

# **El nuevo delito de tráfico de influencias**

**Gabriel Garcías Planas\***

## **Evolución parlamentaria**

Estimando el sentir mayoritario —la necesidad de tipificar el delito de tráfico de influencias y la información privilegiada por el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa por Catalunya se formuló Proposición de Ley de redacción de un nuevo artículo del Código Penal bajo el número 368 bis, en el Capítulo IV del Título VIII “De los delitos de los Funcionarios Públicos en el ejercicio de sus cargos”<sup>1</sup>.

Por el Grupo Parlamentario Popular se formuló proposición de Ley Orgánica reguladora del tráfico de influencias y del manejo de información privilegiada<sup>2</sup>.

---

\* Profesor titular de Derecho Penal.

<sup>1</sup> Artículo 368 bis: “El funcionario público que en propio o ajeno beneficio, mediando o no recompensa, participación o dádiva para sí o la persona interpuesta, suministrare a otro información privilegiada, de la que tenga conocimiento por razón de su oficio para facilitar la ventajosa o más favorable consecución de cualquier negocio o intercediera frente a cualquier clase de autoridad para el otorgamiento de concesión, contrato u operación mercantil, servicio o nombramiento será castigado con la pena de arresto mayor, suspensión y multa de 300.000 a 1.000.000 de pesetas de inhabilitación absoluta.

<sup>2</sup> Artículo 1º. Concepto legal.

1. Se entiende por tráfico de influencias a los efectos de esta Ley, aquella actividad de aproximación, inducción o persuasión, ante las Administraciones o Poderes Públicos, autoridades o funcionarios, o de intervención ilegítima en asuntos o negocios pertenecientes a la esfera pública, practicadas con el fin de incidir en la formación de la voluntad de los órganos administrativos o sus titulares y obtener de este modo beneficios patrimoniales para sí mismo o para terceros.

Por el Grupo Parlamentario Catalán —Convergència i Unió— se formuló proposición de Ley Orgánica por la que se introduce un nuevo Capítulo en el Código Penal para

2. Se considera manejo de información privilegiada, a los efectos de esta Ley, la utilización, por quien ostenta un alto cargo o lo ha ostentado en los dos años anteriores, de informaciones o datos de los que haya tenido conocimiento en razón de su cargo con el fin de obtener un beneficio patrimonial para sí o para terceros.

Artículo 2º. Tipificación penal.

1. Quienes ejercieran tráfico de influencias o manejen información privilegiada y obtuvieran para sí o para terceros un beneficio patrimonial, serán castigados con la pena de arresto mayor y multa del tanto al duplo del valor del beneficio obtenido.

2. Será tipo cualificado de este delito el hecho de que su autor ostente un alto cargo o lo haya ostentado en los dos años anteriores. A tales efectos, se consideraran altos cargos:

a) Aquellos que resultaron elegidos en convocatoria a las Cortes Generales o Parlamentos autonómicos, así como a Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales.

b) Los miembros de órganos cuya provisión corresponda a las Cortes Generales o a los Parlamentos Autonómicos.

c) Los cargos de las Administraciones Públicas cuyo nombramiento exija la forma de decreto, así como todos aquellos que se hallan comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley 25/1983 de 26 de Diciembre.

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

Artículo 3º. Extensión de la investigación.

1. A los efectos de incoación del proceso, se entenderá que existen indicios racionales de tráfico de influencias o manejo de información privilegiada cuando el alto cargo no justificare, al ser debidamente requerido, la procedencia de un incremento considerable de su patrimonio, posterior a la toma de posesión de su cargo y hasta el plazo de cuatro años desde que cesare en el mismo.

2. Los Tribunales podrán extender la investigación de tales incrementos injustificados a los patrimoniales del cónyuge, ascendiente, descendiente, hermanos o afines en los mismos grados del alto cargo.

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

1. Quienes sean elegidos o designados para desempeñar alguno de los altos cargos comprendidos en el número dos del artículo segundo, deberán efectuar una declaración jurada de actividades y de patrimonio. Ambas declaraciones se efectuarán dentro de los tres meses siguientes al de toma de posesión o cese y al de modificación de las circunstancias de hecho.

2. Tales declaraciones se practicarán según modelo que aprobarán las Mesas de cada Cámara, y el Ministerio u organismo competente en los demás casos.

3. La declaración de actividades incluirá la descripción de la actividad profesional anterior y especificará, en su caso, la pertenencia a Consejos de Administración o cualquiera otra vinculación, con empresas privadas, así como cualesquiera actividades que proporcionen o puedan proporcionar ingresos económicos.

