

EL DELITO DE TRÁFICO DE INFLUENCIAS.

M^a ANGELES RODRIGUEZ RODRIGUEZ

**(Trabajo Fin de Grado en Gestión
y Administración Pública)**

Almería, 6 de junio, de 2013

**Director/a: Fátima Pérez Ferrer
Profesora Titular de Derecho Penal**

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objeto analizar el delito de “tráfico de influencias” recogido en los artículos 428 a 431 del Código Penal español, con el examen de cada uno de estos tipos delictivos. Se procederá al análisis de este delito en ámbito de la Administración Pública española y la regulación del mismo en el ámbito de la Unión Europea; y al análisis jurídico-penal examinando el bien jurídico protegido, la conducta típica, culpabilidad, autoría y participación, formas imperfectas de ejecución, penas impuestas a los sujetos responsables y el régimen concursal, y las cuestiones procesales, finalizando con la exposición de diversas conclusiones.

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN.....	5
1.	EL TRÁFICO DE INFLUENCIAS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA.....	5
1.1.	Distintos escándalos de tráfico de influencias en la Administración Pública española.....	8
2.	LA REGULACIÓN DEL TRÁFICO DE INFLUENCIAS EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA.....	12
2.1.	El delito de tráfico de influencias en la Unión Europea.....	15
II.	ANÁLISIS JURÍDICO-PENAL	16
1.	INTRODUCCIÓN.....	16
1.1.	La evolución legislativa del delito de tráfico de influencias en España.	16
2.	BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	20
3.	CONDUCTA TÍPICA.....	23
4.	CULPABILIDAD	31
5.	FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN	32
6.	AUTORIA Y PARTICIPACIÓN	35
7.	PENA Y CONCURSOS.....	36
8.	CUESTIONES PROCESALES.	47
III.	CONCLUSIONES.....	49
IV.	BIBLIOGRAFÍA.....	52

I. INTRODUCCIÓN.

1. EL TRÁFICO DE INFLUENCIAS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA.

La actualidad en la que nos encontramos emergidos da lugar a dudas de la eficacia de un Estado democrático y de derecho como es el nuestro, con numerosos escándalos de corrupción casi cada día, y que ha dado lugar a la regulación de estos tipos delictivos, y en concreto, a la regulación del tráfico de influencias, el cual, ha sido el tipo delictivo más reciente, introducido en nuestro Código Penal.

En el marco de la Administración Pública nos encontramos otros tipos delictivos que ponen en peligro el correcto funcionamiento de la misma, si bien, estos delitos ya se encontraban regulados antes que el tráfico de influencias, como pueden ser el cohecho, la prevaricación, la malversación de caudales públicos, delitos de corrupción de las transacciones comerciales internacionales, entre otros. Uno de los más frecuentes es el cohecho, con el que el tráfico de influencias se encuentra íntimamente relacionado. Mediante la regulación de estos delitos se pretende evitar la corrupción, que se da en la Administración Pública, en todos sus ámbitos.

La corrupción es un fenómeno social que asola nuestra sociedad, nuestras instituciones y que supone una perversión de la democracia y del Estado de Derecho, y por tanto, debe ser perseguida y regulada para garantizar que los ciudadanos puedan ejercer plenamente sus derechos como afirma la Constitución Española¹.

Por todos es sabido, que el artículo 103 de la Constitución Española garantiza que la Administración Pública sirva con objetividad a los intereses generales, intereses generales que son a veces convertidos en intereses particulares por parte de las personas encargadas de servir con objetividad y transparencia a los ciudadanos, y que de ser así debe ser sancionado conforme a nuestra legislación penal.

¹ Jiménez Franco, Emmanuel. “Administración Pública y Corrupción: iniciativas legislativas de lege ferenda para una nueva cultura de integridad”. *La ley Penal*, N° 5, Sección A Fondo, Quincena del 1 al 15 Mar. 2012, editorial LA LEY. Pág. 1.

En tiempos anteriores, el delito de tráfico de influencias ni siquiera existía, si existían el mal funcionamiento de la Administración y también casos de corrupción pero no salían a la luz, diversos motivos dieron lugar a su introducción, pero el que más motivó, a mi juicio, su entrada en nuestra legislación, sin duda fue la presión mediática de los medios de comunicación, éstos juegan un papel fundamental en la introducción de estos delitos ya que exponen continuamente, hoy en día, distintos casos de corrupción, como puede tratarse del caso Noos, aunque no todos los casos que nos encontramos de corrupción se trata de personajes públicos, también el tráfico de influencias se da en ámbitos no tan públicos.

Podemos decir, que se trata de un delito que ha sido recientemente introducido, un delito que antes ni siquiera se tenía en consideración junto con otros delitos de corrupción, y que ahora en el siglo XXI se ha puesto de “moda”.

Pero los medios de comunicación no son los únicos implicados en la regulación de estos delitos de corrupción, existen otros factores que también han contribuido a la regulación de los mismos entre los que nos encontramos:

- El Estado, ya que se ha convertido en un gran empresario, debiendo acometer grandes proyectos de obras públicas y servicios de gran necesidad provocando la intervención de los funcionarios públicos de cierto nivel en una actividad empresarial.
- El crecimiento de las privatizaciones, ya que para desarrollar las distintas actividades, la empresa privada está mejor preparada, y por tanto, es aconsejable privatizar esta actividad y transferirla a las mismas, dando lugar al aprovechamiento de las influencias y relaciones económicas político-privadas.
- La proliferación de empresas con capital público. Se trata de empresas sometidas a la legislación mercantil, en las que se intenta una transposición de preceptos mercantiles a sus órganos de gestión, y en las que se rompe una regla de oro en la actividad empresarial como es la relación entre costes, gastos y beneficio; algo ajeno a la Administración, la cual solo debe atender el servicio público y la contención de gastos para el ciudadano. La presencia de estas empresas es creciente, sobre todo en el ámbito local, apareciendo como sociedades mercantiles, pero cuyos consejos de administración se forman por personas

designadas en razón de sus cargos públicos, y además gestionando los fondos públicos con escaso control por parte de los ciudadanos.

- Por último, la presión mediática. En este factor nos encontramos a los medios de comunicación, como ya se ha indicado antes, gracias a su intervención distintos escándalos de corrupción salen a la luz, ya que hoy en día los grandes escándalos económicos se rodean de sospechas sobre la intervención u omisión de las autoridades o funcionarios públicos, poniéndose su responsabilidad pública en entre dicho².

Los graves escándalos de corrupción que sacuden diariamente los medios de comunicación, con un continuo goteo de irregularidades en diversas Administraciones Públicas han creado un sentimiento de rechazo de la ciudadanía hacia la burocracia política fundamentalmente³.

De otro lado, el tráfico de influencias se encuentra íntimamente relacionado con los lobbys, siendo calificados como el quinto poder influyente después de los medios de comunicación, estos grupos de presión son definidos por la Real Academia Española como “grupo de personas influyentes, organizados para presionar en favor de determinados intereses”.

Normalmente estos grupos de presión ejercen su actividad 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, pero es la falta de regulación de estos grupos de presión lo que hace que sean confundidos y calificados como tráfico de influencias. Este no es el único problema entre ambos conceptos, también el desconocimiento de los mismos lleva a esta confusión, el lobby defiende sus intereses exponiendo sus argumentos ante el poder, mientras que el tráfico

² Romero de Tejada, José María. “El delito de tráfico de influencias en la Administración Local”. *Cuadernos de derecho local*. Número 24, 2010, págs. 66 y 67.

³ Jiménez Franco, Emmanuel. “Administración Pública y Corrupción: iniciativas legislativas de lege ferenda para una nueva cultura de integridad”. Cit., pág. 8.

de influencias es aquella conducta por la que el funcionario público o autoridad busca sacar provecho de su puesto⁴.

Por lo tanto, existe una clara distinción entre lobby y tráfico de influencias, es en éste donde existen otros elementos que hacen clara la distinción, los cuales serán analizados con posterioridad.

En la actualidad, el Presidente del Gobierno anunció en el debate sobre el Estado de la Nación una regulación de estas prácticas, que esperemos tengan su fruto, y por fin dejen de confundirse con el delito de tráfico de influencias, si bien en otros países ya se encuentran reguladas este tipo de prácticas, como en el caso de Estados Unidos, en este país comenzaron a regularse desde 1888, siendo su última modificación en 1995.

En España son numerosos los delitos de corrupción que se dan, a diario, los medios de comunicación se hacen eco de noticias relacionadas con escándalos de corrupción en nuestro país.

A continuación, analizaremos distintos casos donde nos encontraremos presunta y no tan presuntamente, el delito de tráfico de influencias tanto en la Administración estatal, autonómica o local.

1.1. Distintos escándalos de tráfico de influencias en la Administración Pública española.

En el año 2009, la entonces Ministra de Defensa, Carmen Chacón, fue denunciada por el Sindicato Colectivo de Funcionarios Públicos “Manos Limpias”, por un presunto delito de tráfico de influencias debido a los intereses de su esposo en empresas involucradas en la guerra por la TDT de pago y al voto de la ministra en el Decreto que regula ese tipo de televisión⁵. En la denuncia propuesta por “Manos Limpias” se manifiesta que la entonces, Ministra de Defensa habría incurrido presuntamente en un delito de tráfico de influencias por los siguientes motivos:

⁴ Romero de Tejada, José María. “El delito de tráfico de influencias en la Administración Local”. cit., pág. 65 y Díaz Maroto y Villarejo, Julio. “Sobre la práctica del lobby y los delitos de tráfico de influencias”. *La ley Penal*, Nº 7286, Sección Doctrina, Noviembre 2009, editorial LA LEY. Pág. 1.

⁵ <http://www.manoslimpias.es/index.php/prueba/298-posible-delito-de-trafico-de-influencias>

En primer lugar, con fecha 13 de Agosto de 2009, se aprueba en Consejo de Ministros un Real Decreto-Ley, reguladora de la concesión de ámbito estatal, la prestación del servicio de TV digital terrestre de pago, mediante acceso condicional con la participación de la denunciada. En segundo lugar, alegan que el Real Decreto-Ley beneficia de inmediato y de manera directa a la promotora Mediapro, y a la Cadena de TV La Sexta, ya que habían concertado en exclusiva los derechos televisivos del fútbol de 1ª división de la Liga Española y la retransmisión de la Fórmula-1 donde juega un papel determinante el marido de la Ministra, Miguel Barroso, ya que éste había desempeñado el puesto de Secretario de Estado de Comunicación y por sus intereses económicos y participación tanto en la creación de la Cadena La Sexta y su participación . a través de sociedades intermediarias, en el capital de la promotora Mediapro. En tercer lugar, alegan que el Real Decreto-Ley supone una norma que beneficia, con anterioridad y prácticamente con monopolio, a una promotora Mediapro y a una cadena televisiva La Sexta, donde la pieza clave ha sido el cónyuge de la Ministra de Defensa. Por último, el sindicato concluye que se aprueba con carácter de urgencia la Norma para poder los beneficiarios hacer “caja” a partir del 1º de Septiembre de 2009, comienzo de las competiciones de fútbol.

En el año 2012, el ex presidente balear, Jaume Matas, es condenado por distintos delitos de corrupción entre los que se encuentra el tráfico de influencias⁶. La primera sentencia del “caso Palma-Arena” establece la pena de seis años de prisión para el ex presidente balear por los delitos de tráfico de influencias, fraude de la Administración, falsedad documental, malversación y prevaricación. Y concretamente a nueve meses de prisión por el delito de tráfico de influencias.

Así lo manifiesta la sentencia de la sección primera de la Audiencia Provincial de Mallorca de 19 de marzo de 2012 “en concepto de autor de un delito tráfico de influencias agravado, sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena 9 meses y 1 días de prisión; multa en cuantía de 6.000 E y, en caso de impago, a una responsabilidad personal subsidiaria de 1 mes ; inhabilitación especial para cualquier cargo electivo por tiempo de 4 años, 6 meses y 1 día, referido a la Administración Pública autonómica, insular o municipal, así como la pérdida de los honores y

⁶<http://www.lne.es/espana/2012/03/21/seis-anos-prision-matas-trafico-influencias-fraude-malversacion-prevaricacion/1217209.html>

atenciones protocolarias pertinentes establecidas en la Disposición Adicional Primera de la Ley 4/2001 de 14 de marzo del Gobierno de les Illes Balears, parcialmente modificada por la Disposición Final Tercera de la Ley 4/2011 de 31 de marzo”.

Aunque hay que señalar que finalmente no entró en prisión al haber interpuesto sus abogados recurso de casación contra dicha sentencia ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, y considerar el Ministerio Fiscal, que entre tanto, al no apreciar riesgo de fuga, debía permanecer en libertad⁷.

En el año 2013 y después de diez años de instrucción, se abre el juicio oral contra Carlos Fabra, ex presidente de la Diputación de Castellón, por distintos delitos de corrupción. Fabra será juzgado por un delito de tráfico de influencias, corrupción y delito fiscal⁸.

El 'caso Fabra' arrancó en diciembre del año 2003 cuando Vicente Vilar, un empresario de Castellón y hasta entonces amigo íntimo de Carlos Fabra, se querelló contra el entonces presidente de la Diputación de Castellón por, según acusaba, haberle cobrarle cantidades millonarias a cambio de su mediación ante los ministerios para legalizar los fitosanitarios que fabricaba su empresa.

La Fiscalía asegura que el día 12 de julio de 1999 Fabra mantuvo una reunión con el entonces ministro de Agricultura Jesús Posadas, el ex secretario de Hacienda y diputado del PP Juan Costa, el diputado Juan José Ortiz y el senador Miguel Vicente Prim, en la que se abordó la solicitud de Vilar.

El 18 de octubre de ese mismo año, la empresa de Vilar obtuvo la licencia para comercializar los productos, tras lo que Fabra le pidió que le pagara 25 millones de pesetas, según el fiscal.

Un mes después de la primera denuncia, el Juzgado de Instrucción 1 de Nules ya ordenaba investigar a Fabra por supuestos delitos contra la Administración Pública (cohecho, tráfico de influencias y negociaciones prohibidas).

⁷http://www.diariodenavarra.es/noticias/mas_actualidad/nacional/la_fiscalia_pedira_prision_para_matas_hasta_que_haya_una_sentencia_firme_74521_1031.html

⁸<http://www.elmundo.es/elmundo/2013/03/22/valencia/1363951149.html>

A finales de 2012, la alcaldesa de Montcada i Reixac (Barcelona), María Elena Pérez, defendió su inocencia en su declaración ante el juez de la 'Operación Mercurio' y ha negado irregularidades en el proceso de contratación de una trabajadora, por el que se le imputa un presunto delito de tráfico de influencias⁹.

En marzo de 2013 es imputado por tráfico de influencias en el marco de la Operación Mercurio a Daniel Fernández, Diputado del Parlamento Catalán y ex secretario de organización de PSC. Según el auto, "puede considerarse indiciariamente que, atendiendo a la relación de prevalencia que ostentan Daniel Fernández, Manuel Bustos y Francisco Bustos sobre la alcaldesa de Montcada i Reixac, éstos ejercieron presión que influyera e intercediera en favor de la candidata Carmina Llumà, y removiera los obstáculos como el informe previo de la empresa de selección que la declaraba 'no apta', que impedían su nombramiento"¹⁰.

En el mes de abril de 2013, la infanta Cristina es imputada por un presunto delito de tráfico de influencias. El juez Castro estima que hay indicios de que la infanta Cristina pudo consentir que su parentesco con el rey fuera utilizado por Iñaki Urdangarín y su socio, Diego Torres, en las actividades de Nóos¹¹. Poco después, en el mes de mayo, la Audiencia Provincial de Mallorca deja en suspenso la imputación de la Infanta Cristina¹².

En marzo de 2013, la Fiscalía pide al Tribunal Supremo que abra el suplicatorio por presuntos delitos de prevaricación y tráfico de influencias, contra Jose Blanco, ex ministro de fomento. Así lo ha anunciado Blanco después de que se haya conocido que el fiscal Manuel Jesús Dolz ha solicitado a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que pida el suplicatorio al Congreso para proceder contra el exministro por los delitos de tráfico de influencias y prevaricación de los que está imputado en relación con la

⁹ <http://www.rtve.es/noticias/20121202/alcaldesa-montcada-niega-traffic-influencias-se-imputa/580382.shtml>

¹⁰ <http://www.libertaddigital.com/espana/2013-03-15/el-tsjc-imputa-al-numero-dos-del-psc-por-traffic-de-influencias-1276484987/>

¹¹ <http://www.lavozdegalicia.es/noticia/espana/2013/04/03/infanta-cristina-imputada-traffic-influencias-noos-urdangarin/00031364989018350392939.htm>

¹² http://politica.elpais.com/politica/2013/05/07/actualidad/1367920720_841568.html

presunta trama de tráfico de influencias para la obtención de ayudas públicas desarticulada en la Operación Campeón¹³.

Pero el delito de tráfico de influencias no se produce solamente en los personajes públicos más conocidos. Diversas sentencias demuestran que el tráfico de influencias se encuentra en lo más profundo de nuestra Administración Pública. Así lo pone de manifiesto la distinta jurisprudencia referente a este delito¹⁴.

Como se ha podido apreciar con el contraste de diversas noticias y la mención de distinta jurisprudencia, el delito de tráfico de influencias, es un delito con el que nos encontramos cada día en la sociedad española; un delito que, como se demuestra, es necesario que sea regulado en nuestra legislación penal.

2. LA REGULACIÓN DEL TRÁFICO DE INFLUENCIAS EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA.

Uno de los objetivos para lograr la creación y salvaguardia de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia es la prevención y la lucha contra la corrupción, mencionado en el artículo 29 del Tratado de la Unión Europea. De este modo, la Unión Europea ha tomado distintas medidas para llevar a cabo esa prevención. El Consejo de Europa creó un Plan de Acción para luchar contra la delincuencia organizada abogando en el mismo por una política global de lucha contra la corrupción¹⁵. Para atender a una mayor regulación de los delitos contra la Administración Pública el Consejo de Europa creó el Convenio Penal sobre Corrupción, la introducción del mismo dio lugar a la reforma del Código Penal español, entre otras cosas.

¹³ <http://www.galiciadigital.com/noticia.7224.php>

¹⁴ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de marzo de 1998; Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 25 de septiembre de 2006; Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 25 de diciembre de 2002; Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2006; Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1994; Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de abril de 1999, ente otras.

¹⁵ http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=es&type_doc=COMfinal&an_doc=2003&nu_doc=317

Una de las justificaciones de la reforma de la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal fue, precisamente, la regulación de los delitos de corrupción en atención a los compromisos internacionales, derivados del Convenio Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa, de 27 de enero de 1999, firmado el 10 de mayo de 2005, produciéndose su ratificación el 28 de abril de 2010¹⁶.

El condicionante más directo de esta reforma, llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, ha sido el Informe de Evaluación aprobado el 15 de mayo de 2009 por el GRECO¹⁷, sobre la situación de corrupción en España y sobre la homologación internacional de la regulación penal española sobre el cohecho y el tráfico de influencias. El Informe recomendaba al Gobierno español proceder urgentemente a la ratificación del Convenio ya que era necesario garantizar una criminalización coordinada de la corrupción nacional e internacional¹⁸.

Por otro lado, en los compromisos internacionales de la reforma penal se encuentra también el Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo k.3 del Tratado de la Unión Europea, en relación a las conductas atribuibles a los funcionarios comunitarios y a los funcionarios extranjeros al servicio de otro país miembro de la Unión Europea y cuya entrada en vigor en España se produjo el 28 de septiembre de 2005, siendo publicado en el Boletín Oficial del Estado (BOE) el 28 de marzo de 2006¹⁹. Sobre la base de este Convenio, cada Estado miembro está obligado a tomar las medidas necesarias para que los comportamientos que constituyen actos de

¹⁶ Ramos Rubia, Carlos. “Del Delito de Cohecho: mano “mas” dura “todavía” contra la corrupción nacional e internacional (arts. 419, 420, 421 422, 423, 425, 426,427, 428, 429, 430, 439, 445)”. Quintero Olivares, Gonzalo (Dir.) *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*. Aranzadi, Navarra, 2010, pág. 340.

¹⁷ El GRECO es un organismo creado en 1998 en el seno del Consejo de Europa para la implementación del Convenio Penal sobre la Corrupción.

¹⁸ Ramos Rubia, Carlos. “Del Delito de Cohecho: mano “mas” dura “todavía” contra la corrupción nacional e internacional (arts. 419, 420, 421 422, 423, 425, 426,427, 428, 429, 430, 439, 445)”. cit., pág. 340.

¹⁹ Ramos Rubia, Carlos. “Del Delito de Cohecho: mano “mas” dura “todavía” contra la corrupción nacional e internacional (arts. 419, 420, 421 422, 423, 425, 426,427, 428, 429, 430, 439, 445)”. cit., pág. 340 y 341.

corrupción pasiva²⁰ o activa²¹ cometidos por funcionarios sean sancionables penalmente²².

En lo que al tráfico de influencias se refiere, la conducta de empleados públicos extranjeros, los miembros de asambleas públicas extranjeras, los funcionarios de organismos internacionales, miembros de asambleas parlamentarias internacionales, jueces y empleados de tribunales internacionales no se encuentra tipificada en las disposiciones legales de las que nos ocupamos. Por lo que, una de las recomendaciones expuestas en el Informe de evaluación de GRECO fue la de criminalizar el tráfico de influencias en relación a la conducta de estos agentes.

El Convenio Penal sobre la Corrupción recoge en su Capítulo II, una serie de medidas que deberán adoptarse a nivel nacional entre las que se encuentran recogidas medidas sobre el tráfico de influencias, concretamente en el artículo 12 de este mismo capítulo, estableciendo lo siguiente: “cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, conforme a su derecho interno, cuando se cometa intencionalmente, el hecho de proponer, ofrecer u otorgar, directa o indirectamente, cualquier ventaja indebida en concepto de remuneración a cualquiera que afirme o confirme ser capaz de ejercer influencia sobre las decisiones de cualquiera de las personas a que se refieren los artículos 2, 4 a 6 y 9 a 11²³, independientemente de que la ventaja indebida sea para sí mismo o para cualquier otro, así como el hecho de solicitar, recibir o aceptar la oferta o promesa de la misma en concepto de remuneración por dicha influencia, independientemente de que se ejerza o

²⁰ Corrupción pasiva: el hecho intencionado, por parte de un funcionario, directamente o a través de terceros, de solicitar o recibir ventajas que cualquier tipo, para sí o para un tercero, o aceptar la promesa de recibirlas, por efectuar o no efectuar, contraviniendo con ello a sus obligaciones oficiales, un acto de sus funciones o un acto en el ejercicio de sus funciones.

²¹ Corrupción activa: el hecho intencionado, por parte de cualquier persona, de prometer o dar, directamente o a través de terceros, una ventaja de cualquier tipo a un funcionario, para él mismo o para un tercero, para que efectúe o se abstenga de efectuar, contraviniendo con ello a sus obligaciones oficiales, un acto de sus funciones o un acto en el ejercicio de sus funciones.

²² http://europa.eu/legislation_summaries/fight_against_fraud/fight_against_corruption/l33027_es.htm

²³ Las personas a las que se refieren estos artículos son las siguientes: los agentes públicos nacionales, los miembros de Asambleas públicas nacionales, miembros de asambleas públicas extranjeras, funcionarios internacionales y jueces y agentes de tribunales internacionales.

no esa influencia o de que la influencia supuesta produzca o no el resultado perseguido.”

Por otro lado, en el artículo 18 del Convenio Penal sobre la Corrupción se establece una reforma sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, estableciendo que “Cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para garantizar que se pueda hacer responsables a las personas jurídicas de los delitos de corrupción activa, de tráfico de influencias y de blanqueo de capitales tipificados de conformidad con el presente Convenio, cuando sean cometidos en beneficio de aquéllas por una persona física, actuando individualmente o como miembro de un órgano de la persona jurídica, que ejerza un poder directivo dentro de ésta, sobre la base de:

- un poder de representación de la persona jurídica;
- o una autoridad para adoptar decisiones en nombre de la persona jurídica;
- o una autoridad para ejercer control en el seno de la persona jurídica;

así como de la participación de esa persona física en calidad de cómplice o de instigador en la comisión de los delitos anteriormente mencionados”.

De esta forma, la responsabilidad penal de las personas jurídicas también se ve modificada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, siendo por tanto, modificado el artículo 430 del Código Penal, para que las personas jurídicas puedan responder por este delito.

2.1. El delito de tráfico de influencias en la Unión Europea.

Como es conocido por todos, el tráfico de influencias se encuentra en el día a día de la sociedad española, pero no solo en España nos podemos encontrar con distintos escándalos de corrupción, también en el marco de la Unión Europea se produce el tráfico de influencias.

En 2012, el ex comisario europea de Sanidad, Jonh Dalli, se ve implicado en un posible delito de tráfico de influencias, por el cual se ve obligado a dimitir. El “Caso Dalli” empezó a ser investigado por la Oficina Europea Anti-Fraude (OLAF) cuando la empresa de tabacos sueca Swedish Match formuló una queja a la Comisión Europea manifestando que un empresario maltés le había pedido dinero a cambio de que su

'amigo' Dalli modificase la directiva del tabaco a su favor²⁴. Según recoge el informe de la OLAF, la compañía sueca, Swedish Match, informó en mayo de 2012 de que un empresario maltés usó sus contactos con Dalli para intentar obtener compensaciones económicas a cambio de influencia y ventajas ante la futura legislación que regulará el mercado de tabaco en Europa²⁵.