4. Las declaraciones se inscriban en un Registro de intereses, constituido en la Cámara correspondiente y en el Ministerio u Organismo competente en los demás casos.

5. El contenido del Registro de Intereses tendrá carácter público, a excepción de lo que se refiere a bienes patrimoniales.

Artículo 5º. Responsabilidad penal de los funcionarios públicos.

1. El funcionario público que, conocedor de una actividad que pudiera constituir delito de tráfico de influencias o manejo de información privilegiada, no lo denunciare, incurrirá en la pena de arresto mayor y suspensión.

2. Si en el referido delito hubiere mediado beneficio para el funcionario, se le impondrá además la pena de multa del tanto al duplo e inhabilitación especial.

Artículo 6º. Supuestos de Concurso y Comiso.

1. Si los hechos son susceptibles de ser calificados con arreglo a otros preceptos del Código Penal, lo serán por aquel que aplique mayor sanción al delito cometido.

controlar el tráfico de influencias y el uso de informaciones privilegiadas<sup>3</sup>.

A esta proposición de Ley el Partido Socialista presenta enmienda de sustitución por otro texto legal, basándose en la idea de contemplar los diferentes aspectos de ilícitos penales que se corresponde con el que fué finalmente aprobado<sup>4</sup>.

2. En todo caso, serán decomisados los beneficios obtenidos con ocasión de la comisión de tales delitos.

Artículo 7º. Acción pública.

1. La acción penal derivada de los anteriores delitos es pública. Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

2. El Ministerio Fiscal ejercerá de oficio la acción penal, cuando tenga conocimiento de la comisión de alguno de los hechos contemplados en la presente Ley.

Artículo 8º. Obligaciones de control.

1. Los Interventores de la Administración estarán obligados a reparar aquellos expedientes de gasto en los que presuman racionalmente que haya podido existir tráfico de influencias o manejo de información privilegiada, poniéndolo en conocimiento de inmediato de la Intervención General correspondiente.

2. La intervención General remitirá los expedientes con el reparo al Tribunal de Cuentas del Reino.

3. El Tribunal de Cuentas, tras examinar el expediente pasará, en su caso, el correspondiente tanto de culpa al Ministerio Fiscal.

<sup>3</sup> ARTICULO UNICO. Se incorpora en el Título VII del Libro II del Código Penal un nuevo Capítulo XII bis con la siguiente redacción: CAPITULO XII, BIS "Del tráfico de influencias y uso indebido de informaciones privilegiadas".

Artículo 404 bis, a):

1. Toda persona que desarrollando acciones ilícitas ante las Administraciones Públicas o de intervención en asuntos o negocios de naturaleza pública, hubiera obtenido un beneficio propio o ajeno, será castigada con la pena de arresto mayor y multa del tanto al duplo de valor del beneficio obtenido"

"2. Incurrirá en la misma pena establecida en el número 1 de este artículo la autoridad pública, sea electiva o no, que utilizando informaciones o datos procedentes del ejercicio de su cargo hubiera obtenido un beneficio propio o ajeno".

"3. La autoridad pública, sea electiva o no, que cometa alguno de los delitos expresados en este artículo será castigada también con la pena de inhabilitación especial".

Artículo 404 bis, b)

"Los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos regulados en este Título serán de aplicación a todas las autoridades públicas, sean electiva o no."

<sup>4</sup> Se incorpora en el Título VII del Libro II del Código Penal un nuevo capítulo XIII con la siguiente redacción: CAPITULO XIII, "Del Tráfico de influencias".

Artículo 404 bis a): El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad y obtuviere una resolución que comportare un beneficio económico para sí directa o indirectamente o para alguno de los parientes a que se refiere el artículo 11 de este Código, será castigado con la pena de arresto mayor, inhabilitación especial y multa por el importe del valor del beneficio obtenido.

Artículo 404 bis b): El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaliéndose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad y obtuviere una resolución que comportare un beneficio económico para sí directa o indirectamente o para alguno de los parientes a que se refiere el artículo 11 de este Código, será castigado con las penas de arresto mayor y multa por el importe del valor del beneficio obtenido.

Artículo 404 bis c): Los que, ofreciendo hacer uso de influencias cerca de las autoridades o funcionarios públicos, soliciataren de terceros dádivas o presentes o cualquier otra remuneración o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de arresto mayor.

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

Reunida la ponencia constituida en el seno de la Comisión Constitucional elaboró un informe que en lo referente al tráfico de influencias, como se ha dicho, coincidió con la enmienda socialista a la proposición de Ley de Convergència i Unió y que posteriormente fue aprobada por el Congreso el 13 de Diciembre de 1.990.

Posteriormente, el Senado aprobó alguna enmienda de carácter sistemático sin que de hecho afectase a la esencia del contenido del articulado, finalmente, el Congreso de los Diputados en su sesión de 21 de Marzo de 1.991 aprobó el texto definitivo de la Ley Orgánica que se publicó en el B.O.E. de 27 de Marzo de 1.991.

## Introducción

El delito de tráfico de influencias de reciente aparición en nuestro Código Penal, —Ley de 22 de Marzo de 1.991— intenta penalizar unas determinadas conductas, llevadas a cabo en contra del recto proceder de la Administración.

Hasta tal punto, el hacer uso de influencias, ha sido práctica habitual en nuestro país, que determinados cargos, por lo menos, era notorio que no se conseguían 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 ha hecho uso de aquellas influencias a su alcance para conseguir una plaza, cargo, etc., y es más, entre determinados sectores sociales, se contaba como favor importante el “recomendar” a una persona, no ya sólo por el beneficio que le acarrea, 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.

Pero mas aún, el sujeto que gozaba de influencias, no lo ocultaba, sino más bien al contrario, porque ello era signo de poder socialmente admitido, en buena medida, y que tendía a la corrupción de sectores de la Administración, “amplio sensu” para beneficio propio o de allegados y amigos.

Dicha situación, obviamente, se solía dar en clases influyentes, y hoy, se puede decir, que quien comete la figura delictiva, que comentamos, lo hace desde la prepotencia.

Si atendemos a la tesis de la Adecuación Social, que como es sabido desde que Welzel formulase la teoría de la acción socialmente adecuada, en aquellas conductas enmarcadas dentro de normas ético-sociales de una comunidad en un momento histórico determinado, estarían ausentes de tipicidad.

Por tanto, aquellos comportamientos que se consideran normales, e incluso, en ocasiones necesarios, aún cuando fueran atentatorios de determinados bienes jurídicos y subsumibles en tipos penales, según el tenor literal de éstos, no deben ser considerados como típicos<sup>5</sup>. Así, comportamientos tales, como las lesiones causadas en el tratamiento médico-quirúrgico, o las producidas en determinados deportes violentos, no tendrían la consideración de típicos.

---

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

<sup>5</sup> SAINZ CANTERO: “Lecciones de Derecho Penal. Parte General”. 3ª Edición. Barcelona 1990. Pág. 556.

Autores como Bettio<sup>6</sup> intentaron aclarar la falta de tipicidad de éstas conductas, manifestando que los tipos penales describían aspectos patológicos de la vida comunitaria y no acciones normales.

La Doctrina Española mayoritaria ha rechazado la tesis de la adecuación social como causa de exclusión de la tipicidad por considerar que va en contra del principio de seguridad jurídica y además porque la mayoría de estos comportamientos estarían amparados en una causa de justificación, concretamente en la eximente 11ª del artículo nº 8. Sin embargo, el Proyecto de UCD de 1.980 en su artículo 177, al referirse a las lesiones causadas con consentimiento del ofendido, establecía que “sólo se castigarían cuando se estimasen socialmente reprobables”.

Finalmente, para Sainz Cantero<sup>7</sup>, los mencionados comportamientos son acciones típicas que si no se persiguen, es, por su insignificancia en el campo del Derecho y por cuestiones de economía procesal.

El tráfico de influencias nunca podrá ser una acción socialmente adecuada, ya que en la actualidad no es admitida por la sociedad ni tiene su resultado la consideración de insignificante.

Dicho ésto, quien hiciese uso del tráfico de influencias en ningún caso estaría amparado por un error de prohibición del artículo 6 bis a), párrafo 3º, pues, el sujeto, en realidad no tiene un error de prohibición ya que sabe que no está actuando honestamente o lícitamente; si de algún error se pudiera hablar, sería de un error de tolerancia; ahora la Sociedad ya no tolera determinadas conductas, llevadas a cabo generalmente entre gentes pertenecientes a un mismo partido político, o en quienes cuando han cesado en un cargo público, están en condición de conseguir, mayores privilegios o prebendas. Pero para ello, será indispensable, que el reproche penal vaya precedido de un reproche social, de tal forma que la Sociedad rechace, en un Estado Social y Democrático de Derecho, todo aquello que atente a la honestidad, lo éticamente desvalorizable y lo penalmente punible, un reproche penal sin un reproche social conduce a muy poco, a nada, o al fracaso.

Si apoyamos la tesis de que los bienes jurídicos, considerados como valores dignos de protección penal, son los recogidos en la Constitución, entendemos que el tráfico de influencias en general, atenta a los principios de igualdad, de libre concurrencia, y como dice el Prof. Muñoz Conde<sup>8</sup> a lo establecido en el artículo 103 de la Constitución Española, ya que supone *el anteponer los intereses privados a los públicos*.