Hasta el momento, no existen novedades sobre el presunto delito de tráfico de influencias cometido por el ex comisario de Sanidad.

I. ANALISIS JURIDICO-PENAL

1. INTRODUCCIÓN.

1.1. La evolución legislativa del delito de tráfico de influencias en España.

El delito de tráfico de influencias fue introducido en la legislación penal española en el año 1991 mediante la Ley Orgánica 9/1991 de 22 de marzo. Se introdujo un nuevo Capítulo en el Título VII, con la rúbrica de “*tráfico de influencias*” que introducía los artículos 404 bis a), b) y c) del anterior Código Penal. Del mismo modo fueron introducidos sin ser modificados en el Código Penal de 1995.

El proceso de introducción del delito de tráfico de influencias fue emprendido el 25 de noviembre de 1987, 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”²⁶.

²⁴http://www.dirigentesdigital.com/articulo/mercado_global/209669/cresson/dalli:/trafico/influencias.html

²⁵<http://www.redaccionmedica.com/noticia/dimite-el-comisario-de-salud-europeo-por-trafico-de-influencias-4818>

²⁶ Ocaña Díaz-Ropero, Carmen. “Génesis y justificación del delito de tráfico de influencias en el código penal español”. cit., pág. 1.

Ante esta proposición el Grupo Socialista presentó una enmienda dando lugar a la discusión de la misma en el Congreso el 15 de marzo de 1988, creándose una Comisión de Investigación sobre incompatibilidades y tráfico de influencias, mediante la cual se analizaría y valoraría la legislación vigente en España y el Derecho comparado, además de delimitar el concepto de tráfico de influencias y su incidencia en las incompatibilidades²⁷.

La Comisión creada emitió un informe que fue aprobado el 23 de junio de 1988, estableciendo la recomendación de arbitrar medidas de carácter preventivo tendentes a evitar la comisión de hechos que pudieran considerarse como tráfico de influencias²⁸.

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. 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 materia²⁹.

El Gobierno incumplió esta obligación y a pesar de que el Grupo Popular presentara una Proposición de Ley Orgánica el 12 de diciembre de 1989 hubo que esperar a finales de este año para que se tomara de nuevo en consideración la recomendada reforma legislativa³⁰.

Fue de esta forma, como los grupos parlamentarios presentan sus proposiciones de ley dirigidas a la inclusión en el Código Penal de la figura del delito de tráfico de influencias y el uso de información privilegiada, con la excepción del Grupo Socialista

²⁷ Ocaña Díaz-Ropero, Carmen. “Génesis y justificación del delito de tráfico de influencias en el código penal español”. cit., pág. 1.

²⁸ Ocaña Díaz-Ropero, Carmen. “Génesis y justificación del delito de tráfico de influencias en el código penal español”. cit., pág. 2.

²⁹ Ocaña Díaz-Ropero, Carmen. “Génesis y justificación del delito de tráfico de influencias en el código penal español”. Cit., pág. 3.

³⁰ Ocaña Díaz-Ropero, Carmen. “Génesis y justificación del delito de tráfico de influencias en el código penal español”. Cit., pág. 3.

que centraba su Proposición 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 ley 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 administración³¹.

Hasta entonces, los tipos delictivos que ahora son denominados tráfico de influencias se enmarcaban dentro de otros delitos como son el cohecho, la prevaricación y los tipos delictivos que suponen que el funcionario o autoridad ejerza profesiones, participe en negociaciones prohibidas o se interese en actos en los que deba intervenir por razón de su cargo.

El tráfico de influencias ha existido desde siempre. Por todos es conocido, que pueden existir para acceder a cualquier cargo público amiguismos, enchufes y cualquier tipo de favoritismo en los cuales existe un beneficio para las personas que se ofrecen a ello, ya sea ese beneficio directo o indirecto. En algunas ocasiones se dan casos en los que para acceder a la función pública basta con una llamada telefónica por ejemplo, o incluso en el caso de los políticos en los puestos de libre designación se basan más en la afectividad con la persona que en la cualificación profesional de la misma.

Hacer uso de influencias ha sido práctica habitual en nuestro país, pues se daba por sentado que determinados cargos, por lo menos, no podían conseguirse sino a través de “influencias”; tratándose con una cierta conmiseración a quienes carecían de ellas. Pocas han sido, en la sociedad española, las personas que en un determinado momento, en la Administración, en la política, etc., no han hecho uso de aquellas influencias a su alcance para conseguir una plaza, cargo, etc.; es más, entre determinados sectores sociales, se contaba como favor importante el “recomendar a una persona”, no ya solo por el beneficio que le acarreaba, sino por el desgaste de esa influencia de la que tal vez por haber hecho uso de ella, no se podría beneficiar en el futuro. Incluso más, el sujeto que gozaba de influencias no lo ocultaba, sino que lo pregonaba, porque era signo de detentar un poder socialmente admitido, en buena medida, y que tendía a la corrupción

³¹ Ocaña Díaz-Ropero, Carmen. “Génesis y justificación del delito de tráfico de influencias en el código penal español”. Cit., pág. 3.

de sectores de la Administración, en el sentido amplio, para beneficio propio o de allegados y amigos³².

Tampoco se debe olvidar que dentro de esta influencia nos encontramos con el ofrecimiento para conseguir esos favores como son las dádivas, presentes o cualquier otra remuneración.

Estos hechos ya estaban tipificados como delictivos dentro de otras tipologías, como hemos apuntado antes, pero ahora se ha pretendido una regulación más exacta. El porqué de esta nueva regulación más exacta, ha sido según distintos autores, por un lado, mantener la imparcialidad de la Administración Pública, por otro lado, mantener el buen nombre y prestigio de la misma.

Entre otros factores, esta nueva regulación se produjo por el escándalo de la corrupción en el ejercicio de las función pública que se daba en aquellos momentos para paliar y atender la necesidad de combatir este tipo de prácticas que ya se daban en tiempos anteriores pero que no son compatible con un sistema democrático como el actual. Esta nueva regulación ha sido objeto de distintas críticas por los autores ya que casi todos coinciden que lo que se pretende proteger es el prestigio y buen nombre de la Administración y no el interés general, que es a mi parecer lo que debería regularse.

El delito de tráfico de influencias no pertenece al denominado “núcleo tradicional” del Derecho Penal; ni tampoco al que podríamos denominar como “núcleo histórico” de los delitos de corrupción, sino que se trata de un delito moderno³³, introducido recientemente en la Ley Orgánica 9/1991 de 22 de marzo³⁴.

³² Familiar Sánchez, Arturo. “Los delitos cometidos por los funcionarios públicos: el delito de tráfico de influencias”. *La Ley Penal*. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, N° 17, Sección Colaboraciones, Quincena del 15 al 29 Sep. 2004, tomo 2, Editorial El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados. Pág. 1.

³³ Delito, que como apuntan distintos autores no era totalmente conocido por los ciudadanos hasta que no fueron tratados por parte de los medios de comunicación e incluso en la época del franquismo eran aceptados e incluso institucionalizados, así lo apunta Romero de Tejada entre otros.

³⁴ Muñoz Lorente, José. “Los delitos de tráfico de influencias. (Situación actual y propuestas de reforma en la lucha contra la corrupción)”. *Eunomia. Revista en Cultura de Legalidad*. N°4, marzo-agosto 2013, pág. 74.

En la actualidad, la Ley orgánica 5/2010 de 22 de junio y, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 23 de diciembre de 2010, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, introduce, en lo que al tráfico de influencias se refiere, la modificación de las penas impuestas para los autores de este delito, aumentando la pena de los cargos públicos que serán siempre de cárcel y no solo de multa o inhabilitación como se recogía en la anterior regulación, y también modifica la responsabilidad penal de las personas jurídicas, manteniéndose inalterada la estructura típica de este delito. A partir de la nueva modificación el delito de tráfico de influencias se regular en los artículos 428 a 431 del Código Penal.

Recientemente se ha anunciado una nueva reforma de los delitos de corrupción por parte del Gobierno en el debate sobre el estado de la nación del 20 de febrero de 2013, en el cual no se sabe aún si el delito de tráfico de influencias resultará reformado. Hay que destacar que esta reforma, que anunció el Gobierno actual el pasado febrero, no se propuso en el reciente Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2012. Como apunta MUÑOZ LORENTE, “parece que a finales de 2012 la corrupción ni preocupaba, ni alarmaba a los españoles, ni tan siquiera había aparecido y unos meses después sí: apareció esa corrupción como por arte de magia”³⁵.

2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

El delito de tráfico de influencias es un tipo delictivo contra la Administración Pública recogido en los artículos 428 a 431 del Capítulo VI del Título XIX del Código Penal, y tanto la jurisprudencia como la doctrina mayoritaria coinciden en afirmar que el bien jurídico que protege los delitos recogidos en este Título es el buen funcionamiento de la Administración Pública, su capacidad de prestar servicios, lo que se pretende es proteger a la administración como instrumento al servicio de los ciudadanos, y no el “prestigio” o “dignidad” de la misma, como señala, entre otros, ORTIZ DE URBINA GIMENO³⁶.

³⁵ Muñoz Lorente, José. “Los delitos de tráfico de influencias. (Situación actual y propuestas de reforma en la lucha contra la corrupción)”. cit., pág. 76.

³⁶ Ortiz de Urbina Gimeno, Iñigo. Silva Sánchez, Jesús María (Dir.), y otros. *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial. 3ª ed.* (adaptada a la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal). Atelier, Barcelona, 2011, págs. 327 y 328.

En cuanto al delito que nos ocupa el bien jurídico debe ser analizado detenidamente. Antes de establecer cuál es el objeto de tutela en los artículos 428 y 429 del Código Penal se deben tener claro los elementos que componen el mismo, la influencia y el prevalimiento. Estos dos preceptos hacen referencia a la influencia ejercida por el funcionario o autoridad sobre otro funcionario o autoridad (art.428), y la misma influencia ejercida por el particular que no puede prevalerse, como el funcionario o autoridad, del ejercicio de su cargo pero si de cualquier situación derivada de su relación personal (art.429).

La influencia es el primer elemento que debemos mencionar, entendiendo a la misma como una presión moral eficiente sobre la acción o decisión de otra persona, derivada de la posición o status del influyente, influencia que debe dar lugar a obtener una resolución³⁷. Se trata de una influencia que la autoridad o funcionario debe realizar sobre aquel que debe dictar la resolución³⁸.

Además, la influencia debe ejercerse para alterar el proceso motivador del funcionario influido, abusando de un poder de superioridad, dicha posición de superioridad debe utilizarse de modo desviado ejerciendo una presión moral impropia del cargo, siendo su finalidad la de introducir en ese proceso motivador elementos ajenos a los intereses públicos³⁹.

El segundo elemento a tener en cuenta es el prevalimiento que es, como apunta MORILLAS CUEVA, la situación en la que debe derivar esa influencia⁴⁰. Esta situación de prevalimiento debe ser sustentada en el ejercicio por el funcionario o autoridad de las facultades de su cargo, o sustentarse en una situación derivada de una relación personal como puede ser una relación de amistad, o derivarse en una relación jerárquica donde el funcionario o autoridad consiga una resolución beneficiosa para sí o un tercero que pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico.

³⁷ Vid. Sentencia Tribunal Supremo, núm. 300/2012, (Sala 2) de 3 de mayo.

³⁸ Romero de Tejada, José María. “El delito de tráfico de influencias en la Administración Local”. cit., Págs. 68 y 69.

³⁹ Vid. Sentencia Tribunal Supremo, núm. 300/2012, (Sala 2) de 3 de mayo.

⁴⁰ Morillas Cueva, Lorenzo. “Delitos contra la Administración Pública, Tráfico de influencias”. *Sistema de derecho penal español. Parte Especial*. Dykinson, Madrid, 2011, pág. 971.

La utilización conjunta de los términos “influencia” y “prevalimiento”, nos indica que “no basta la mera sugerencia sino que ésta ha de ser realizada por quien ostenta una determinada situación de ascendencia y que el influjo tenga entidad suficiente para asegurar su eficiencia por la situación prevalente que ocupa quien influye”⁴¹.

En relación a estos preceptos, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria sostiene que el bien jurídico protegido coincide o puede resultar muy parecido al interés protegido en el delito de cohecho: el correcto funcionamiento de la Administración Pública en su faceta de imparcialidad, objetividad y transparencia en el ejercicio de la función pública⁴².

Así lo afirma también la jurisprudencia cuando establece que “El bien jurídico protegido de estos dos artículos consiste en la objetividad e imparcialidad de la función pública (SSTS 480/2004, de 7 de abril y 335/2006, de 24 de marzo), incluyendo tanto las funciones administrativas como las judiciales⁴³”.

Sin embargo, en cuanto al artículo 430, debemos tener en cuenta para analizar el bien jurídico protegido, que no se refiere a la influencia sobre un funcionario o autoridad sino que se refiere a las personas que realizando las conductas de los artículos anteriores soliciten o acepten cualquier tipo de ofrecimiento por parte de una tercera persona, es decir, el hecho del que se ocupa este artículo no se refiere directamente al ejercicio de la función pública, sino que tipifica el hecho de poseer el poder de influenciar. Este tipo no exige que la influencia llegue a utilizarse por lo que según MUÑOZ CONDE lo único que se pretende proteger con el castigo de esta conducta es el prestigio y buen nombre de la Administración, y no su correcto funcionamiento⁴⁴. En este mismo sentido, MUÑOZ LORENTE califica al bien jurídico protegido de este artículo como la “imagen o buen nombre de la Administración”, imagen o buen nombre que pueden verse lesionados cuando alguien manifiesta que tiene poder de influencia

⁴¹ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo 480/2004 de 7 de abril.

⁴² Muñoz Lorente, José. “Los delitos de tráfico de influencias. (Situación actual y propuestas de reforma en la lucha contra la corrupción)”. cit., pág. 79.

⁴³ Vid. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 300/2012, (Sala 2) de 3 de mayo.

⁴⁴ Muñoz Conde, Francisco. “Tráfico de influencias”. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010 pág. 1048.

sobre algún funcionario de aquella y realiza una oferta para la “venta” de tal influencia⁴⁵, a pesar de que otros autores no estén de acuerdo con este concepto de bien jurídico como es el caso de ORTIZ DE URBINA GIMENO⁴⁶.

El bien jurídico protegido en esta modalidad es el buen nombre de la Administración, porque lo que este tipo delictivo castiga es el ofrecimiento de la influencia mediante dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, y no su ejercicio, a diferencia de los preceptos anteriores que lo que castiga es llevar a cabo esa influencia. Además, al tratarse de conductas entre particulares, no puede ser el bien jurídico protegido, el buen funcionamiento de la Administración Pública, pues no intervienen funcionarios públicos⁴⁷.

Por tanto, y de acuerdo con lo anterior, lo que tipifican los artículos 428 y 429 del Código Penal es el ejercicio de la influencia para conseguir el correcto funcionamiento de la Administración Pública, mientras que el artículo 430 tipifica el ofrecimiento de esa influencia para conseguir no tanto el correcto funcionamiento de la Administración Pública, sino el buen nombre de la misma.

3. CONDUCTA TÍPICA

Tanto en el artículo 428 como el 429 del Código Penal, la conducta típica se basa en la influencia, es decir, que lo que se pretende con estos dos preceptos, es sancionar que alguien pueda incidir en el proceso motivador que conduce a un funcionario o autoridad a adoptar una decisión en un asunto relativo a su cargo, por tanto, entiendo que lo que se pretende sancionar es la influencia mediante el prevalimiento abusando de una situación de superioridad⁴⁸, con la siguiente diferencia respecto a la forma de ejercerse esa influencia:

⁴⁵ Muñoz Lorente, José. “Los delitos de tráfico de influencias. (Situación actual y propuestas de reforma en la lucha contra la corrupción)”. *cit.*, pág. 81.

⁴⁶ Ortiz de Urbina Gimeno, Iñigo. *Cit.*, págs. 327 y 328.

⁴⁷ Serrano Gómez, Alfonso y Serrano Maíllo, Alfonso. “Delitos contra la Administración Pública. Tráfico de influencias”. Serrano Gómez, Alfonso y otros. *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*. Dykinson, Madrid, 2012, pág. 626.

⁴⁸ Muñoz Conde, Francisco. “Tráfico de influencias”. *cit.*, pág. 1045.

- para que se dé el supuesto previsto en el artículo 428 es necesario que la influencia se lleve a cabo por parte del funcionario público o autoridad prevaleándose del ejercicio de su cargo o cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con otro funcionario, y
- en el supuesto previsto en el artículo 429, la influencia tiene que ejercerse por parte de un particular prevaleándose de una relación personal con el funcionario o cualquier situación derivada de la misma.

En ambos casos, la acción típica consiste en influir en un funcionario público o autoridad, pero no basta simplemente que se ejerza la mera influencia si no que es necesario el prevalimiento, así es como lo manifiestan los preceptos legales⁴⁹.

Y es mediante el prevalimiento como la conducta de estos preceptos será típica porque de no existir la posibilidad de ejercer el prevalimiento la conducta será atípica, ya que no puede traficar con una influencia quien no puede prevaleerse de ninguna situación de prevalimiento establecida en los artículos 428 y 429⁵⁰.

Dicho lo anterior, entiendo que la conducta típica es la capacidad de influir mediante una situación de prevalimiento, debiendo analizar, en primer lugar, qué sujetos tienen esa capacidad. En este sentido, se ha de dejar claro, que son los sujetos una de las diferencias que median entre el artículo 428 y 429 del Código Penal, junto con la pena,

⁴⁹ Art. 428 *“El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaleándose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a dos años, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. Si obtuviere el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior.”*

Art. 429 *“El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaleándose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad 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, estas penas se impondrán en su mitad superior.”*

⁵⁰ Martínez Galindo, Gema. “El delito de tráfico de influencias en la Administración Local”. *La ley Penal*, Nº 22, Diciembre 2005, Pág.8; Morales Prats, Fermín y Rodríguez Puerta, M^a José. “Cap. VI Del tráfico de influencias”. Quintero Olivares, Gonzalo y otros. *Comentarios al Código Penal Español. Libro II: Título XIX*. Aranzadi, Navarra, 2011 pág. 1257.

de la que nos encargaremos en apartados posteriores, y la forma de ejercerse la influencia que hemos mencionado al inicio de este apartado.

Como sujeto activo del delito, es decir, sujeto que ejerce la influencia nos encontramos con el funcionario o autoridad en el caso del artículo 428, que solo pueden ser éstos los sujetos que ejerzan la influencia; y el particular para el caso del artículo 429.

Respecto al sujeto activo denominado funcionario público o autoridad debe conocerse cuál es su condición a efectos penales. En el artículo 24.2 del Código Penal se establece la definición de funcionario público como *“toda la persona que por disposición inmediata de la Ley o por elección o nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de las funciones públicas”*. Este mismo artículo en su apartado 1 establece en relación al concepto de autoridad a 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 los 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”*.

Como se ha podido observar, en relación a la condición de funcionario público o autoridad, no tiene nada que ver con la definición que el derecho administrativo da a estos conceptos, mientras que el Derecho Administrativo se ocupa de este concepto como personas incorporadas a la Administración Pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos para satisfacer el interés general⁵¹, en el ámbito penal se basa en la participación del funcionario en la función pública y se entiende, que lo que se pretende proteger con la definición del artículo 24 del Código Penal es ese ejercicio de la función pública.

Por tanto, pueden ser autores por el delito de tráfico de influencias establecido en el artículo 428 del Código Penal, todas las personas que presten servicios para la

⁵¹ Vid. art. 8.1 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) *“Son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales.”*; Art. 9.1 EBEP *“Son funcionarios de carrera quienes, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente.”*

Administración Pública, ya sea estatal, autonómica o local. Así, podemos considerar los funcionarios de carrera, los contratados laborales, los interinos, los eventuales, y los funcionarios en prácticas, entre otros. Es decir, que lo importante es pertenecer a un organismo público y participar en la función pública.

Respecto al artículo 429 del Código Penal, podrán ser autores de del delito de tráfico de influencias establecido en el mismo, cualquier particular, es decir, cualquier ciudadano que lo desee, por lo que nos encontramos ante un delito común, de carácter genérico e indiscriminado.

Por otro lado, la conducta típica no es solo la capacidad de influir en sentido único sino, que se trata de influir para conseguir una resolución que resulte directa o indirectamente beneficiosa económicamente para el funcionario o un tercero. Así lo establece la jurisprudencia en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias 2/2011 de 6 de junio, *“las acciones típicas deben ir dirigidas a conseguir una resolución beneficiosa⁵²”*. La cuestión radica en establecer que se entiende por resolución y si es necesario que la resolución sea arbitraria e injusta o puede darse el caso de que nos encontremos ante una resolución sea ajustada a derecho, como ha señalado MUÑOZ LORENTE⁵³.

La mayoría de la doctrina apunta al delito de prevaricación para entender este concepto tan fundamental del tráfico de influencias.

Por resolución en el ámbito de la prevaricación se entiende que debe ser un acto administrativo que contenga una declaración de voluntad del órgano público de que se trate, de contenido decisorio, y que afecte a una situación jurídica individualizada. No se incluyen los actos administrativos que no tengan contenido decisorio, como los de mero trámite, informes, consultas o dictámenes⁵⁴. En este ámbito se exige que la resolución sea arbitraria e injusta, característica que no es necesaria según la doctrina en

⁵² Vid. sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Canarias 2/2011, de 6 de junio.

⁵³ Muñoz Lorente, José. “Los delitos de tráfico de influencias. (Situación actual y propuestas de reforma en la lucha contra la corrupción)” *cit.*, pág. 91.

⁵⁴ Mestre Delgado, Esteban. “Delitos contra la Administración Pública. La prevaricación del funcionario público”. Lamarca Pérez, Carmen y otros. *Derecho Penal. Parte Especial*. Colex, Madrid, 2010, pág. 599.

el tráfico de influencias, sino que lo único verdaderamente necesario es que se pueda probar esa intención de dictar una resolución que resulte beneficiosa para el funcionario o un tercero.

La jurisprudencia concreta el concepto de resolución a efectos penales estableciendo se entiende por resolución *“el acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio que afecte 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”*⁵⁵.

La resolución ha de ser injusta, aunque esta característica no se encuentra definida en los preceptos legales⁵⁶.

Por lo que se refiere a lo mencionado anteriormente, esto es, si la resolución del tráfico de influencias debe ser ajustada a derecho, la mayoría de la doctrina entiende que no, al no producirse la vulneración del bien jurídico protegido, afirmando a este respecto que si la resolución es justa, no se lesiona el principio de imparcialidad y objetividad⁵⁷.

Así pues, de acuerdo con MARTINEZ GALINDO, la resolución es el fundamento de la influencia que le pueda generar directa o indirectamente al autor un beneficio económico para sí o un tercero, sin que sea necesaria su obtención para considerar el delito consumado, bastando con que se persiga esa finalidad⁵⁸.

Para que el tipo delictivo del que hablamos se produzca no es necesario que se dé la resolución ni tampoco que exista beneficio económico, lo que si se exige es *“que se*

⁵⁵ Vid. sentencia del Tribunal Supremo núm. 38/1998, de 23 de enero.

⁵⁶ Serrano Gómez, Alfonso y Serrano Maíllo, Alfonso. “Delitos contra la Administración Pública. Tráfico de influencias”. Cit., pág. 624.

⁵⁷ Muñoz Lorente, José. .”Los delitos de tráfico de influencias. (Situación actual y propuestas de reforma en la lucha contra la corrupción)”. cit., pág. 91.

⁵⁸ Martínez Galindo, Gema. “El delito de tráfico de influencias en la Administración Local”. cit., Pág. 9.

manifieste y pruebe la intención por parte del sujeto activo de obtener la resolución y el beneficio para el o un tercero”, tal y como afirma MORILLAS CUEVA⁵⁹.

De este modo, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias 2/2011, de 6 de junio, se aclara que *“La norma no requiere ni la emisión de la resolución ni la efectiva obtención del resultado económico. Deberá probarse que la influencia iba encaminada a la obtención de ambos. Dicha resolución además debe suponer, un beneficio económico, bien sea para el sujeto activo del delito, bien para un tercero.”*

Por otro lado, la acción típica no tiene que realizarse necesariamente por una sola persona, ya sea funcionario público o autoridad, o un particular, sino que, puede realizarse actuando el funcionario público o autoridad, o el particular a través de otra persona, produciéndose entonces lo que se ha denominado tráfico de influencias en cadena, 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 delito⁶⁰.

De este modo, el tráfico de influencias en cadena se produce cuando la influencia no se ejerce directamente sobre el funcionario público o autoridad que debe adoptar la resolución sino sobre otro para que éste influya sobre aquel que es competente.