### **Necesidad o no de su tipificación**

El término tráfico de influencias, si atendemos al Diccionario de la Real Academia Española, la voz “tráfico” significa, “acción de traficar”; y dicha voz, convenir, negociar, etc.

<sup>6</sup> Diritto Penale. Parte Generale. Padova, 1976, pág. 303 y ss.

<sup>7</sup> Ob. cit. Pág. 558.

<sup>8</sup> “Los nuevos delitos de tráfico de influencias, revelación de secretos e informaciones y uso indebido de información privilegiada” (Comentario a la Ley Orgánica 9/1991 de 22 de marzo por la que se reforma el Código Penal). —Apéndice— Derecho Penal. Parte Especial, 8ª Edición. Valencia 1990.

Influencia significa “poder, valimiento, autoridad de una persona para con otra u otras, o para intervenir en un negocio”.

El vocablo influencias no es un término nuevo; el Código Penal de 1.928 y concretamente su artículo 476, referido al Cohecho, ya utilizaba una terminología similar<sup>9</sup>.

De igual forma, pero desde otro punto de vista la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1.983, en su artículo 407, párrafo 1º<sup>10</sup> dentro del epígrafe del Cohecho, usa este término. Y en Derecho comparado el Código Penal Francés e Italiano<sup>11</sup>.

¿Era necesaria la tipificación del delito de tráfico de influencias? o por el contrario, dichos comportamientos ¿podían incardinarse en preceptos del Código Penal ya inexistentes?

En efecto, parece mayoritariamente admitido<sup>12</sup>, que los preceptos dedicados al Cohecho, pasivo y activo, e impropio, es decir, los artículos 385, 386, 387, 388, 390 y 391, así como los artículos 358 y 359 referidos a la Prevaricación de Funcionarios, y de Funcionarios Judiciales o no; igualmente los artículos 198 —De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las Leyes—, 401 —De los Fraudes y exacciones ilegales— y 404 —De las negociaciones prohibidas a los funcionarios— y si se quiere el artículo 529, apartado 6º, correspondiente a la Estafa permitirían englobar el desvalor de la mayoría de los comportamientos citados.

Analizemos de forma exhaustiva, si el tráfico de influencias, podría incardinarse dentro de las figuras citadas; empezamos por el Cohecho pasivo del artículo 385.

Esta figura, basada en la idea de corrupción, a través del soborno, consta de los siguientes elementos: a) Que el funcionario, o la persona que desempeña la función pública, solicite o reciba, por sí o por persona intermedia, dádiva, o presente, o acepte ofrecimientos o promesas; b) Que el acto ejecutado o que haya de ejecutar el funcionario sea relativo al ejercicio de su cargo; c) Que dicho acto constituya delito siendo indiferente que éste llegue o no a consumarse y d) Existencia de dolo, constituido por la conciencia en el funcionario de la antijuricidad de su conducta.

A mi juicio los comportamientos del artículo 404 bis a) y bis b) podrían en algunos casos subsumirse en el tipo básico de Cohecho pasivo, siempre y cuando se dieran los elementos que el tipo requiere, es decir, dádivas, presentes, ofrecimientos o promesa.

<sup>9</sup> Primer párrafo: “El que aparentando crédito, influencia o relaciones cerca de las autoridades, agentes de éstas o funcionarios públicos, recibiere o se hiciera prometer dinero u otras cosas, como recompensa de su mediación o resolución favorable de un asunto que de aquellos depende, será castigado con las penas de seis meses a tres años de prisión y multa de 1.000 a 10.000 Pts”.

<sup>10</sup> “Los que, ofreciendo hacer uso de influencia cerca de las Autoridades, funcionarios o encargados de servicios públicos solicitaren de terceros dádivas o presentes o aceptaren ofrecimiento o promesa, seran castigados con la pena de multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas en que puedan incurrir si alegaren falsamente que el provecho era en todo o en parte para el funcionario”.

<sup>11</sup> Código Penal Francés, arts. 165-185; Código Penal Italiano, arts. 318-322 —Delitos de corrupción—.

<sup>12</sup> MUÑOZ CONDE. Ob. cit. pág. 11. MORILLAS CUEVAS. Seminario Instituto de Criminología de la Universidad de Sevilla. Noviembre de 1.991.

La impunidad del sujeto activo del tráfico de influencias sería un obstáculo salvable atendiendo a las reglas del artículo 14.