En el caso de que se produzca el tráfico de influencias en cadena, la doctrina apunta que todos los miembros de la cadena pueden ser considerados autores del delito⁶¹. De este modo, el funcionario que se deja influir debería de ser igualmente sancionado ya que forma parte de la cadena, y sin embargo, no es así. Es decir, que el funcionario que se deja influir (cual será analizado con posterioridad) ante un delito de tráfico de influencias no podrá ser sancionado, aunque esto no implica que no pueda ser sancionado por otro delito.

⁵⁹ Morillas Cueva, Lorenzo. “Delitos contra la Administración Pública, Tráfico de influencias” cit., 2011, pág. 972.

⁶⁰ Ocaña Díaz-Roperro, Carmen. “Génesis y justificación del delito de tráfico de influencias en el código penal español”. cit., pág. 14.

⁶¹ Muñoz Lorente, José. “Los delitos de tráfico de influencias. (Situación actual y propuestas de reforma en la lucha contra la corrupción)”. cit., pág. 84.

Por otra parte, en el artículo 430, la conducta típica se refiere al ámbito privado⁶², y consiste en la acción de 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 autoridades⁶³. Es decir el ofrecimiento de la influencia por un particular. En este precepto, la influencia se ofrece, publicita o vende, mientras que en los preceptos anteriores (arts. 428 y 429 del Código Penal) la influencia se ejerce. Así queda por tanto, reflejado en el precepto⁶⁴.

Según MORALES PRATS y RODRÍGUEZ PUERTA, en este tipo delictivo nos encontramos con dos modalidades de conducta típica, por un lado, la solicitud de dádivas o presentes como contraprestación al ofrecimiento de un potencial y presunto delito de tráfico de influencias sobre las autoridades y funcionarios, y por otro lado, la aceptación del ofrecimiento de dádivas o promesas. Calificando a este tipo delictivo como un tipo de conductas mixtas alternativas en el que se contemplan las diferentes fases por las que puede atravesar el acuerdo o intento de acuerdo entre dos particulares⁶⁵.

En lo que se refiere al sujeto activo solo puede serlo el particular o funcionario público o autoridad que no actúa en el ejercicio de su cargo y que ofrece hacer uso de la influencia a cambio de una remuneración, según MUÑOZ CONDE.⁶⁶ También lo son

⁶² Muñoz Conde, Francisco. “Tráfico de influencias”. cit., pág. 1048.

⁶³ Morillas Cueva, Lorenzo. “Delitos contra la Administración Pública, Tráfico de influencias”. cit., pág. 975.

⁶⁴ 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 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”.

⁶⁵ Morales Prats, Fermín y Rodríguez Puerta, M^a José. “Cap. VI Del tráfico de influencias”. Cit., pág. 1264.

⁶⁶ Muñoz Conde, Francisco. “Tráfico de influencias”. cit., pág. 1049.

quienes aceptan el ofrecimiento o promesa⁶⁷. Es decir, que el sujeto solo puede ser un particular y por tanto, el funcionario público o autoridad que no actúa en el ejercicio de su cargo, entiendo, que se convierte en particular.

Parece claro que, en los delitos de mera actividad la simple realización de la acción produce la afectación del bien jurídico por lo que en el caso de tráfico de influencias, nos encontramos ante un delito de mera actividad. Esta afirmación queda justificada de la siguiente forma⁶⁸:

- En los casos de los artículos 428 y 429 del Código Penal, mediante los cuales se castiga el ejercicio de la influencia, se trata de un delito de mera actividad porque no es necesario para la consumación del delito que la resolución llegue a dictarse, solo es necesario demostrar que se pretende ejercer la influencia mediante una situación de prevalimiento.
- En el caso del artículo 430 del Código Penal donde se castiga el ofrecimiento de la influencia, se trata de un delito de mera actividad porque para la consumación del tipo lo fundamental es el ofrecimiento de la influencia, sin que sea necesario la obtención del beneficio. El delito cometido por este artículo es denominado delito de peligro abstracto según MORILLAS CUEVA, ya que la acción que se castiga es el ofrecimiento a un tercero independientemente de que haga uso o no de esas influencias⁶⁹. Como afirma la STS de 19 de julio de 2001 *“se trata 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 quien se dirige la oferta, y desde luego, sin que sea preciso la influencia”*⁷⁰.

⁶⁷ Serrano Gómez, Alfonso y otros. “Delitos contra la Administración Pública. Tráfico de influencias”. Cit., 626.

⁶⁸ Zugaldía Espinar, José Miguel y otros. *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010. Pág. 257.

⁶⁹ Morillas Cueva, Lorenzo. “Delitos contra la Administración Pública, Tráfico de influencias”. cit., pág. 975.

⁷⁰ Arroyo Zapatero, Luis y otros. “Del tráfico de influencias”. *Comentarios al Código Penal*. Iustel, Madrid, 2007. Págs. 903-908.

4. CULPABILIDAD

Como punto de partida se puede afirmar que para que una conducta sea dolosa, ésta debe ser realizada con conocimiento y voluntad, es decir que el sujeto debe saber lo que hace y debe querer hacerlo.

Por otra parte el tipo no se puede cometer por omisión⁷¹. Según la sentencia del Tribunal Supremo 480/2004, de 7 de abril “la mera ocultación de un dato, difícilmente puede resultar un acto de influencia en favor de un determinado sentido de la resolución o del acto administrativo” y por tanto, “la omisión de un dato no equivale a la presión o el influjo por prevalimiento que requiere la norma en su comisión activa”⁷².

Teniendo en cuenta que nos encontramos ante un delito doloso ya que el delito de tráfico de influencias requiere de la voluntad y el conocimiento por parte del funcionario o autoridad de realizar la conducta de influir, en mi opinión, la influencia va unida directamente al dolo ya que cuando un funcionario o autoridad realiza la conducta de influir lo hace por mera voluntad y por supuesto con conocimiento de ello⁷³. De acuerdo con MORILLAS CUEVA “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 presentan como obvios⁷⁴”. Por tanto, debe existir claramente una intención de que el funcionario o autoridad desea realizar esa conducta.

Respecto a la culpabilidad en el delito de tráfico de influencias, todos los autores se manifiestan de acuerdo con la modalidad dolosa⁷⁵, ya que no existe ningún tipo específico que prevea la imprudencia, según el artículo 12 del Código Penal.

⁷¹ Vid. sentencia del Tribunal Supremo 300/2012 de 3 de mayo.

⁷² Vid. sentencia del Tribunal Supremo 480/2004, de 7 de abril.

⁷³ Morillas Cueva, Lorenzo. “Delitos contra la Administración Pública, Tráfico de influencias”. cit., pág. 972.

⁷⁴ Morillas Cueva, Lorenzo. “Delitos contra la Administración Pública, Tráfico de influencias”. cit., pág. 972.

⁷⁵ Morillas Cueva, Lorenzo. “Delitos contra la Administración Pública, Tráfico de influencias”. cit., pág. 972, Martínez Galindo, Gema. “El delito de tráfico de influencias en la Administración Local”. cit., Pág. 6 y Mestre Delgado, Esteban. “Delitos contra la Administración Pública. Tráfico de influencias” cit., pág. 624. Escrihuela Chumilla, F. Javier. “Delitos contra la Administración Pública”. *La ley Penal*. Libro “Todo Penal”, Edición nº 1, marzo 2011. Editorial LA LEY.

Del mismo modo, la jurisprudencia asegura que nos encontramos ante un delito doloso porque la estructura del delito así lo reclama, ya que la estructura se basa en influir mediante el prevalimiento, es decir, con conocimiento de lo que hace⁷⁶.

Respecto al tipo de dolo que se presenta nos encontramos ante un dolo directo de primer grado porque el funcionario público o autoridad, o el particular desea realizar esa acción, que es ejercer la influencia prevaliéndose de alguna de las situaciones expuestas en los preceptos que citamos⁷⁷.

Como hemos analizado en el tráfico de influencias se da la conducta dolosa, donde el autor posee conocimiento de los elementos objetivos. En este delito no cabe el error de tipo⁷⁸ ya que la conducta no se realiza con desconocimiento porque el funcionario o autoridad o el particular que ejerce la influencia conoce lo que hace, y además ejercita la voluntad de realizar la acción. Si el tipo se llevara a cabo con desconocimiento no existiría dolo porque el dolo exige el conocimiento. Por tanto, no se produce el error en los supuestos que analizamos.

5. FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN

El delito de tráfico de influencias establecido en los artículos 428 y 429 del Código Penal se consuman en el momento en que se influye con la finalidad de obtener una resolución⁷⁹. La resolución no es un requisito para que el delito sea consumado, sino el requisito necesario para la consumación, es ejercer de la influencia ya que lo que tipifica estos dos artículos es el ejercicio de la influencia con independencia de que se obtenga o no la resolución, ésta es simplemente la finalidad perseguida y el fundamento de la influencia, como hemos analizado con anterioridad.

⁷⁶ Vid. sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Canarias 2/2011, de 6 de junio.

⁷⁷ En el caso del artículo 428 prevalerse del ejercicio de las facultades de su cargo o cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica; En el caso del artículo 429 prevalerse de cualquier situación derivada de su relación personal.

⁷⁸ El error de tipo se trata de casos en los que alguien realiza la conducta objetiva en el tipo penal pero con desconocimiento de ello.

⁷⁹ Morillas Cueva, Lorenzo. “Delitos contra la Administración Pública, Tráfico de influencias”. cit., pág. 972.

Por tanto, no es necesario para la consumación del delito que la influencia tenga sus frutos, es decir, que el delito es consumado aunque la influencia sea rechazada y los hechos sean denunciados, o aunque los hechos no sean denunciados no se lleve a cabo la resolución⁸⁰. Y así lo pone de manifiesto la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias 2/2011, de 6 de junio “*Al tratarse de un delito de mera actividad, no es preciso, para la consumación del tipo que la resolución llegue a dictarse, bastando con que se acredite la concurrencia de la acción de influir, prevaleciendo de alguna de las relaciones descritas en el tipo penal*”⁸¹.

Ahora bien, en el caso de que no se obtenga la resolución nos encontramos ante un delito de consumación formal anticipada, ya que el legislador no espera a que se produzca el resultado lesivo que con la prohibición penal se trata de evitar, sino que declara ya consumado el hecho en un momento anterior⁸², que en el delito que nos ocupa el tipo se consume en el momento que se ejerce la influencia sin necesidad de que se obtenga la resolución.

Por otro lado, en el caso de que se obtenga la resolución pretendida se daría la consumación material o terminación del delito, ya que el autor no solo realiza los elementos típicos, sino que consigue satisfacer la intención que perseguía⁸³.

Por tanto, en el delito de tráfico de influencias de estos dos artículos, no cabe la tentativa ya que ésta se da en aquellos supuestos en los que pese a que el autor ha actuado con dolo, no ha llegado a realizar totalmente los elementos del tipo objetivo⁸⁴, la tentativa viene definida en el artículo 16.1 del Código Penal de la siguiente forma “Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la

⁸⁰ Muñoz Lorente, José. “Los delitos de tráfico de influencias. (Situación actual y propuestas de reforma en la lucha contra la corrupción)”. cit., págs. 86 y 87.

⁸¹ Vid. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias 2/2011, de 6 de junio.

⁸² Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo blanch, Valencia, 2010, 8ª edición. Pág. 412.

⁸³ Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. cit., Pág. 412.

⁸⁴ Zugaldía Espinar, José Miguel y otros. *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*. cit., Pág. 385.

voluntad del autor.” En el delito que analizamos se realizan los elementos del tipo objetivo ya que lo único necesario para que el delito se consume es ejercer la influencia sin perjuicio de que se obtenga o no la resolución. De ahí, que MORILLAS CUEVA afirme que “la tentativa, en consecuencia, es difícil de aceptar”⁸⁵.

Por lo que se refiere al delito tipificado en el artículo 430 del Código Penal, el delito se consuma con el ofrecimiento de hacer uso de la influencia, sin que sea necesario la obtención del beneficio final.

Como señala MUÑOZ LORENTE, “para la consumación, el tipo no requiere que realmente se tengan esas influencias o esa capacidad de influir, ni por supuesto, que se lleguen a ejercer, aun en el caso de que efectivamente se haya recibido una dádiva o promesa para ejercerlas”⁸⁶.

En el caso de este precepto, como manifiesta MORALES PRATS y RODRIGUEZ PUERTA, no es necesario ni la aceptación de la solicitud, ni el efectivo uso de las influencias, ni que éstas sean reales, por tanto, el tipo se consuma con la mera de solicitud de recompensas, una vez que se ha efectuado el ofrecimiento⁸⁷.

Al igual que los artículos anteriores no se da la tentativa en este delito porque se dan los elementos necesarios para que el tipo se consume, que es ofrecer hacer uso de una influencia, siendo éste el elemento necesario. Esta conducta es, según un sector de la doctrina, un acto preparatorio de las dos conductas anteriores, elevada por el legislador a la categoría autónoma de delito⁸⁸.

⁸⁵ Morillas Cueva, Lorenzo. “Delitos contra la Administración Pública, Tráfico de influencias”. cit., pág. 973.

⁸⁶ Muñoz Lorente, José. “Los delitos de tráfico de influencias. (Situación actual y propuestas de reforma en la lucha contra la corrupción)”. cit., pág. 94.

⁸⁷ Morales Prats, Fermín y Rodríguez Puerta, M^a José. “Cap. VI Del tráfico de influencias”. Cit., pág. 1264.

⁸⁸ Así es como lo manifiesta Mestre Delgado, Esteban. “Delitos contra la Administración Pública. Tráfico de influencias” cit., pág. 624. Romero de Tejada, José María. “El delito de tráfico de influencias en la Administración Local”. cit., pág. 70. De igual forma, Martínez Galindo expone que “Esta conducta es considerada como un acto preparatorio elevada por el legislador a la categoría de delito independiente respecto a figuras afines y homogéneas, tales como el cohecho impropio o tráfico de influencias estrictamente considerado”

6. AUTORIA Y PARTICIPACIÓN

El artículo 27 del Código Penal establece que personas son responsables de cometer un delito: los autores y los cómplices⁸⁹.

El artículo 28 del Código Penal especifica lo siguiente: “Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento. También son considerados autores:

- Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.
- Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.”

En el delito al que nos referimos nos podemos encontrar con lo siguiente:

En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que por lo que se refiere a los artículos 428 y 429 del Código Penal, hay que destacar que la conducta que tipifica este delito es la de los autores que ejercen la influencia quedando impune la conducta de la persona que se deja influir, a diferencia de lo que puede ocurrir en el delito de cohecho del que es responsable quien propone, acepta, paga o recibe. Aunque la conducta de la persona que se deja influir puede ser sancionada mediante el delito de prevaricación, produciéndose un concurso entre el tráfico de influencias y la prevaricación, del que nos encargaremos en posteriores apartados⁹⁰.

En el artículo 428 del Código Penal, son autores solamente los funcionarios o autoridades que influyen en otros funcionarios o autoridades. De aquí que el delito reconocido en este artículo sea un delito especial, precisamente por esto, porque el sujeto activo que lo realiza es un funcionario público o autoridad, y además solo puede ser cometido por la persona que ostente esta condición, así lo establece el artículo 24 del Código Penal al que ya hemos hecho alusión. Por otro lado, MORILLAS CUEVA

⁸⁹ El artículo 27 del Código Penal establece “Son responsables criminalmente de los delitos y faltas los autores y los cómplices”

⁹⁰ Si el funcionario influido dicta una resolución arbitraria puede ser castigado por un delito de prevaricación, siempre que concurren dichos requisitos para ello, así lo afirma Martínez Galindo. También Mestre Delgado afirma que podrá ser condenado el funcionario influido si adopta una resolución que beneficie a una persona que ha influido en él.

asegura que en supuestos de autoría mediata en los que el sujeto se sirve de otra persona, “el hombre de atrás” debe responder como autor mediato⁹¹ de este artículo⁹².

En el artículo 429, nos encontramos como autores a los particulares que influyen sobre un funcionario público o autoridad. Se trata de un delito común ya que puede ser realizado por cualquier persona, eso sí, debe influir en un funcionario público o autoridad.

Por tanto, concluimos que en ambos casos la influencia debe ejercerse sobre un funcionario público o autoridad, siendo la diferencia entre ambos preceptos el autor del delito que ejerce la influencia.

En el artículo 430, nos encontramos como autor o autores del delito la persona o personas que se ofrecen a realizar alguna de las conductas de los artículos 428 y 429 del Código Penal o quien acepte el ofrecimiento o promesa, debiendo ser esta persona un particular o un funcionario que no actúa en el ejercicio de su cargo, ya que de ser un funcionario público o autoridad que actúa en el ejercicio de su cargo estaríamos ante tipologías de cohecho⁹³.

7. PENA Y CONCURSOS

Según el artículo 5 del código Penal “no hay pena sin dolo o imprudencia”, como hemos analizado con anterioridad, en estos supuestos nos encontramos con el dolo por tanto se podrán aplicar distintas penas a estos delitos, penas que han sido modificadas por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de Reforma del Código Penal. La modificación de las penas impuestas a los autores de estos delitos fue una de las novedades introducidas por esta ley.

⁹¹ Entendemos por autor mediato aquella persona que no realiza directa y personalmente el delito, sino sirviéndose de otra persona, quien lo realiza y que generalmente no es responsable.

⁹² Morillas Cueva, Lorenzo. “Delitos contra la Administración Pública, Tráfico de influencias”. cit., pág. 973.

⁹³ Muñoz Conde, Francisco. “Tráfico de influencias”. cit., pág. 1048; Morillas Cueva, Lorenzo. “Delitos contra la Administración Pública, Tráfico de influencias”. cit., pág. 974 y Serrano Gómez, Alfonso y Serrano, Maíllo, Alfonso. “Delitos contra la Administración Pública. Tráfico de influencias”. Cit., 626.

Esta modificación de las penas se llevó a cabo con motivo de las recomendaciones incorporadas por el Informe de evaluación de GRECO, en este informe se detalla con exactitud que las sanciones para el tráfico de influencias eran menores que las correspondientes para otros delitos comparables en el derecho penal español como corrupción en el sector público por actos ilícitos, fraude, malversación de caudales públicos, etc. dando a entender que podría tratarse de un delito menos grave alegando serias dudas sobre si las sanciones para el tráfico de influencias pueden considerarse efectivas, proporcionales y disuasorias en el sentido del Convenio Penal sobre la Corrupción. Por lo tanto, recomienda aumentar las sanciones relativas al delito de tráfico de influencias entre otras⁹⁴.

Por tanto, tras la reforma operada en la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, el artículo 428 del Código Penal queda redactado de la siguiente manera: “El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaleándose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, **incurrirá en las penas de prisión de seis meses a dos años, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. Si obtuviere el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior.**”

Antes de la nueva reforma penal las penas impuestas al funcionario o autoridad autor del delito de tráfico de influencias establecido en este artículo era de una pena de prisión de seis meses a un año, esta pena se ha visto incrementada de seis meses a dos años, como se puede observar. Esta ampliación de la pena no garantiza que el acusado vaya a prisión por dos motivos:

- la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad. En este caso el acusado si es la primera vez que delinque el juez mediante resolución motivada podrá suspender la pena impuesta en el caso de que no supere los dos años conforme a lo establecido en el artículo 80 y ss. del Código Penal.

⁹⁴ Informe de evaluación relativo a España de GRECO.

- la sustitución de las penas privativas de libertad. En esta caso el acusado no ingresara en prisión si el juez, previa audiencia de las partes, así lo establece ya que tienen capacidad para sustituir las penas de prisión que no excedan de un año por multa o trabajos en beneficio de la comunidad conforme al artículo 88 del Código Penal.

Estos motivos dan a entender la poca garantía de estas penas ya que el condenado puede por ello no ir a prisión por lo que no tienen, en mi opinión, ninguna relevancia esta modificación. Como apunta MUÑOZ LORENTE, la finalidad de nuestros legisladores respecto de este incremento es simbólica, estética o incluso electoralista, dando a entender que se pretende luchar contra la corrupción cuando en realidad no es así⁹⁵.

Según MORILLAS CUEVA la pena aplicable a este supuesto posee caracteres especiales en relación a la consecución del beneficio económico distinguiéndose dos hipótesis⁹⁶:

- una básica, sin obtención de beneficio económico, con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa en tanto el duplo del beneficio perseguido u obtenido, e inhabilitación especial para el empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años.
- otra cualificada, por la obtención del beneficio económico, con las penas anteriores en su mitad superior. La hipótesis denominada por MORILLAS CUEVA de cualificada, es denominada por otros autores como tipo agravado. En esta hipótesis cualificada o tipo agravado es necesario que se haya dictado la resolución, pues sin ello no es posible obtener el fin que perseguía el sujeto activo⁹⁷.

⁹⁵ Muñoz Lorente, José. “Los delitos de tráfico de influencias. (Situación actual y propuestas de reforma en la lucha contra la corrupción)”. cit., pág. 82.

⁹⁶ Morillas Cueva, Lorenzo. “Delitos contra la Administración Pública, Tráfico de influencias”. cit., pág. 973

⁹⁷ Serrano Gómez, Alfonso y Serrano Maíllo, Alfonso. “Delitos contra la Administración Pública. Tráfico de influencias”. Cit., 624.

Por lo que se refiere al artículo 429, la pena impuesta también se incrementa pasando a ser de seis meses a dos años y multa en tanto el duplo del beneficio perseguido u obtenido, imponiéndose las penas en su mitad superior si se consigue el beneficio perseguido, siendo la única diferencia con el artículo anterior la inhabilitación especial para el empleo o cargo público ya que el sujeto activo de este delito es un particular. Ante este artículo al igual que sucede con el artículo 428 también nos encontramos con un tipo básico y un tipo agravado:

- un tipo básico referente a las penas de prisión de seis meses a dos años, y multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido.
- un tipo agravado contemplado en el inciso final del precepto al establecerse “*Si obtuviere el beneficio perseguido, estas penas se impondrán en su mitad superior*”⁹⁸.

En relación a este artículo la modificación es la misma que la del artículo 428 CP: el incremento máximo de la pena pasando de uno a dos años, existiendo ya antes la diferencia de la inhabilitación.

Por tanto, el artículo 429 del Código Penal queda redactado de la siguiente manera “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, estas penas se impondrán en su mitad superior.**”

La pena a la que nos referimos se impone al funcionario público o autoridad y al particular que ejercen la influencia quedándose impune el funcionario público o autoridad que se deja influir o accede a la influencia, en este caso la conducta del que se deja influir no se encuentra tipificada, y así hace referencia los artículos 428 y 429 cuando imponen la pena al funcionario o particular que ejerce la influencia.

⁹⁸ Serrano Gómez, Alfonso y Serrano Maíllo, Alfonso. “Delitos contra la Administración Pública. Tráfico de influencias”. Cit., 625.

Según la doctrina mayoritaria, la conducta del funcionario que se deja influir se le impondrá una pena si es constitutiva de otro delito como puede ser la prevaricación pero si la conducta del que se deja influir se encuentra dentro de las siguientes menciones será impune:

- Si la conducta se encuentra ajustada a Derecho o es constitutiva de una simple desviación administrativa y,
- Si el funcionario no ha adoptado resolución alguna, como puede ser si ha sido descubierto antes de dictarla⁹⁹.

Algo con lo que no estoy de acuerdo, ya que tanta culpa tiene el que influye como el que se deja influir porque, en mi opinión, los dos seguramente persigan un beneficio.

Esta falta de pena que ha sido criticada por la doctrina a la que yo también me sumo, y que podría haber sido solventada en la reforma de 2010 y no fue así, aumentando solo las penas para el funcionario que ejerce la influencia, da a entender la poca garantía que esta reforma ha dado lugar por dos motivos evidentes: el aumento de la pena no es significativo ya que se puede dar el caso de que el funcionario o autoridad y el particular que ejercen la influencia no ingresen en prisión; y la falta de tipicidad para el funcionario que se deja influir.

Por otra parte, el artículo 430 establece que “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 años¹⁰⁰.

⁹⁹ Muñoz Lorente, José. “Los delitos de tráfico de influencias. (Situación actual y propuestas de reforma en la lucha contra la corrupción)”. cit., pág. 83.

¹⁰⁰ Este párrafo ha sido modificado por la LO 5/2020 de 22 de junio.

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”¹⁰¹.

La pena de prisión establecida en este artículo no ha sido modificada, a diferencia de los artículos 428 y 429 del Código Penal. Ésta era igual a la establecida en estos dos artículos antes de la reforma de 2010 quedando ahora en un rango inferior, aunque el artículo 430 se ha visto modificado en otros aspectos como la responsabilidad penal de las personas jurídicas que pasaremos a analizar a continuación.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas fue introducida por el legislador en la Ley Orgánica 5/2010 debido a la demanda de una respuesta penal clara para las personas jurídicas por parte de los instrumentos jurídicos internacionales como son las Decisiones marco y Directivas europeas, ya que éstas exigían la introducción de sanciones a las personas jurídicas en relación con determinados delitos¹⁰² (entre los que se encuentran el delito de tráfico de influencias).

Dicho lo anterior y en relación con el delito de tráfico de influencias, la Ley Orgánica 5/2010, modifica el segundo párrafo del artículo 430 del Código Penal referente a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ámbito del tráfico de influencias y le añade un tercero.