Respecto al artículo 386 del Código Penal, dado que sus elementos son los mismos que integran el Cohecho del artículo precedente, con la única diferencia de que el acto cometido por el Funcionario ha de ser no delictivo, sino injusto, me remito a lo dicho.

Entiendo que poco tiene que ver el delito de tráfico de influencias con la conducta de abstención prevista en el artículo 387 y con la extensión de antijuricidad prevista en el artículo 388 de nuestro texto legal.

Parece obvio, tras la nueva redacción del artículo 390 e incluso antes, la posibilidad de incardinar los comportamientos de los artículos 404 bis a) y bis b) dentro de ésta figura; el tipo está constituido: a) por el hecho de admitir regalos; b) Que los regalos sean presentados al funcionario en consideración a su oficio o para la consecución de un acto no prohibido legalmente.

Según esto, parece que si contempla la posibilidad de considerar como conducta típica el tráfico de influencias, pero plantea igualmente el problema de la posible impunidad de la persona, que ofrece los regalos, o dádivas, aunque, como se ha dicho, podría resolverse formas de autoría del artículo 14.

Finalmente, el artículo 391 que tipifica el Cohecho activo ¿Podría contemplar algunas conductas de tráfico de influencias?.

Partiendo de la base de que son elementos configuradores de esta figura delictiva: a) Un hecho de ofrecer o entregar a un funcionario dádivas o presentes; b) Las dádivas o presentes ofrecidos o entregados deben tender a corromper al funcionario, a que éste ejecute un acto relativo al ejercicio de su cargo que constituya delito o que sea injusto, o para que se abstenga de un acto que debería practicar en el ejercicio de los deberes de su cargo y c) el dolo de corrupción.

El tráfico de influencias del particular a funcionario siempre y cuando mediere dádiva, presente, ofrecimiento o promesa encontraría cobertura en este tipo legal de Cohecho activo.

Respecto a las conductas de Prevaricación de Funcionario público no judicial, tipificado en el artículo 358, ha de manifestarse, que determinadas conductas de tráfico de influencias son contempladas por este tipo de injusto que comentamos. Logicamente nos estamos refiriendo al párrafo 1º, conducta dolosa, ya que en su párrafo 2º contempla un comportamiento imprudente que resulta incompatible con el nuevo delito.

Así, los elementos del tipo, en este párrafo primero del artículo 358 son: a) que se dicte una resolución injusta en un acto administrativo y b) que se dicte a sabiendas, es decir, dolosamente.

Ocurre, sin embargo, que esta tipificación, más que solucionar la impunidad del sujeto activo, abre un camino para penalizar, en determinados casos, el comportamiento del funcionario sobre quien se ha ejercido la influencia.

De igual forma, en las conductas de omisión de funcionario judicial o no, del artículo 359, podrían subsumirse conductas de tráfico de influencias.

Bajo el epígrafe, “De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las Leyes” y concretamente en

el artículo 198<sup>13</sup>, se describen acciones o conductas que en ciertos casos, podría englobar el desvalor del nuevo delito aparecido el 22 de Marzo de 1.991.

La conducta reviste dos modalidades: a) Ejercer alguna profesión directamente relacionada con la esfera de sus atribuciones oficiales y b) Intervenir directa o indirectamente en empresas o asociaciones privadas con móvil de lucro. En ambas conductas, el funcionario a de prevalerse de su cargo; dicho prevalimiento consiste en aprovechar las ventajas que entre la población tiene un funcionario por existir la mala conciencia de que contratándolo a su servicio particular, el que lo contrata lo tiene prácticamente a su servicio en relación al trabajo privado y a las prevendas y privilegios que puede obtener por esa misma relación de dependencia laboral<sup>14</sup>.

Es fácil darse cuenta que dentro de la proposición normativa del artículo 198, late el espíritu de obtención de ventajas y de tráfico de influencias.

El tipo de injusto del artículo 401, "De los fraudes y exacciones ilegales" esta constituido por el hecho de interesarse el funcionario público en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo; se trata de un delito de simple actividad y no de resultado, cuyo bien jurídico protegido, es el interés de la Administración, pero más aún el moral que el patrimonial, pues aunque este tipo de hechos potencialmente podrían afectar a los intereses económicos, no se exige el requisito efectivo del perjuicio patrimonial —la oferta puede ser ventajosa incluso— como tampoco el lucro efectivo del sujeto; hay una presunción de la posición del interés público al privado<sup>15</sup>.

El comportamiento descrito —"interesarse"—, supone una ventaja, que en algunos casos podría coincidir, en buena medida, con el término "influir" que en la actualidad señalan los artículos 404 bis a) y bis b).