En relación a la definición de persona jurídica penalmente sancionable, no nos encontramos una concreta definición por lo que debemos concluir que se refiere a las empresas, entidades o agrupaciones de personas que ostente personalidad jurídica, aunque el artículo 31. 5 bis del Código Penal establece determinadas excepciones, que serán analizadas en el ámbito de tráfico de influencias posteriormente¹⁰³.

¹⁰¹ Este párrafo ha sido añadido por el artículo único de la LO 5/2010 de 22 de junio.

¹⁰² Gómez-Jara Diez, Carlos. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal”. *La ley Penal*, N° 7534, 23 Dic. 2010, Editorial LA LEY. Pág. 1-2 y Roig Altozano, Marina. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: societatis delinquere et puniri potest”. *Artículos Doctrinales: Derecho Penal, Noticias Jurídicas*. Febrero 2012. Pág. 1.

¹⁰³ Roig Altozano, Marina. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”. *cit.*, Pág. 2.

Dentro del delito que nos ocupa, en referencia al párrafo segundo del artículo 430, lo que se pretende con su modificación es que las personas jurídicas también respondan por este tipo de delitos imponiéndole también una pena de multa de seis meses a dos años como en los casos anteriores (arts. 428 y 429 Código Penal), aunque hay que hacer una mención especial propuesta en el apartado 5 del artículo 31 bis ya que excluye de la responsabilidad penal de las personas jurídicas al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general. En relación a este precepto si una persona física influye sobre un funcionario en los términos establecidos en los artículos 428, 429 o se ofrece para vender esa influencia en los términos del artículo 430 del Código Penal mediante provecho y por cuenta de pertenencia a un determinado organismo estatal no se dará la responsabilidad penal para ese organismo estatal, esta responsabilidad solo se dará en el supuesto previsto en el último párrafo del artículo 31.5 bis del Código Penal que establece que “ los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.” Por tanto, entiendo que la responsabilidad penal se otorgara a la persona física ya que estos organismos quedan excluidos por disposición de este precepto. Para que se pueda otorgar responsabilidad penal a la persona jurídica, es necesario que la persona física actuando en provecho y por cuenta de la persona jurídica tenga la intención de obtener una resolución que beneficie a esa persona jurídica.

En relación a las penas aplicables a las personas jurídicas hay que partir de que el artículo 33.7 del Código Penal establece siete tipos de penas que pueden imponerse a estas personas:

- a) Multa por cuotas o proporcional.
- b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.

- c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.
- f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.
- g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

La totalidad de las penas aplicables a las personas jurídicas tienen la consideración de penas graves, de acuerdo con lo dispuesto en este mismo artículo, con independencia de su duración¹⁰⁴.

El último párrafo de este artículo establece que los jueces y tribunales tienen la facultad de imponer las penas previstas en el artículo 33. 7 letras b) a g), además, de la pena obligatoria citada anteriormente.

También hay que tener en cuenta que si los hechos son cometidos en colaboración de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otras entidades o agrupaciones de personas sin personalidad jurídica, el artículo 129 del Código Penal¹⁰⁵ otorga facultad a los jueces y tribunales para sancionar mediante los apartados c) a g) del artículo 33.7 del

¹⁰⁴ De la Cuesta, José Luis. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español”. Revista electrónica de la AIDP, 2011. Pág. 9; Manzanares Samaniego, Jose Luis. “Las penas de las personas jurídicas”. *La ley Penal*. Nº 7920, Sección Doctrina, 11 Sep. 2012, Editorial LA LEY. Pág.1. y Roig Altozano, Marina. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”. cit., Pág. 10.

¹⁰⁵ El apartado 1 del artículo 129 establece que: “*en caso de delitos o faltas cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis de este Código, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del artículo 33.7. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita*”.

Código Penal, en este caso no se habla de penas sino de consecuencias accesorias a la pena de la persona física responsable¹⁰⁶.

Hay que señalar que la reforma del año 2010 ha incluido en el artículo 430 la responsabilidad penal de las personas jurídicas aplicable también este precepto al delito referido en el artículo 429 y no al establecido en el 428, y así lo apunta MUÑOZ LORENTE¹⁰⁷. El motivo por el que se aplica para el supuesto contemplado en el artículo 429 es que el delito es cometido por un particular, mientras que en el caso del artículo 428 el delito es cometido por un funcionario, y tal funcionario como miembro perteneciente a la Administración Pública queda fuera de este ámbito ya que la Administración Pública como persona jurídica queda excluida según lo establecido en el artículo 31. 5 bis del Código Penal, por lo que al funcionario solo se le impondrán las penas establecidas en el artículo 428 del Código Penal.

Por otra parte, hay que hacer alusión en referencia a las exclusiones propuestas por el artículo 31.5 bis del Código Penal, que los partidos políticos y sindicatos quedaban excluidos de responsabilidad penal como persona jurídica, exclusión que ha sido objeto de distintas críticas, críticas que seguramente han dado lugar a la reforma de esta exclusión propuesta por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, mediante la cual los partidos políticos y sindicatos dejan de disfrutar de esa exclusión siendo ahora penalmente responsables, éstos podrán ser penalmente responsables como cualquier otra persona, quedando redactado el artículo 31. 5 bis del Código Penal como se mencionó más arriba.

REGIMEN CONCURSAL

En relación a los concursos que se puedan dar en este delito debemos partir de lo siguiente: la conducta del funcionario que es influido o se deja influir no está tipificada por el delito de tráfico de influencias, como hemos afirmado anteriormente, pero esto no

¹⁰⁶ Álvarez García, Francisco Javier, González Cussac, José Luis. “Los delitos de tráfico de influencias”. *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 479.

¹⁰⁷ Muñoz Lorente, José. . “Los delitos de tráfico de influencias. (Situación actual y propuestas de reforma en la lucha contra la corrupción)”. cit., pág.96.

quiere decir que esta conducta no pueda ser sancionada conforme otros delitos previstos en el Código Penal, si bien, el delito de tráfico de influencias se encuentra íntimamente relacionado con el delito de cohecho y prevaricación¹⁰⁸.

Esta falta de incriminación de la conducta del funcionario que es influido o que se deja influir puede dar lugar a un concurso de delitos entre el tráfico de influencias y la prevaricación. En este caso, el funcionario que se deja influir por otro funcionario o un particular y emite una resolución injusta o se muestra dispuesto a emitirla, no responderá penalmente por esta conducta en el ámbito del tráfico de influencias pero sí podrá ser penalmente sancionado por el delito de prevaricación, siempre que se hubiese dictado una resolución injusta y arbitraria. Por tanto, el funcionario que indujo a la resolución de esa resolución arbitraria responderá como autor de un delito de tráfico de influencias, mientras que el funcionario que dictó la resolución arbitraria influido por otro funcionario responderá por un delito de prevaricación¹⁰⁹.

También puede darse el caso de que se produzca un régimen concursal entre el delito de tráfico de influencias y el delito de cohecho. En este supuesto nos podemos encontrar dos situaciones:

- En el caso de que se dicte una resolución delictiva o injusta, el funcionario que se deja influir respondería penalmente como autor de un delito de cohecho de los artículos 419 o 420 del Código Penal. Y el funcionario o particular que influye podrá ser sancionado como autor de un delito de tráfico de influencias y de un delito de cohecho activo del artículo 423.1 del Código Penal. En este caso, se resolvería el problema concursal entre ambas infracciones por la vía del concurso de normas aplicándose el precepto penal más grave, que es el delito de cohecho.

¹⁰⁸ El delito de prevaricación se trata de dictar una resolución arbitraria, por parte del funcionario público, en un asunto administrativo a sabiendas de su ilegalidad. Por otra parte, el delito de cohecho consiste en la disposición por parte del funcionario público o autoridad de solicitar o aceptar dinero o bienes de contenido económico en relación con el desempeño de la función pública, en este delito se sanciona tanto a quien acepta como a quien ofrece.

¹⁰⁹ Morales Prats, Fermín y Rodríguez Puerta, M^a José. “Cap. VI Del tráfico de influencias”. Cit., pág. 1260.

- En el caso de que se dicte una resolución ajustada a derecho por parte del funcionario influido solo responderá penalmente éste por un delito de cohecho del artículo 425 del Código Penal, siendo impune la conducta del funcionario o particular que influye¹¹⁰.

En el caso de que el delito de tráfico de influencias se relacione con el delito de cohecho, nos encontramos ante un concurso de leyes, ya que nos encontraríamos ante conductas ya reguladas en otros preceptos, aplicándose para resolver el delito, el precepto que prevea mayor sanción para el delito cometido, de acuerdo con el principio de alternatividad contenido en el artículo 8.4 del Código Penal, que en este caso sería el delito de cohecho¹¹¹.

Por otra parte, en el caso de que a través del delito de tráfico de influencias se cometan otros delitos como en el caso de la prevaricación¹¹², estaríamos ante un concurso de delitos ideal medial¹¹³, esta forma sería resuelta de conformidad con el artículo 77 del Código Penal.

Respecto al régimen concursal la doctrina no adopta una posición unánime, mientras que MORILLAS CUEVA y MUÑOZ CONDE apuestan por un concurso de delitos cuando existe una relación entre el delito de tráfico de influencias y el delito de prevaricación, MESTRE DELGADO y MARTINEZ GALINDO apuestan por un

¹¹⁰ Martínez Galindo, Gema. “El delito de tráfico de influencias en la Administración Local”. *La ley Penal*, cit., Págs. 15 y 16.

¹¹¹ La diferencia con el delito de tráfico de influencias prima en que, en el caso del delito de cohecho para obtener la decisión deben mediar dadas o contraprestaciones económicas, y en el delito de tráfico de influencias no es necesario la obtención de la resolución ni el beneficio económico, basta con que se demuestre el ejercicio de la influencia.

¹¹² La diferencia con este delito sería que en el tráfico de influencias no es necesario que se obtenga la resolución ni el resultado económico y en el delito de prevaricación la resolución debe llegar a dictarse y debe ser arbitraria o injusta.

¹¹³ Morillas Cueva, Lorenzo. “Delitos contra la Administración Pública, Tráfico de influencias”. cit., pág. 973. Muñoz Conde, Francisco. “Tráfico de influencias”. cit., pág. 1049.

concurso de leyes¹¹⁴, siendo esta última solución la que ha adoptado, del mismo modo, la jurisprudencia¹¹⁵.

En relación al artículo 430 del Código Penal, si se demuestra que el ofrecimiento de la influencias es falso, es decir, aparentar tener influencia, el delito que entraría en concurso con el tráfico de influencias sería el delito de estafa¹¹⁶. Respecto al concurso aquí mencionado, no existe unanimidad por parte de la jurisprudencia, algunas sentencias apuestan por el delito de estafa en exclusiva, por el contrario, otra parte de la jurisprudencia apuesta por la relación concursal entre el delito de tráfico de influencias y el delito de estafa¹¹⁷.

8. CUESTIONES PROCESALES.

El procedimiento por el que será objeto de enjuiciamiento y fallo el delito de tráfico de influencias es el designado por el Tribunal de Jurado, ya que este es competente para el conocimiento de las causas que se sigan por los delitos de tráfico de influencias establecidos en los artículos 428 a 430 del Código Penal, según establece el artículo 1.2 h) de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal de Jurado¹¹⁸.

¹¹⁴ Martínez Galindo, Gema. “El delito de tráfico de influencias en la Administración Local”. *La ley Penal*, cit., Pág.16 y Mestre Delgado, Esteban. “Delitos contra la Administración Pública. Tráfico de influencias” cit., pág. 625.

¹¹⁵ Vid. sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 10 de octubre de 2000 y Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2002.

¹¹⁶ Morillas Cueva, Lorenzo. “Delitos contra la Administración Pública, Tráfico de influencias”. cit., pág. 975; Martínez Galindo, Gema. “El delito de tráfico de influencias en la Administración Local”. *La ley Penal*, cit., Pág.16 y Muñoz Conde, Francisco. “Tráfico de influencias”. cit., pág.1049.

¹¹⁷ Vid. sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 26 de diciembre de 2002; Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 1 diciembre de 1999.

¹¹⁸ Artículo 1 LO 5/1995, del Tribunal de Jurado: “1. El Tribunal del Jurado, como institución para la participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia, tendrá competencia para el enjuiciamiento de los delitos atribuidos a su conocimiento y fallo por esta u otra Ley respecto de los contenidos en las siguientes rúbricas:

- a) Delitos contra las personas.
- b) Delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos.
- c) Delitos contra el honor.
- d) Delitos contra la libertad y la seguridad.

Y en la sentencia que se dicte por éste deberá acordarse el decomiso de las dádivas, presentes o regalos que hayan sido objeto de este delito, así lo establece el artículo 431 del Código Penal¹¹⁹. Este precepto se refiere al decomiso de las dádivas, presentes o regalos entregados por el particular en todos los supuestos de tráfico de influencias y cohecho, se trata, pues de una disposición común¹²⁰.

La regulación legal del decomiso establecido en este precepto se encuentra regulada en los artículos 127 y 128 del Código Penal, modificado por la LO 5/2010, de 22 de junio¹²¹.

e) Delitos de incendios.

2. Dentro del ámbito de enjuiciamiento previsto en el apartado anterior, el Tribunal del Jurado será competente para el conocimiento y fallo de las causas por los delitos tipificados en los siguientes preceptos del Código Penal:

- a) Del homicidio (artículos 138 a 140).
- b) De las amenazas (artículo 169.1º).
- c) De la omisión del deber de socorro (artículos 195 y 196).
- d) Del allanamiento de morada (artículos 202 y 204).
- e) De los incendios forestales (artículos 352 a 354).
- f) De la infidelidad en la custodia de documentos (artículos 413 a 415).
- g) Del cohecho (artículos 419 a 426).
- h) Del tráfico de influencias (artículos 428 a 430).
- i) De la malversación de caudales públicos (artículos 432 a 434).
- j) De los fraudes y exacciones ilegales (artículos 436 a 438).”
- k) De las negociaciones prohibidas a funcionarios (artículos 439 y 440).
- l) De la infidelidad en la custodia de presos (artículo 471).”

¹¹⁹ Art. 431 “En todos los casos previstos en este Capítulo y en el anterior, las dádivas, presentes o regalos caerán en decomiso”.

¹²⁰ Morales Prats, Fermín y Rodríguez Puerta, M^a José. “Cap. VI Del tráfico de influencias”. Cit., pág. 1265.

¹²¹ **Art. 127:** “1. Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las

El decomiso sólo afecta al art. 430, ya que los arts. 428 y 429 se caracterizan por la ausencia de dádivas, presentes o regalos. Probablemente esta precisión fuera innecesaria, por cuanto, conforme al art. 127 CP, los efectos, bienes, medios, instrumentos y ganancias del delito doloso son objeto de decomiso; existiendo, pues, una regla general como la del art. 127, carece de sentido en la parte especial un artículo como éste. Evidentemente, sólo podrán ser decomisados los presentes, las dádivas o los regalos efectivamente entregados y no aquellos que fueron simplemente ofrecidos, prometidos o solicitados¹²².

II. CONCLUSIONES

La regulación del tráfico de influencias en nuestra legislación se hizo necesaria por los distintos escándalos de corrupción que se daban en la época en la que estos delitos se introdujeron en nuestro Código Penal, debido a la presión ejercida por los medios de comunicación, los cuales, fueron uno de los agentes determinantes para la regulación de este delito. Si bien era necesario garantizar la transparencia de la Administración Pública que la propia Constitución Española de 1978 deja claro en su artículo 103. Pero además, se hace necesario que el tráfico de influencias sea regulado no sólo en el ámbito estatal, también era necesario su regulación en el marco de la Unión Europea y en el

transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente.

2. Si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho.

3. El Juez o Tribunal podrá acordar el comiso previsto en los apartados anteriores de este artículo aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita.

4. Los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado si la ley no previera otra cosa, y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán”.

Art 128: “Cuando los referidos efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles, podrá el Juez o Tribunal no decretar el decomiso, o decretarlo parcialmente”.

¹²² Díaz Maroto y Villarejo, Julio. “Sobre la práctica del lobby y los delitos de tráfico de influencias” cit., 11.

ámbito internacional, por lo que, a nuestro juicio, la lucha contra la corrupción es una medida necesaria en nuestra sociedad, a nivel nacional como internacional, en España, en Europa y en todo el mundo, para defender los Derechos Humanos de todos los ciudadanos.

En este sentido, los Derechos Humanos no deben ser vulnerados por prácticas corruptas, así lo apunta GARCIA ESPINAR, Presidente de la Fundación Acción Pro de Derechos Humanos, *“El fenómeno de la corrupción (ya sea en forma de tráfico de influencias, o en forma de obtención de favores ilícitos a cambio de dinero u otros favores) constituye una vulneración de los derechos humanos por cuanto que generalmente entraña una violación del derecho a la igualdad ante la ley, y en ocasiones, llega a suponer una vulneración de los principios democráticos, conduciendo a la sustitución del interés público por el interés privado de quienes se corrompen”*¹²³. Como todos sabemos, la corrupción es hoy en día un tema de actualidad, que –como algunos autores señalan, se ha puesto de “moda” en los últimos tiempos-, siendo, por tanto, necesaria su regulación.

En lo referente al tráfico de influencias, respecto a las penas impuestas a los autores de estos delitos sabemos que distintos organismos ha recomendado el endurecimiento de las mismas, si bien es cierto, que antes de la nueva regulación no presentaban ninguna garantía jurídica ya que el acusado podía no ir a prisión si es la primera vez que delinque, en este caso, el juez mediante resolución motivada podía suspender la pena impuesta en el caso de que no supere los dos años conforme a lo establecido en el artículo 80 y siguientes del Código Penal, y además, el acusado podría no ir a prisión si el juez, previa audiencia de las partes, así lo establecía ya que tienen capacidad para sustituir las penas de prisión que no excedan de un año por multa o trabajos en beneficio de la comunidad conforme al artículo 88 del Código Penal.

Por ello, el legislador procedió a la modificación del marco punitivo en la reforma del Código Penal del año 2010, pasando en la actualidad a ser de seis meses a dos años, de tal forma que este aumento puede ser significativo para que los autores responsables de estos delitos vaya a prisión, pero sería conveniente esclarecer un poco más la estructura típica de estos delitos, ya que pueden ponerse en controversia con otros tipos

¹²³ <http://www.derechoshumanos.net/corrupcion/1-corrupcion.htm>

delictivos. Existe, por tanto, un claro problema en el régimen concursal de este delito con otros tipos delictivos que recoge el Código Penal español como puede ser el delito de prevaricación y el cohecho, entre otros. Y así se deja claro en este trabajo cuando aludimos a la distinta opinión de la propia jurisprudencia sobre el régimen concursal del mismo.

Del mismo modo, en referencia a la conducta del funcionario que se deja influir o es influido, como propuesta de *lege ferenda*, debería regularse con mayor precisión y exactitud en el ámbito de este delito ya que no se encuentra tipificada, si bien es cierto puede ser sancionada por el delito de prevaricación, siendo la pena impuesta a esta persona mucho inferior. La conducta del funcionario que se deja influir o que es influido puede incluso quedar impune si esa conducta se encuentra ajustada a Derecho o es constitutiva de una simple desviación administrativa y, si el funcionario no ha adoptado resolución alguna.

Esta falta de regulación debería haberse visto solventada en la reforma de 2010, y sin embargo, no fue así, pues, tanta responsabilidad tiene el funcionario público o autoridad, o el particular que ejerce la influencia para obtener un beneficio que la del funcionario público o autoridad que se deja influir o que es influido, con independencia de que adopten o no una resolución o esa conducta sea ajustada a Derecho. En ambos casos, las dos partes desean realizar esa conducta, y por tanto, se puede entender que deberían ser sancionados penalmente por igual.

III. BIBLIOGRAFÍA

Arroyo Zapatero, Luis y otros. “Del tráfico de influencias”. *Comentarios al Código Penal*. Iustel, Madrid, 2007. Págs. 903-908.

De la Cuesta, José Luis. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español”. Revista electrónica de la AIDP, 2011.

Díaz Maroto y Villarejo, Julio. “Sobre la práctica del lobby y los delitos de tráfico de influencias”. *La ley Penal*, Nº 7286, Sección Doctrina, Noviembre 2009, editorial LA LEY.

Escarihuela Chumilla, F. Javier. “Delitos contra la Administración Pública”. *La ley Penal*. Libro "Todo Penal", Edición nº 1, marzo 2011. Editorial LA LEY.

Familiar Sánchez, Arturo. “Los delitos cometidos por los funcionarios públicos: el delito de tráfico de influencias”. *La Ley Penal*. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Nº 17, Sección Colaboraciones, Quincena del 15 al 29 Sep. 2004, tomo 2, Editorial El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados.

García Arán, Mercedes, “Los delitos de tráfico de influencias”. Álvarez García, Francisco Javier; González Cussac, José Luís (Dir.). *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. Tirant lo Blanch reformas, Valencia, 2010. págs. 475-479.

Gómez-Jara Diez, Carlos. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal”. *La ley Penal*, Nº 7534, 23 Dic. 2010, Editorial LA LEY.

Jiménez Franco, Emmanuel. “Administración Pública y Corrupción: iniciativas legislativas de lege ferenda para una nueva cultura de integridad”. *La ley Penal*, Nº 5, Sección A Fondo, Quincena del 1 al 15 Mar. 2012, editorial LA LEY.

Manzanares Samaniego, Jose Luis. “Las penas de las personas jurídicas”. *La ley Penal*. Nº 7920, Sección Doctrina, 11 Sep. 2012, Editorial LA LEY.

Martínez Galindo, Gema. “El delito de tráfico de influencias en la Administración Local”. *La ley Penal*, Nº 22, Sección Estudios, Diciembre 2005, editorial LA LEY.

Mestre Delgado, Esteban. “Delitos contra la Administración Pública. La prevaricación del funcionario público”. Lamarca Pérez, Carmen y otros. *Derecho Penal. Parte Especial*. Colex, Madrid, 2010, pág. 599

Mestre Delgado, Esteban. “Delitos contra la Administración Pública. El tráfico de influencias”. Lamarca Pérez, Carmen y otros. *Derecho Penal. Parte Especial*. Colex, Madrid, 2010, págs. 622-626.

Morales Prats, Fermín y Rodríguez Puerta, M^a José. “Cap. VI Del tráfico de influencias”. Quintero Olivares, Gonzalo y otros. *Comentarios al Código Penal Español. Libro II: Título XIX*. Aranzadi, Navarra, 2011, págs. 1252-1265.

Morillas Cueva, Lorenzo. . “Delitos contra la Administración Pública, Tráfico de influencias”. *Sistema de derecho penal español. Parte Especial*. Dykinson, Madrid, 2011, págs. 969-976.

Muñoz Conde, Francisco. “Tráfico de influencias”. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010 págs. 1044-1050.

Muñoz Conde, Francisco. “Los nuevos delitos de tráfico de influencias, revelación de secretos e informaciones y uso indebido de información privilegiada”. *Comentarios a la Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo, por la que se reforma el código Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1991 págs. 7-18.

Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo blanch, Valencia, 2010, 8^a edición.

Muñoz Lorente, José. “Los delitos de tráfico de influencias. (Situación actual y propuestas de reforma en la lucha contra la corrupción)”. *Eunomia. Revista en Cultura de Legalidad*. N^o4, marzo-agosto 2013, págs. 73-101.

Ocaña Díaz-Ropero, Carmen. “Génesis y justificación del delito de tráfico de influencias en el código penal español”.

Ortiz de Urbina Gimeno, Iñigo. Silva Sánchez Jesús María (Dir.), y otros. *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*. 3^a ed. (adaptada a la Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal). Atelier, Barcelona, 2011, págs. 327 y 328.

Ramos Rubio, Carlos. “Del Delito de Cohecho: mano “mas” dura “todavía” contra la corrupción nacional e internacional (arts. 419, 420, 421 422, 423, 425, 426,427, 428, 429, 430, 439, 445)”. Quintero Olivares, Gonzalo (Dir). *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*. Aranzadi, Navarra, 2010, pags. 337-352.

Romero de Tejada, José María. “El delito de tráfico de influencias en la Administración Local”. *Cuadernos de derecho local*. Número 24, 2010, págs. 65-74.

Roig Altozano, Marina. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: *societas delinquere et puniri potest*”. Artículos Doctrinales: Derecho Penal, Noticias Jurídicas. Febrero 2012.

Serrano Gómez, Alfonso y Serrano Maíllo, Alfonso. “Delitos contra la Administración Pública. Tráfico de influencias”. *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*. Dykinson, Madrid, 2012.

Zugaldía Espinar, José Miguel y otros. *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

JURISPRUDENCIA.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 300/2012, (Sala 2) de 3 de mayo.

Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Canarias 2/2011, de 6 de junio.

Sentencia del Tribunal Supremo 480/2004, de 7 de abril.

Sentencia de la sección primera de la Audiencia Provincial de Mallorca de 19 de marzo de 2012.

Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 26 de diciembre de 2002.

Sentencia del Tribunal Supremo de 1 diciembre de 1999.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 10 de octubre de 2000

Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2002.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de marzo de 1998

Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 25 de septiembre de 2006.

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2001.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 38/1998, de 23 de enero.

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2006.

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1994.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de abril de 1999.