En el Capítulo "De las negociaciones prohibidas a los funcionarios" aparece como tipo especial, en los que el Legislador a querido limitar el círculo de los sujetos activos, el artículo 404 constituido por el nuevo hecho de mezclarse en operaciones de agio, tráfico y granjería; pero tal precepto viene siendo inoperante por cuanto se refiere unicamente a "dentro de los límites de su jurisdicción o mando" y ésto en una economía moderna, carece de eficacia práctica.

Pero en cualquier caso, la ratio esendi del artículo 404 era el velar por la pureza de la función de dichos cargos, y no poderse así prevaler de influencias o ventajas.

Por último, dentro de las Defraudaciones y concretamente de la agravación 6<sup>a</sup> del artículo 529, como señala Vives Antón<sup>16</sup> "el engaño ha de consistir en la inexistencia

<sup>13</sup> "La autoridad o funcionario público que, prevaliéndose de su ecargo, ejerciere alguna profesión directa o indirectamente en empresas o asociaciones privadas con móvil de lucro, incurrirá en la pena de inhabilitación especial y multa de 100.000 a 5.000.000 de pesetas".

<sup>14</sup> VAZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos: "Doctrina y Jurisprudencia del Código Penal". Madrid, 1988, Pág. 950.

<sup>15</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Mayo de 1.989. Ponente-Magistrado: CARRERO RAMOS. Comentada en La Ley de 3 de Noviembre del mismo año por el Prof. Luzón Peña. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 25 de Enero de 1.990; confirmada por el Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 5 de Marzo de 1.992.

<sup>16</sup> Derecho Penal. Parte Especial. Valencia, 1.990. Pág. 920.

de la influencia que el autor promete utilizar a favor de la víctima a cambio de una remuneración. Para el citado autor si las influencias existieran, pero no se utilizaran, no cabría apreciar la agravación y estaríamos ante una Estafa simple.

A raíz de lo expuesto, se ha de manifestar que no es posible subsumir el tráfico de influencias, dentro de la agravación 6ª del artículo 529, por cuanto en ésta son supuestas o inexistentes.

Pero esas formas de nepotismo si se quiere, de utilización de poder, como forma de enriquecimiento, han encontrado cobertura específica en nuestro Código Penal con su tipificación en los artículos 404 bis a), b) y c).

### **Análisis de los tipos penales**

Artículo 404 bis a).

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

Artículo 404 bis b).

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

Lo primero que nos vamos a cuestionar es averiguar cual es el bien jurídico y contenido de injusto de dicho precepto. El bien jurídico y contenido de injusto de dicho precepto. El bien bien jurídico protegido es la Administración Pública y concretamente su imparcialidad y su prestigio; en consecuencia el contenido de injusto será su descrédito.

Los sujetos activos del artículo 404 bis a) son el Funcionario Público o Autoridad. Tales conceptos, como es sabido vienen recogidos en el artículo 119 del Código Penal.

El artículo 119 contiene conceptos normativos o como manifiesta Alejandro Del Toro Marzal<sup>17</sup> “El artículo 119 contiene presunciones iuris et iure: siempre que un individuo tuviere mando, ejerciere jurisdicción propia o perteneciere al Ministerio Fiscal, es autoridad; siempre que alguien participare del ejercicio de funciones públicas por disposición inmediata de la Ley, por elección o por nombramiento de autoridad competente, es funcionario público; todo ello unicamente a efectos penales”.

<sup>17</sup> “Comentarios al Código Penal”. Tomo II, pág. 726.

Por lo demás, debe manifestarse que Autoridad y funcionario tiene aspectos comunes. Pues, como señala Del Toro<sup>18</sup> “es innadmisibile una condición de Autoridad no dirigida a ejercitar funciones públicas sumamente difícil la de un funcionario que no despliegue cierta capacidad de ordenación”<sup>19</sup>. Sin embargo, entiendo que la conducta del Funcionario o Autoridad sobre la que se ejerce la influencia podría ser constitutiva del un delito de prevaricación, pues a raíz de influir sobre él puede que dicte una resolución injusta. Si no fuera así, no existiría delito; y en ningún caso, pienso que pudiera considerárseles como sujeto pasivo del delito<sup>20</sup>.

De igual forma y partiendo de la consideración de autor del artículo 14 de nuestro texto punitivo, la conducta de la persona, que obtuviera un beneficio económico, aún cuando se tratase de un tercero podría ser constitutiva de un delito de Cohecho.

La conducta típica nos viene indicada en el tipo por el verbo “influyere”, que según el Diccionario de la Real Academia, consiste en “ejercer predominio o fuerza moral en el ánimo de otro”; o si se quiere, empleando palabras de Pedrazi “poner en disposición favorable de una persona hacia otra”<sup>21</sup>.

Sin embargo, de la exégesis del precepto se desprende que no toda su influencia parece resultar punible, sino solamente aquellas que se obtienen “prevaliéndose” de las facultades de su cargo o de cualquier otra... En consecuencia, el artículo 404 bis a) que comentamos, denota una superioridad “de facto” entre el sujeto activo y el “influido” nacida tanto de un cargo, como de una jerarquía o de cualquier otra situación derivada de una relación personal de prevalimiento. Precisamente esa voluntad viciada del funcionario “influido” y coartado en su libertad es lo que a mi juicio, hace afirmar al Prof. Muñoz Conde que puede considerársele como sujeto pasivo del delito.

En el precepto que comentamos es un tipo de resultado ya que no basta con influir prevaliéndose sino que es necesario conseguir una resolución con la que se obtenga un beneficio económico.

El resultado debe consistir en una resolución, por la que se obtenga un beneficio económico. Sin embargo, si ésta resolución es justa el funcionario influenciado no comete delito alguno ya que obviamente se trata de una conducta impune, por el contrario, si la resolución es a todas luces injusta, se daría un concurso con prevaricación a resolver por el principio de especialidad, aplicándose el artículo 404 bis a), por ser norma especial.

Caben formas imperfectas de ejecución. Si la influencia resulta inoperante porque pese a las presiones el funcionario se mantiene incólume, entiendo que estaríamos ante un caso de frustración.

El nuevo precepto y para evitar la impunidad de conductas llevadas a cabo a través de personas interpuestas o de personas allegadas, utiliza la expresión, “directa o

<sup>18</sup> Ob. cit. pág. 730.

<sup>19</sup> Sobre el concepto de Autoridad, veáanse Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 8 de Octubre de 1.990 y 5 de Abril de 1.991.

<sup>20</sup> En contra MUÑOZ CONDE, Ob. cit. pág. 13.

<sup>21</sup> PEDRAZI, C.: “Millantato Credito, Traffic d’Influence, Influence peddling”. Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale. Milano, 1.986. Pág. 913 y ss.

indirectamente” todo ello va a plantear en la práctica dificultades probatorias pertenecientes al campo del Derecho Procesal pero con incidencia de capital importancia a la hora de incardinar conductas en el nuevo tipo penal. Sin embargo, no se limita el 404 bis a) al igual que sucede en la mayoría de los delitos de los Funcionarios Públicos, a pensar en la obtención de un beneficio propio sino en el beneficio ajeno, “o para tercero” según expresión empleada por el Legislador. Por último la pena es de arresto mayor y además de inhabilitación especial y multa por el importe del valor del beneficio obtenido. Es de destacar en cuanto a la multa, que se trata de una cuantía fija pero naturalmente variable en cada caso; ello impedirá que los Jueces puedan hacer uso del excesivo, a mi juicio, arbitrio judicial que en el momento de imposición de la pena de multa, otorga el artículo 63 del Código Penal y que entiendo que tras la aprobación de la Constitución Española podría rozar problemas de constitucionalidad, atendida la naturaleza del principio acusatorio.

—*Culpabilidad*—

Sólo cabe la comisión dolosa. No es posible la comisión imprudente ya que no se puede influir ni prevalerse culposamente.

Lo que a mi juicio es perfectamente imaginable es la existencia de dolo eventual; pensemos en que con la actitud adoptada por un funcionario, admita como probable que va a influir sobre otro y con ello obtendrá una resolución beneficiosa y lo acepte.

Parece difícil imaginar un error de tipo ni invencible ni vencible y en este último caso, siempre sería inoperante por cuanto la infracción no admite la forma culposa. Aún cuando con anterioridad se dijo que más que un error de prohibición a veces se dará un error de tolerancia, lo cierto, es que es imaginable, la existencia en algunos casos de un error de prohibición vencible, que obviamente se resolverá imponiendo la pena inferior en uno o dos grados.

El artículo 404 bis b) es idéntico en su estructura y terminología al anterior, lo único que cabe reseñar, como distinto, es el sujeto activo, pues aquí se trata de un particular y no de un funcionario público o autoridad. Y consecuentemente desaparece como pena la inhabilitación especial.

Sin embargo, debe plantearse cual es la naturaleza de este delito; al igual que ocurre con el delito de Cohecho, se polemiza acerca de si se trata de un delito bilateral —un sólo delito con dos coautores necesarios, el particular y el funcionario, o unilateral, y en tal caso, —el funcionario— respondería de un delito y el particular de otro—. En mi opinión, se trata de un delito unilateral, puesto que no es preciso el acuerdo entre ambos.

El injusto no es el mismo en el artículo 404 bis a) que en el bis b), ya que en el 404 bis a) el bien jurídico, es el quebrantamiento del deber y la confianza depositada en el funcionario, que redundaría en empañar la integridad de la gestión administrativa; en el 404 bis b), el bien jurídico es el respeto que se debe al normal funcionamiento de los Organos del Estado<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> En este sentido, referido al Cohecho pasivo y activo, ORTS BERENGUER. Derecho Penal. Parte Especial. Valencia, 1.990. Pág. 447.

*Ofrecimiento de influencia de particular a particular*

## Artículo 404 bis c)

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

“Si los hechos a que se refiere el párrafo anterior fueren realizados por profesional titulado, se impondrá, además, como accesoria la pena de inhabilitación especial. En cualquiera de los supuestos a que se refiere este artículo la autoridad judicial podrá imponer también la suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, organización o despacho y clausura de sus dependencias al público por tiempo de seis meses a tres años”.

Se hace difícil, incluso tras una lectura sosegada del tipo que comentamos, atinar en cual es el bien jurídico protegido y contenido de injusto. Puesto que aquí, no es en modo alguno la Función Pública, pues ésta, como muy bien señala Muñoz Conde<sup>23</sup> no es sino el objeto de la influencia.

Entendemos, que todo precepto que no justifica la protección de un bien jurídico, entendido éste como valor digno de protección penal, no tiene razón de ser. Tal es el caso que no ocupa, pues si lo primero que debe hacer el penalista, ante la exégesis de un precepto penal, es examinar su bien jurídico y contenido de injusto y estos son de difícil averiguación, tal vez cabría pensar en su carácter superflúo. Además teniendo en cuenta los modernos principios que inspiran el Derecho Penal, tales como, intervención mínima o última ratio, y el carácter fragmentario de nuestro derecho punitivo, podrían justificar su desaparición en un futuro y descado Código Penal. Su inclusión puede calificarse como desacertada empleando una terminología benévola.

El artículo 404 bis c) y el 529-6º no regulan conductas semejantes; y en el primero se hace, un ofrecimiento de una influencia que en principio debe suponerse que se tiene, mientras que en el 529-6º al establecer “traficando con supuestas influencias”, significa obviamente que no se tienen.

Como es de ver la expresión “ofreciendo hacer uso” se desprende que no se trata de un delito de simple actividad, ya que, es independiente que se haga uso de la influencia o no, pues el delito se consuma con el simple ofrecimiento; ello significa que no caben formas imperfectas de ejecución.

El sujeto activo es un particular o quien actúa como tal, aún cuando fuese funcionario.

La culpabilidad es dolosa, pues, no cabe un ofrecimiento por imprudencia. La estructura del tipo no permite pues otra conducta que la dolosa.

En el párrafo segundo señala que se impondrá la pena de inhabilitación especial en caso de profesional titulado.

<sup>23</sup> Ob. cit. Pág. 15.

Si el Legislador pensó en los Abogados en ejercicio, la expresión no resultó afortunada; puesto que profesional titulado lo es tanto el Titulado Superior, el de Grado Medio o el Titulado de Escuela de Formación Profesional y cualquiera otra titulación que legitime para el ejercicio de una profesión sin la cual ésta no pueda ejercerse. Asimismo, parece deducirse que la influencia que uno ofrece hacer uso la tenga en virtud de la Titulación que se posee; pues resultaría incomprensible que un particular, Veterinario, Arquitecto Técnico u Optico, porque ofreciesen hacer uso de influencias que tuvieran por algo que nada tuviera que ver con su profesión, se les impusiera la pena de inhabilitación especial.

El último párrafo, establece la “suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, organización o despacho y la clausura de sus dependencias al público...”.

Es la primera vez que se habla de sociedad, y no vemos la razón, ya que ha quedado claro que el sujeto activo, es un particular. Pénsemos que cuando el Legislador ha querido agravar la pena para casos de pertenencia a organizaciones o adoptar el cierre de sus establecimientos, como ocurre en el tráfico de estupefacientes del artículo 344 y 344 bis a) y bis b), ha estructurado el tipo de otra forma, o sea haciendo referencia al sujeto activo como posible miembro de una organización, sociedad, etc., y por sorprendentemente en el artículo 404 bis c) nos encontramos que nos habla de sociedad sin antes haber atribuido al sujeto activo su pertenencia a ésta.

### **Proyecto de 1.992**

En el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal, se recoge en los artículos 409 al 412. Destacando sobre todo el ligero aumento de las penas y el comiso de las dávidas, presentes o regalos.